



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Proformaregelen

I lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*

Markus Olaussen

Masteravhandling i rettsvitenskap

JUR-3903, mai 2022

FORORD

På tredje studieår fikk jeg følgende eksamensoppgave:

«Analysér HR-2018-1265-A! Redegjør for hvilke rettskilder avgjørelsen bygger på, hva Høyesterett slutter fra de enkelte rettskildene, og hvordan rettskildene blir utnyttet i Høyesteretts resonnement. Har du noen kommentarer til Høyesteretts bruk av rettskildene? Hva er avgjørelsen prejudikat for?»

I løpet av dagene jeg analyserte HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, fikk jeg aldri helt grep om hva proformaregelen egentlig innebærer. Eksamensoppgaven gav riktig nok anvisning på at det var de metodiske, og *ikke* de materielle sidene av avgjørelsen som skulle analyseres. Innholdet i proformaregelen kom derfor i andre rekke.

Proforma var knapt nok tema verken i pensumboken, forelesningene eller seminarrekken. Likevel var det noe underlig kjent med Høyesteretts argumentasjon i kjennelsens premisser. Jeg kan huske å drøfte med makkeren min om ikke *proforma* var til forveksling likt det vi i seminarmaterialet hadde skrevet som kommentar til «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2: «De reelle eierforholdene er avgjørende».

Da jeg etter fire *døgn* med hardt arbeid omsider leverte besvarelsen, håpte jeg på aldri mer å måtte ofre en tanke til verken familien Vik, Turks- og Caicosøyene eller proformaregelen igjen. Til dags dato står denne eksamen som mitt dårligste resultat på jusstudiet. Covid-19 satte en effektiv stopper for muligheten til å korrigere eksamensresultatet ved muntlig høring, noe som har tatt fra meg nattesøvnen de siste to årene. Når jeg i denne masteravhandlingen igjen tar fatt på HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, er det med en viss ærefrykt. Forhåpentligvis har jeg klart å «knekke koden» denne gang.

Masteravhandlingen er skrevet mens jeg studerte JUR-3903 Forskerlinje med masteroppgave hos Det juridiske fakultet ved UiT Norges arktiske universitet. Først og fremst vil jeg rette en stor takk til min veileder, Sverre Magnus Bergslid Salvesen, som gjennom hele skriveperioden har bidratt med verdifulle innspill og kommentarer til tekstutkast, samt gode råd underveis i prosessen.

Deretter rettes en stor takk til Advokatfirmaet Wiersholm, som har stilt advokatene Lars Sollesnes og Magnus Nordøy Snellingen til disposisjon som nyttige sparringspartnere. Også mine studiekamerater Vebjørn og Benjamin fortjener en takk for flere års godt samarbeid.

Avslutningsvis vil jeg rette den største takk til min kjære Iselin, for alt vi har opplevd de siste 10 årene.

Tromsø, våren 2022

Markus Olaussen

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA, PROBLEMSTILLINGER OG AKTUALITET	1
1.2	METODISKE REFLEKSJONER	3
1.2.1	<i>Rettsdogmatisk metode</i>	3
1.2.2	<i>HR-2018-1265-A Deutsche Bank som rettskildefaktor</i>	4
1.3	PRESISERINGER OG AVGRENSNINGER	5
1.4	BEGREPSAVKLARINGER	6
1.4.1	<i>Formuesgoder og formuesrettigheter</i>	6
1.4.2	<i>Kreditor, debitor, suksessor og hjemmelsperson</i>	8
1.4.3	<i>Originære, derivative og ekstinktive stiftelsesgrunnlag</i>	9
1.4.4	<i>Gyldighet og rettsvern</i>	9
1.5	KONFLIKTSITUASJONER OG KOLLISJONSMODELLER	10
1.6	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	12
2	RETTLIG PLASSERING AV PROFORMAREGELEN	13
2.1	INNLEDNING	13
2.2	PROFORMAREGELENS RETTLIGE GRUNNLAG	13
2.2.1	<i>Noen avtalerettslige utgangspunkter</i>	13
2.2.2	<i>Proforma som ugyldighetsgrunn</i>	14
2.2.3	<i>Proforma som utslag av dekningsloven § 2-2</i>	15
2.3	TO ULIKE TILNÆRMINGER TIL PROFORMAREGELEN: DEN «SUBJEKTIVE» OG DEN «OBJEKTIVE»	16
2.3.1	<i>Introduksjon</i>	16
2.3.2	<i>Diskusjonen i juridisk litteratur</i>	18
2.3.3	<i>Høyesterettspraksis i forkant av Deutsche Bank-kjennelsen</i>	22
2.3.4	<i>Avklaringen i HR-2018-1265-A Deutsche Bank</i>	25
3	INNHALDET I PROFORMAVURDERINGEN	28
3.1	INNLEDNING	28
3.2	PROFORMAREGELENS SYSTEMATIKK OG OVERORDNEDE VURDERINGSTEMA	28
3.2.1	<i>Én proformaregel, men en to-trinns proformavurdering</i>	28
3.2.2	<i>Den subjektive testen: Bevisvurdering av hva avtalepartene «har ment» med overdragelsen</i>	31
3.2.3	<i>Den objektive testen: Rettslig helhetsvurdering av overdragelsens «realitet»</i>	32
3.3	MOMENTENE I PROFORMAVURDERINGEN	33
3.3.1	<i>Introduksjon</i>	33
3.3.2	<i>Formell gjennomføring</i>	34
3.3.3	<i>Mulig proformamotiv</i>	38
3.3.4	<i>Avtalepartenes subjektive oppfatning</i>	42

3.3.5	<i>Tidsaspektet</i>	43
3.3.6	<i>Faktiske og rettslige virkninger</i>	44
3.3.7	<i>Forbeholdene i overdragelseserklæringen?</i>	47
3.3.8	<i>Rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger</i>	49
4	REKKEVIDDEN AV PROFORMAREGELEN	51
4.1	INNLEDNING	51
4.2	PROFORMAREGELENS REKKEVIDDE I BESLAGSRETTLIGE TREDJEPARTSKONFLIKTER	52
4.2.1	<i>Introduksjon</i>	52
4.2.2	<i>Overdragelser mellom ektefeller</i>	53
4.2.3	<i>Overdragelser mellom samboere</i>	55
4.3	PROFORMAREGELENS REKKEVIDDE I TREDJEPARTSKONFLIKTER UTENFOR BESLAGSRETTEEN	57
4.3.1	<i>Introduksjon</i>	57
4.3.2	<i>Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner</i>	58
4.3.3	<i>Den skatterettslige omgåelsesregelen</i>	61
4.4	PROFORMAREGELENS REKKEVIDDE I FORHOLDET MELLOM AVTALEPARTENE	67
5	ET KRITISK BLIKK PÅ PROFORMAREGELEN	71
5.1	INNLEDNING	71
5.2	FORHOLDET MELLOM PROFORMAREGELEN OG DEN BAKENFORLIGGENDE AVTALERETTEN	71
5.2.1	<i>Introduksjon</i>	71
5.2.2	<i>Kort om systematiseringen av avtaleretten</i>	72
5.2.3	<i>Proformaregelens rettslige plassering i avtalerettens systematikk</i>	73
5.3	FORHOLDET MELLOM EN PROFORMAVURDERING OG EN VURDERING AV EIENDOMSRETTEENS OVERGANG	81
5.3.1	<i>Introduksjon</i>	81
5.3.2	<i>Kort om norsk retts tilnærming til eiendomsretten</i>	82
5.3.3	<i>Innebærer proformavurderingen i realiteten en vurdering av eiendomsrettens overgang?</i>	85
5.4	PROFORMAREGELEN ÅPNER FOR AT KREDITOR FÅR EN BEDRE RETT ENN DEBITOR	89
5.5	GRENSEDRAGNINGEN MOT EN ULOVFESTET OMSTØTSELSEADGANG FOR ENKELTFØLGENDE KREDITOR	91
5.5.1	<i>Introduksjon</i>	91
5.5.2	<i>Kort om omstøtelsesreglene</i>	92
5.5.3	<i>Forholdet mellom proformaregelen og omstøtelsesreglene</i>	93
6	DEN VIDERE UTVIKLINGEN AV PROFORMAREGELEN	97
6.1	INNLEDNING	97
6.2	HOLDE FAST VED EN OBJEKTIV TILNÆRMING TIL PROFORMAREGELEN?	97
6.3	FALLE TILBAKE PÅ EN SUBJEKTIV TILNÆRMING TIL PROFORMAREGELEN?	98
6.3.1	<i>Anvende en alminnelig subjektiv proformaregel?</i>	98
6.3.2	<i>Anse vurderingsmomentene som bevispresumsjoner?</i>	100

6.4	OPPSTILLE EN REGEL SOM KAN SUPPLERE EN SUBJEKTIV PROFORMAREGEL?	102
6.4.1	<i>Introduksjon</i>	102
6.4.2	<i>Gjeninnføre en omstøtelsesregel for enkeltforfølgende kreditorer?</i>	103
6.4.3	<i>Innføre en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel?</i>	104
6.4.4	<i>Anvende avtaleloven § 36?</i>	106
7	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	108
	KILDELISTE	I

1 INNLEDNING

1.1 Tema, problemstillinger og aktualitet

I norsk rett knyttes det på en rekke områder rettsvirkninger til å være *eier* av formuesgoder.¹ Hvorvidt et rettssubjekt anses å eie et bestemt formuesgode har blant annet betydning for rettssubjektets skattegrunnlag, adgangen til å stille sikkerhet i gjenstanden, hvem som er berettiget til å arve gjenstanden, eller en kreditors adgang til å søke dekning i formuesgodet – for å nevne noe.² Det forhold at det knyttes rettsvirkninger til å være eier av formuesgoder gjør imidlertid at rettssubjektene kan prøve å *forlede rettssamfunnet* til å tro at noen andre enn den reelle eieren, er eieren av formuesgodet, i den hensikt å oppnå en fordelaktig rettsvirkning – ofte på bekostning av tredjeparter.³

Samtidig muliggjør prinsippene om avtalefrihet og privatautonomi at rettssubjekter som klart utgangspunkt kan overdra eiendomsretten til sine formuesgoder til et annet rettssubjekt.⁴ Normalt må en slik overdragelse respekteres av kreditorer, arvinger eller andre tredjeparter med interesse i det aktuelle formuesgodet.⁵ Dette gjelder imidlertid *ikke* uten begrensninger, og det stilles blant annet krav om at avtalen er endelig, reell og gyldig.⁶ Ett av kravene som stilles for at overdragelsen skal være beskyttelsesverdig overfor andre med interesser i formuesgodet, er at avtalen ikke er *proforma*.⁷ Med uttrykket «*proforma*» menes i juridisk sammenheng at noe er simulert eller fiktivt.⁸

Selv om det er bred enighet om proformaregelens *eksistens*, har det i en årrekke vært diskusjoner i juridisk litteratur om det nærmere *innholdet* i proformaregelen. Det har i hovedsak vært fremhevet to ulike tilnærminger: Den «subjektive» og den «objektive».⁹ Vurderingstemaet etter den subjektive tilnærmingen er om avtalepartene *egentlig har ment* at overdragelsen skal ha rettsvirkninger dem imellom.¹⁰ For at en overdragelse skal regnes som *proforma* etter den

¹ Hans Fredrik Marthinussen (2019) s. 36-37, Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger (2016) s. 38-39, Borgar Høgetveit Berg (2017) s. 212 og Mari Klungøy Kristiansen (2020) s. 301.

² Se blant annet skatteloven § 4-1 første ledd, panteloven § 2-1 første ledd, arveloven § 1 annet ledd og dekningsloven § 2-2.

³ Høgetveit Berg (2017) s. 205 og Tore Sandvik (1967) s. 56-57. Se også punkt 3.3.3 nedenfor.

⁴ Jo Hov og Alf Petter Høgberg (2009) s. 36-38, Henning Kristiansen (2020) s. 110, Geir Woxholth (2021) s. 27, Johan Giertsen (2021) s. 6 og Lisa Mattea Elvevold (2019) s. 27-28. Se nærmere i punkt 2.2.1 nedenfor.

⁵ Kristiansen (2020) s. 111 og Kåre Lilleholt (2018) s. 34.

⁶ Klungøy Kristiansen (2020) s. 278 og Kristiansen (2020) s. 109.

⁷ Sverre Magnus Bergslid Salvesen (2021) s. 151. Se nærmere i punkt 2.2.2 nedenfor.

⁸ Erlend Baldersheim (2017) s. 168.

⁹ Se særlig Sjur Brækhus og Axel Hærem (1964) s. 494-496 og Sandvik (1967). Se nærmere i punkt 2.3.2 nedenfor.

¹⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73, Salvesen (2021) s. 154, Kristiansen (2020) s. 114 og Sandvik (1967) s. 48 og 72.

subjektive tilnærmingen, må det påvises en bevisst uoverensstemmelse mellom hvordan avtalepartene fremstiller avtalen utad, og slik partene seg imellom er enige om at avtalen *egentlig* skal forstås.¹¹

Den subjektive tilnærmingen har blitt kritisert og utfordret i juridisk litteratur. Innvendingene går særlig ut på at domstolene i praksis *ikke* utelukkende vurderer hva avtalepartene egentlig har ment med overdragelsen, men foretar en *objektiv helhetsvurdering* av avtalens *realitet* mellom partene.¹² Dessuten argumenterer kritikerne med at den subjektive tilnærmingen i for stor grad gjør det mulig for den reelle eieren av formuesgodet å unndra dette fra kreditorer eller andre tredjeparter, men likevel beholde sentrale deler av rådigheten over formuesgodet.¹³ Årsaken er at det normalt er *vanskelig å bevise* hva avtalepartene *egentlig* mente med disposisjonen, når begge parter aktivt forsøker å skjule denne meningen, og i fellesskap aktivt jobber for at disposisjonen utad skal fremstå så reell som mulig. På denne bakgrunn har enkelte tatt til orde for en *objektiv* tilnærming til proformaregelen, som utgjør en rettslig helhetsvurdering av om overdragelsen har tilstrekkelig *realitet* til å bli stående som gyldig.¹⁴

Proformaregelens innhold ble aktualisert i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, hvor Høyesterett eksplisitt tok stilling til «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’».¹⁵ Selv om avgjørelsen tilsynelatende «setter punktum» for diskusjonen om innholdet i proformaregelen, har kjennelsen gitt grobunn for ytterligere uklarheter i rettskildebildet.¹⁶ Blant flere problemstillinger kan trekkes frem hvorvidt proformaregelen kjennelsen gir anvisning på, utgjør en særregel for beslagsrettslige tredjepartskonflikter, eller om regelen har generell *rekkevidde*.¹⁷ En annen problemstilling som aktualiseres i lys av kjennelsen, er hvordan proformaregelen forholder seg til tilgrensede regelsett, samt bakenforliggende hensyn og prinsipper.¹⁸

¹¹ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 80-81, Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 276, Sandvik (1967) s. 48 og Kristiansen (2020) s. 114-115.

¹² Brækhus og Hærem (1964) s. 494-495, Sjur Brækhus og Hans Petter Lundgaard (1968) s. 86-87 og Høgetveit Berg (2017) s. 209-214. Se nærmere i punkt 2.3.2 nedenfor.

¹³ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 276 og Høgetveit Berg (2017) s. 212 (implisitt).

¹⁴ Se særlig Brækhus og Hærem (1964) s. 494-495, Brækhus og Lundgaard (1968) s. 86-87 og Høgetveit Berg (2017) s. 209-214. Se nærmere i punkt 2.3.2 nedenfor.

¹⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 72.

¹⁶ I et foredrag under seminaret «Nytt i konkursretten 2020» uttalte Hans Fredrik Marthinussen følgende: «[D]ommen er ikke en avklaring. Vi har nok fått flere spørsmål enn vi hadde da vi startet». Link: <https://juridika.no/innsikt/nytt-i-konkursretten-i-2020>.

¹⁷ Proformaregelens rekkevidde drøftes i kapittel 4 nedenfor.

¹⁸ Se særlig kapittel 5 nedenfor.

I denne masteravhandlingen vil jeg analysere proformaregelens *rettslige plassering, innhold og rekkevidde*.¹⁹ Videre vil jeg rette et *kritisk blikk* på proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, samt foreta noen *de lege ferenda*-betraktninger om *den videre utviklingen* av proformaregelen.

1.2 Metodiske refleksjoner

1.2.1 Rettsdogmatisk metode

Siktemålet med denne masteravhandlingen er å klargjøre og systematisere ulike rettslige problemstillinger knyttet til proformaregelen. For å besvare disse problemstillingene tas det utgangspunkt i en *rettsdogmatisk metode*. I rettsdogmatikken er formålet å fastlegge og fremstille gjeldende rettsregler på en systematisk måte.²⁰ Det forekommer at også betegnelser som «rettskildelære», «alminnelig juridisk metode» eller lignende benyttes som synonym til rettsdogmatisk metode.²¹ *Jens Edvin A. Skoghøy* beskriver rettskildelæren som «læren om hvilke kilder som er relevante ved fastleggelsen av innholdet av gjeldende rett, og hvordan de ulike kildene skal avveies mot hverandre».²² Det faller utenfor denne masteravhandlingens ramme å gi en inngående redegjørelse av innholdet i rettsdogmatikken som metodesjanger.²³ Likevel anser jeg det som hensiktsmessig å knytte enkelte betraktninger til rettsdogmatikken som utgangspunkt for avhandlingsarbeidet.

I norsk rett er det i første rekke avgjørelser fra Høyesterett som utgjør «malen» for hvordan rettsanvendere skal gå frem ved løsningen av rettsspørsmål.²⁴ Selv om Høyesteretts metode danner grunnlaget for den rettsdogmatiske metode, kan det pekes på enkelte forskjeller mellom *formålet* med og *rammen* av henholdsvis en domstolsavgjørelse og et juridisk forskningsarbeid. Domstolenes primærfunksjon er å avgjøre konkrete rettslige tvister mellom bestemte parter.²⁵ Samtidig har domstolene – særlig Høyesterett – en viktig rolle for å avklare og utvikle den materielle retten.²⁶ I et rettsdogmatisk forskningsarbeid er rammene videre, ettersom formålet *ikke* først og fremst er å løse en konkret rettstvist, men derimot «å bidra med ny eller økt

¹⁹ Hva som ligger i betegnelse *rettslig plassering, innhold og rekkevidde* forklares i punkt 1.6 nedenfor.

²⁰ Jens Edvin A. Skoghøy (2018) s. 25-26, Salvesen (2021) s. 31 og Synne Sæther Mæhle (2004) s. 329.

²¹ Nils Nygaard (2004) s. 24 og Skoghøy (2018) s. 17.

²² Skoghøy (2018) s. 17.

²³ På dette punkt henvises leseren til standardverk innen juridisk metodelære, se for eksempel Skoghøy (2018), Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli (2017), Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen (2001) og Nygaard (2004).

²⁴ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 20-21, Nygaard (2004) s. 85 og Bjørn Løvteit (2021) s. 43. Se også Skoghøy (2018) s. 19, som fremhever at metoden ikke kan leses ut av en enkeltavgjørelse, men at denne utgjør et produkt av "det samlede avgjørelsesmaterialet".

²⁵ Mæhle (2004) s. 329, Salvesen (2021) s. 31 og Løvteit (2021) s. 44.

²⁶ NOU 2001: 32 A s. 128-129, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 302-303, Salvesen (2021) s. 31, Løvteit (2021) s. 44 og Skoghøy (2018) s. 18.

kunnskap på rettsområdet».²⁷ Med ny kunnskap menes i denne sammenheng ikke bare behandling av tematikk som ikke allerede er berørt, men også analysering, systematisering og generalisering av etablert tematikk, med en ny innfallsvinkel eller med økt dybde.²⁸

Selv om både dommerens og forskerens overordnede oppgave er – noe forenklet – å finne frem til gjeldende rett, er det noen sentrale forskjeller mellom deres rolle i rettsvitenskapen. En forsker vil ofte ha bedre tid til disposisjon enn det dommeren har, og vil som følge av dette i større grad kunne analysere problemstillingene i en bredere rettslig kontekst, samt foreta «dypdykk» i rettskildematerialet.²⁹ Videre vil ofte et forskingsarbeid ha en mer nyansert tilnærming enn en rettsavgjørelse. Årsaken er at forskeren, i motsetning til dommeren, *ikke* må ta utgangspunkt i et konkret saksforhold ved fremstillingen av innholdet i et rettsspørsmål, og heller ikke er pliktig til å konkludere innenfor rammene av partenes påstander og påstandsgrunnlag.³⁰

Et annet metodisk poeng er at det også innenfor det som kan kategoriseres som *de lege lata*, ofte er et visst argumentasjonsrom som åpner for flere alternative rettslige løsninger – særlig på privatrettens område.³¹ Dette innebærer at sontringen mellom argumentasjon *de lege lata* og *de lege ferenda* ikke alltid er skarp. I slike tilfeller kan det hevdes at veien frem til konklusjonen er vel så viktig som selve konklusjonen. Rammen av et rettsdogmatisk forskningsarbeid behøver derfor ikke begrense seg til å undersøke *hva* innholdet i gjeldende rett *er*, men kan også søke å begrunne *hvorfor* gjeldende rett er slik den er, samt drøfte *om* retten *bør* være slik den er.³²

1.2.2 HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* som rettskildefaktor

Ettersom flere problemstillinger i denne masteravhandlingen tar utgangspunkt i Høyesteretts premisser i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, vil jeg knytte noen betraktninger rundt avgjørelsens betydning som rettskildefaktor. HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* er en *kjennelse*, som normalt har lavere prejudikatsverdi enn avgjørelser truffet i avdeling.³³ Årsaken er at anke over kjennelse i utgangspunktet behandles av Høyesteretts ankeutvalg med bare tre dommere,³⁴

²⁷ Salvesen (2021) s. 32. Se også Hans Petter Graver (2011) s. 248-249.

²⁸ Løtveit (2021) s. 44 og Salvesen (2021) s. 32.

²⁹ Salvesen (2021) s. 32 og Løtveit (2021) s. 44.

³⁰ Løtveit (2021) s. 44 og Salvesen (2021) s. 32. Se også Elvevold (2019) s. 39: "Dommeren skal løse den konkrete saken, [mens] rettsvitenskapen søker å gi de generelle forklaringene".

³¹ Skoghøy (2018) s. 20.

³² Jens Edvin A. Skoghøy (1990) s. 53-54, Løtveit (2021) s. 48 og Salvesen (2021) s. 34-35.

³³ Skoghøy (2018) s. 145-146.

³⁴ Se tvisteloven § 30-1 annet ledd, jf. domstolloven § 5 første ledd første punktum.

at saken behandles skriftlig, og at avgjørelser i utvalg normalt ikke er like grundig behandlet som avdelingsavgjørelser.³⁵ For HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gjør imidlertid ikke disse forholdene seg gjeldende, ettersom Høyesterett i HR-2017-2449-U besluttet at anken skulle behandles av Høyesterett satt i avdeling med fem dommere, samt at saken skulle behandles etter tvistelovens regler for anke over dommer, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum. Den svekkede prejudikatsvirkningen av kjennelser sammenlignet med øvrige avgjørelser knytter seg dessuten først og fremst til terskelen for at Høyesterett i en fremtidig avgjørelse kan fravike det aktuelle prejudikatet, og *ikke* til den retningsgivende funksjonen avgjørelsen har for underrettsdomstolene og øvrige rettsanvendere.³⁶ Dessuten legger prosesslovgivningen selv opp til at avgjørelser som ikke omhandler sakens realitet *skal* avgjøres ved kjennelse, se tvisteloven § 19-1 nr. 2 bokstav c, jf. § 19-1 nr. 1 bokstav a. I slike tilfeller er det naturlig at kjennelser har samme retningsgivende funksjon for rettsanvendelsen og fastleggelsen av gjeldende rett som øvrige avgjørelser, ettersom det motsatte ville innebære at mange problemstillinger, herunder i utleggs- og konkurssaker, ikke hadde fått noen tydelig rettslig avklaring. Samlet sett tilsier disse forholdene at det har liten betydning for avgjørelsens prejudikatsverdi at HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* er en kjennelse.³⁷

1.3 Presiseringer og avgrensninger

Den innledende beskrivelsen av avhandlingens tema, problemstillinger og aktualitet setter i seg selv en ramme for avhandlingsarbeidet. Likevel er det enkelte avgrensninger som ikke nødvendigvis kommer tydelig frem innledningsvis, og som derfor vil presiseres eksplisitt her.

Proformabegrepet blir fra tid til annen brukt innen flere rettsdisipliner i norsk rett. I ekteskaps- og utlendingsretten kan det bli tale om *proformaekteskap*.³⁸ Med dette siktes det til et ekteskap hvor hovedformålet med inngåelsen var å etablere et grunnlag for oppholdstillatelse.³⁹ Et annet område hvor begrepet *proforma* dukker opp, er ved varelevering, hvor det kan bli tale om *proformafaktura*.⁴⁰ Med dette siktes det til en faktura som utstedes for levering av varer, men som ikke utgjør et grunnlag for betaling. I denne masteravhandlingen er temaet *proforma* som innsigelsesgrunn ved *overdragelser* av formuesgoder. Det avgrenses derfor mot proforma-

³⁵ Skoghøy (2018) s. 145-146 og Salvesen (2021) s. 149.

³⁶ Skoghøy (2018) s. 144-147.

³⁷ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 149-150.

³⁸ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 277.

³⁹ Se utlendingsloven § 40 fjerde ledd, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 422.

⁴⁰ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 278.

situasjoner som *ikke* omhandler overdragelse av formuesgoder fra et rettssubjekt til et annet, herunder *proformaekteskap* og *proformafaktura*.

Enkelte formuerettslige disposisjoner, herunder *proformaoverdragelser*, er etter omstendighetene kriminalisert og inntatt i straffelovgivningen. Straffeloven kapittel 30 inneholder straffehjemler for bedrageri, skattesvik og liknende økonomisk kriminalitet. En *proformaoverdragelse* kan etter omstendighetene omfattes av gjerningsbeskrivelsen i både straffeloven § 375 om forsikringsbedrageri, § 378 om skattesvik og § 392 om regnskapsovertredelse. Videre inneholder straffeloven kapittel 31 straffehjemler som rammer kreditorskadelige disposisjoner. Også her kan en *proformaoverdragelse* etter omstendighetene omfattes av gjerningsbeskrivelsen i både straffeloven § 401 om uforsvarlige økonomiske disposisjoner, § 402 om kreditorbegunstigelse, § 403 om hindring av dekning til en enkeltfølgende kreditor, § 404 om formuesforringelse ved insolvensfare og § 408 om boforringelse under fellesfølgning. Dessuten er det også i spesiallovgivningen inntatt straffebestemmelser som etter omstendighetene kan ramme en *proformaoverdragelse*, se for eksempel skatteforvaltningsloven § 14-3 første ledd om tilleggsskatt for uriktige eller ufullstendige opplysninger. Denne masteravhandlingen omhandler som nevnt *proforma* som *innsigelsesgrunn* ved overdragelser av formuesgoder. Det er dermed den *formuerettslige dimensjonen* som er temaet, og det avgrenses derfor mot de strafferettslige konsekvensene en *proformadisposisjon* etter omstendighetene kan medføre.

Videre har *proformaregelen* kontaktflater mot flere sivilprosessuelle spørsmål, for eksempel hvilket beviskrav som stilles for at en overdragelse skal regnes som *proforma* og hva som prosessuelt sett utgjør samme krav. De prosessuelle aspektene av *proformaregelen* blir ikke behandlet i større utstrekning enn det som er nødvendig for å fremstille det materielle innholdet i og rekkevidden av regelen.

I noen av problemstillingene som aktualiseres i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, berøres rettsområder og regelsett som tematisk ligger utenfor denne masteravhandlingens kjerne. I disse tilfellene begrenses redegjørelsen av de aktuelle reglene til det som er nødvendig og hensiktsmessig for å kaste lys over *proformaregelen*.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Formuesgoder og formuesrettigheter

Begrepet «formuesgode» benyttes i dekningsloven § 2-2 for å angi objektet for fordringshavernes dekningsrett.⁴¹ Bestemmelsen gir imidlertid ikke noen nærmere beskrivelse av

⁴¹ Kortnavn på lover benyttes i løpende tekst og fotnoter. Fullstendige henvisninger finnes i kildelisten.

begrepets innhold, ut over å fremheve at formuesgodet må kunne «selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger» for å omfattes av beslagsretten. Kravet om at formuesgodet må være omsettelig må ses i sammenheng med at hensikten med et kreditorbeslag er inndrivelse av gjeld.⁴² Likevel er det på det rene at også ting uten økonomisk verdi språklig sett omfattes av begrepet formuesgode.⁴³ I dekningslovens forarbeider gis det noe veiledning for fastleggelsen av innholdet i «formuesgode»-vilkåret. Utvalget hadde i dekningsloven § 2-2 «foretrukket å bruke ordet ‘formuesgode’ fremfor ‘formuesgjenstand’, idet ‘gode’ er mer abstrakt».⁴⁴ Formuleringen gir anvisning på at ikke bare fysiske ting, men også abstrakte rettigheter – som for eksempel verdipapirer eller fordringer – omfattes av begrepet formuesgode. Forarbeidsuttalelsen kan tas til inntekt for at begrepet formuesgode favner vidt, men gir ikke noen nærmere konkretisering av begrepets innhold. *Kåre Lilleholt* har fremholdt at det verken er mulig eller nødvendig å gi en uttømmende definisjon av begrepet formuesgode, og at «[v]i får nøye oss med å seie at formuesgoda typisk har økonomisk verdi, at dei typisk kan overførast frå ein person til ein annan, og at vi typisk kan disponere over formuesgoda ved avtale».⁴⁵ *Sverre Magnus B. Salvesen* uttaler at formuesgodebegrepet utgjør «et dynamisk begrep som utvikles i tråd med at nye og omsettelige goder vokser frem», og at det derfor er «umulig å fastslå en gang for alle hvilke formuesgoder som kan tenkes å være gjenstand for et kreditorbeslag».⁴⁶ På grunn av «formuesgode»-begrepets dynamiske karakter vil jeg ikke forsøke å gi en ytterligere avklaring av begrepets nærmere innhold.

Det er imidlertid grunn til å fremheve at begrepet «formuesgode» i dekningsloven § 2-2 utgjør en forenkling av det som egentlig er objektet for et kreditorbeslag. Det er debitors *rettigheter i formuesgodet* som er gjenstand for kreditorbeslag, og ikke formuesgodet i seg selv.⁴⁷ Å inneha en eller flere formuesrettigheter gir rettighetshaveren en «viss eksklusiv rådighet over de underliggende objektene».⁴⁸ Til tross for at det kanskje kan innvendes at det hadde vært mer presist å benytte begrepet «formuesrettighet» i dekningsloven § 2-2, er begrepet «formuesgode» veletablert i norsk beslagsrett, og skaper sjeldent nevneverdige problemer når kreditorenes beslagsrett skal avgrenses.⁴⁹

⁴² Mads Henry Andenæs (2009) s. 92 og Salvesen (2021) s. 21.

⁴³ Brækhus og Hærem (1964) s. 5, Salvesen (2021) s. 21 og Baldersheim (2017) s. 61.

⁴⁴ NOU 1972: 20 s. 255.

⁴⁵ Lilleholt (2018) s. 20.

⁴⁶ Salvesen (2021) s. 22.

⁴⁷ Lilleholt (2018) s. 21, Salvesen (2021) s. 22 og Løtveit (2021) s. 58.

⁴⁸ Løtveit (2021) s. 59.

⁴⁹ Salvesen (2021) s. 22.

1.4.2 Kreditor, debitor, suksessor og hjemmelsperson

Begrepet «kreditor» er allerede brukt innledningsvis, trolig uten større vanskeligheter for leseren. Likevel er det behov for en konkretisering, ettersom kreditorbegrepet har et avvikende innhold på ulike rettsområder. Begrepet kreditor benyttes i den dynamiske tingsretten som betegnelse på en dekningsøkende fordringshaver som, gjennom enkelt- eller fellesforfølgning, søker å inndrive et pengekrav mot skyldneren.⁵⁰ I obligasjonsretten brukes derimot begrepet kreditor som betegnelse på enhver som har et krav på oppfyllelse.⁵¹ Det tingsrettslige kreditorbegrepet er derfor snevrere enn begrepet som brukes i obligasjonsretten.⁵² Når jeg i denne masteravhandlingen benytter begrepet «kreditor», sikter jeg, med mindre noe annet presiseres, til det tingsrettslige kreditorbegrepet – altså til dekningsøkende utleggstaker eller konkursbo. Som synonym til kreditor vil også begrepene «fordringshaver» eller «kravshaver» benyttes.

Også begrepet «debitor» har en videre betydning innen obligasjonsretten enn i den dynamiske tingsretten.⁵³ Debitorbegrepet gir i obligasjonsretten anvisning på enhver som er forpliktet i et skyldforhold.⁵⁴ I tingsretten benyttes derimot begrepet debitor som betegnelse på den som utsettes for enkelt- eller fellesforfølgning fra kreditor.⁵⁵ Det er den sistnevnte forståelsen av debitorbegrepet det siktes til i denne masteravhandlingen. Som synonym til debitor vil også begrepet «skyldneren» benyttes.

Med begrepet «suksessor» siktes det til «en rettsetterfølger som har fått overført et formuesgode til seg fra en rettsforgjenger».⁵⁶ Mer spesifikt vil suksessorbegrepet benyttes som betegnelse på det rettssubjekt som utleder en rettighet fra debitor i en suksesjonskonflikt, se punkt 1.5 nedenfor. I enkelte tilfeller vil jeg også omtale suksessor som «stråmann». Når dette gjøres er det for å tydeliggjøre at debitor bevisst har «brukt» suksessor for å foreta en proformaoverdragelse.

Begrepet «hjemmelsperson» brukes i avhandlingen som betegnelse på debitors rettsforgjenger.⁵⁷ Nærmere bestemt er hjemmelspersonen det rettssubjekt debitor utleder en rettighet fra i hjemmelskonflikten, se punkt 1.5 nedenfor.

⁵⁰ Kåre Lilleholt (1999) s. 17, Falkanger og Falkanger (2016) s. 582, Salvesen (2021) s. 22-23 og Lilleholt (2018) s. 34.

⁵¹ Viggo Hagstrøm (2011) s. 26-27, Salvesen (2021) s. 23 og Lilleholt (2018) s. 34.

⁵² Lilleholt (1999) s. 17 og Salvesen (2021) s. 23.

⁵³ Salvesen (2021) s. 24.

⁵⁴ Hagstrøm (2011) s. 26-27 og Salvesen (2021) s. 24.

⁵⁵ Salvesen (2021) s. 24.

⁵⁶ Salvesen (2021) s. 25.

⁵⁷ Borgar Høgetveit Berg (1998) s. 821 og Falkanger og Falkanger (2016) s. 584.

1.4.3 Originære, derivative og ekstinktive stiftelsesgrunnlag

Det sondres normalt mellom tre ulike stiftelsesgrunnlag for eiendomsrett i norsk rett: Originære, derivative og ekstinktive.⁵⁸ Ved et *originært* erverv er det ikke noen formuesrettigheter tilknyttet det aktuelle formuesgodet i forkant av ervervet. Det aktuelle formuesgodet er enten tilvirket av rettighetshaveren, eller så har et eierløst formuesgode fått en eier.⁵⁹ Ettersom temaet for denne masteroppgaven knytter seg til *overdragelse* av formuesrettigheter mellom to rettssubjekter, er ikke de originære stiftelsesgrunnlag relevant, og vil derfor ikke omtales nærmere.

Det vanligste stiftelsesgrunnlaget er *derivativt* erverv.⁶⁰ Ved derivativt erverv avledes eiendomsretten fra den som tidligere hadde en rettighet i formuesgodet.⁶¹ Under kategorien derivativt erverv faller blant annet avtaleerverv og arv. Også et kreditorbeslag som hjemles direkte i dekningsloven § 2-2 kan betegnes som et derivativt beslag.⁶² Ettersom kreditor her utleder sin beslagsrett fra debtors rettigheter i formuesgodet, er det treffende å benytte betegnelsen derivativt kreditorbeslag om de kreditorbeslag som ikke utledes av reglene om kreditorekstinksjon eller omstøtelse.⁶³

At et formuesgode er ervervet *ekstinktivt* innebærer at et yngre rettighetserverv fortrenger et allerede etablert rettighetserverv. Et kreditorbeslag i kraft av ekstinksjonsreglene skjer til fortrenghet for suksessors rettigheter i formuesgodet, og utgjør dermed et unntak fra hovedreglene om at kreditor utleder sin rett fra debtors egen rett, samt «først i tid, best i rett».⁶⁴

1.4.4 Gyldighet og rettsvern

At en overdragelse er *gyldig* innebærer at det *ikke* foreligger noen lovfestede eller ulovfestede ugyldighetsgrunner som gjør at én eller begge parter ikke er bundet av avtalen.⁶⁵ Dersom det *ikke* foreligger en ugyldighetsgrunn, er partene som klar hovedregel bundet til å oppfylle det de har forpliktet seg til gjennom avtalen. Hvorvidt partene faktisk har forpliktet seg, og hva de i tilfelle har forpliktet seg til, beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper om avtaleinngåelse og tolkning, og omtales nærmere i punktene 2.2.1 og 5.2 nedenfor.

⁵⁸ Falkanger og Falkanger (2016) s. 57, Peter Mortensen (2009) s. 82, Salvesen (2021) s. 140 og Thor Falkanger (2016) s. 98.

⁵⁹ Salvesen (2021) s. 140.

⁶⁰ Mortensen (2009) s. 83, Roger Stelander Magnussen (2015) s. 253 og Salvesen (2021) s. 140.

⁶¹ Falkanger (2016) s. 60, Salvesen (2021) s. 140 og Mortensen (2009) s. 83.

⁶² Salvesen (2021) s. 140.

⁶³ Se om omstøtelsesreglene i punkt 5.5.2 nedenfor.

⁶⁴ Hans Fredrik Marthinussen (2006) s. 3 og Salvesen (2021) s. 141.

⁶⁵ Giertsen (2021) s. 190 og Woxholth (2021) s. 282. Se nærmere i punkt 2.2.1 nedenfor.

Det må imidlertid skilles mellom *gyldighet* og *rettsvern*.⁶⁶ En overdragelse kan være rettslig bindende, og dermed gyldig, i forholdet mellom avtalepartene (*inter partes*), uten at rettigheten er beskyttet overfor tredjeparter gjennom rettsvernsreglene.⁶⁷ Motsetningsvis medfører ikke etablering av rettsvern uten videre til at suksessor har oppfylt sine forpliktelser overfor avhender.⁶⁸ Han er da likevel forpliktet til å oppfylle alle sine forpliktelser etter alminnelige avtalerettslige prinsipper, se punkt 2.2.1 nedenfor.

1.5 Konfliktsituasjoner og kollisjonsmodeller

Dersom to ulike rettssubjekter har formuesrettigheter i et bestemt formuesgode, og de respektive rettighetene ikke fullt ut lar seg forene i tråd med stiftelsesgrunnlagene, omtales rettighetskollisjonen for en *dynamisk konflikt*.⁶⁹ At to rettigheter «kolliderer», innebærer at den ene rettigheten ikke kan utnyttes uten å komme i veien for den andre.⁷⁰ De dynamiske konfliktene deles gjerne opp i *to ulike konfliktsituasjoner* – hjemmelskonflikter og suksesjonskonflikter.⁷¹ I begge kollisjonstypene kan det etter omstendighetene være aktuelt å fremsette en innsigelse om at en overdragelse er *proforma*. For lettere å kunne redegjøre for de relevante situasjonene en proformainnsigelse kan fremsettes, vil jeg skissere disse konfliktsituasjonene som *kollisjonsmodeller*. Ved fremstillingene benyttes beslagsrettslig terminologi for å forklare innholdet i konfliktsituasjonene og kollisjonsmodellene. Dette er kun av pedagogisk betydning, og innebærer *ikke* at disse utelukkende gjelder i relasjon til beslagsrettslige proforma-situasjoner. I stedet for begrepene debitor, suksessor og kreditor, kunne like gjerne begrepene avhender, erverver og tredjepart vært benyttet. Det er imidlertid viktig å understreke at modellene *ikke* har en rettslig egenverdi, og at rettsanvenderen derfor ikke kan løse en konflikt utelukkende ved å subsumere et faktum under en av modellene – disse er bare ment som pedagogiske hjelpemidler.⁷²

I juridisk litteratur illustreres *hjemmelskonflikten* med en H-A-B modell.⁷³

⁶⁶ Skoghøy (1990) s. 268, Salvesen (2021) s. 27 og Jens Edvin A. Skoghøy (2018) s. 183.

⁶⁷ Salvesen (2021) s. 27 og Skoghøy (2018) s. 183.

⁶⁸ Salvesen (2021) s. 27.

⁶⁹ Mortensen (2009) s. 27-28, Lilleholt (2018) s. 25-26 og Salvesen (2021) s. 55. Se forklaring av begrepene formuesgode og formuesrettigheter i punkt 1.4.1 ovenfor.

⁷⁰ NOU 1982: 17 s. 128 og Salvesen (2021) s. 55-56.

⁷¹ Høgetveit Berg (2017) s. 203-204, Lilleholt (2018) s. 28, Salvesen (2021) s. 56 og Baldersheim (2017) s. 273.

⁷² Aage Thor Falkanger (2000) s. 61 og Salvesen (2021) s. 59.

⁷³ Borgar Høgetveit Berg (2021) s. 30, Lilleholt (2018) s. 29, Falkanger og Falkanger (2016) s. 581, Salvesen (2021) s. 56 og Brækhus og Hærem (1964) s. 375.

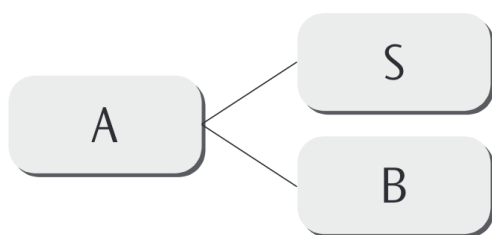


Figur 1: Hjemmelskonflikten illustrert som H-A-B modell.

Hjemmelskonflikten kjennetegnes av at avhender A *ikke* er direkte involvert. Konflikten står mellom As kreditor B, og As hjemmelsperson H. Hjemmelskonflikten omtales også som en «inn i boet»-konflikt.⁷⁴ Med dette siktes det til at problemstillingen er hvorvidt det omtvistede formuesgodet har gått fra Hs og inn i As formuessfære.

I en (beslagsrettslig) proformasituasjon innebærer hjemmelskonflikten at kreditor B ønsker å søke dekning i et formuesgode som debitor A er i besittelsen av. Hjemmelsperson H hevder imidlertid at han er den reelle eieren av det aktuelle formuesgodet, og at A bare er *proforma* eier. Dersom H får medhold i at overdragelsen til A er gjort *proforma*, er rettsvirkningen at kreditor B *ikke* kan ta beslag i formuesgodet.⁷⁵ Årsaken er at formuesgodet ikke «tilhører» erverver A, slik dekningsloven § 2-2 krever, se punkt 2.2.3 nedenfor. Eieren H kan derfor fremsette et vindikasjonskrav mot kreditor i «inn i boet»-konflikter på grunn av *proforma*.⁷⁶

Suksesjonskonflikten kjennetegnes derimot av at to eller flere rettssubjekter påstår å ha helt eller delvis uforenelige formuesrettigheter i *det samme* formuesgodet.⁷⁷ En annen betegnelse av suksesjonskonflikter er «ut av boet»-konflikter.⁷⁸ Med dette siktes det til at problemstillingen er hvorvidt formuesgodet har gått *ut* av As formuessfære, og over til S. Suksesjonskonflikten illustreres i juridisk litteratur med en A-S-B modell:⁷⁹



Figur 2: Suksesjonskonflikten illustrert som A-S-B modell.

⁷⁴ Salvesen (2021) s. 57.

⁷⁵ Salvesen (2021) s. 152.

⁷⁶ Salvesen (2021) s. 153.

⁷⁷ Falkanger og Falkanger (2016) s. 586-588 og Salvesen (2021) s. 57.

⁷⁸ Høgetveit Berg (1998) s. 821.

⁷⁹ Lilleholt (2018) s. 29, Høgetveit Berg (2021) s. 30, Salvesen (2021) s. 57-58, Falkanger og Falkanger (2016) s. 581 og Brækhus og Hærem (1964) s. 375.

Det som kjennetegner suksesjonskonflikten er at debitor A har overdratt formuesgodet til en suksessor S, mens kreditor B ønsker å beslaglegge det overdratte formuesgodet. Rettighetskonflikten står derfor mellom As suksessor S og kreditor B.⁸⁰

For proformas spørsmål innebærer suksesjonskonflikten at debitor A har overdratt formuesgodet til suksessor S, mens kreditor B bestrider overdragelsens gyldighet under henvisning til at denne er *proforma*. As kreditor B søker dermed å ta beslag i det overdratte formuesgodet. Rettsvirkningen av at kreditor får medhold i proformainnsigelsen, er at formuesgodet er underlagt beslagsretten.⁸¹ Også denne rettsvirkningen kan utledes av dekningsloven § 2-2, ettersom formuesgodet fremdeles «tilhører» debitor A, og egentlig aldri tilhørte suksessor S, se punkt 2.2.3 nedenfor.

1.6 Den videre fremstillingen

Proformaregelens *rettslige plassering* drøftes i avhandlingens kapittel 2. Med «rettslig plassering» siktes det ikke bare til de bakenforliggende reglene og prinsippene, samt proformaregelens rettslige grunnlag, men også til de to ulike tilnærmingene til proformaregelen som har vært diskutert i juridisk litteratur. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for *innholdet* i proformavurderingen. Betegnelsen «innhold» gir anvisning på hvordan proformavurderingen nærmere bestemt skal foretas, herunder regelens systematikk og overordnede vurderingstema, samt de momentene som er relevante i proformavurderingen. Proformaregelens *rekkevidde* behandles i avhandlingens kapittel 4. Med begrepet «rekkevidde» siktes det til proformaregelens nedslagsfelt, herunder om det finnes begrensninger for anvendelsen av proformaregelen i bestemte type-tilfeller. Videre vil jeg i kapittel 5 rette et *kritisk blick* på proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, mens jeg i kapittel 6 reflekterer rundt *den videre utviklingen* av proformaregelen. Til slutt vil jeg i kapittel 7 fremsette noen *avsluttende betraktninger* rundt proformaregelen.

⁸⁰ Høgetveit Berg (1998) s. 821.

⁸¹ Salvesen (2021) s. 152-153.

2 RETTSLIG PLASSERING AV PROFORMAREGELEN

2.1 Innledning

Før jeg drøfter det nærmere innholdet i proformaregelen, anser jeg det som nødvendig å plassere regelen i en *rettslig kontekst*. *Proforma* som innsigelsesgrunn er ikke direkte lovfestet i norsk rett.⁸² Likevel finnes det utslag av proformaregelen i flere sentrale lovbestemmelser, herunder avtaleloven § 34 og dekningsloven § 2-2.⁸³ Proformaregelens eksistens er dessuten stadfestet av Høyesterett i en rekke avgjørelser.⁸⁴

Jeg starter med å redegjøre for proformaregelens *rettslige grunnlag* i punkt 2.2. Her behandles noen avtalerettslige utgangspunkter,⁸⁵ *proforma* som ugyldighetsgrunn og *proforma* som utslag av dekningsloven § 2-2. Deretter vil jeg i punkt 2.3 undersøke de *to ulike tilnærmingene* til proformaregelen: Den «subjektive» og den «objektive». Her drøftes først meningsutvekslingen i juridisk litteratur, før jeg vurderer høyesterettspraksis i forkant av *Deutsche Bank*-kjennelsen. Avslutningsvis redegjør jeg for Høyesteretts avklaring i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

2.2 Proformaregelens rettslige grunnlag

2.2.1 Noen avtalerettslige utgangspunkter

De grunnleggende prinsippene om avtalefrihet og privatautonomi gjør at rettssubjekter som klart utgangspunkt kan råde over sine formuesgoder gjennom bindende avtale, så fremt ikke annet er særskilt bestemt.⁸⁶ I forlengelsen av dette følger også grunnprinsippet om at avtaler skal holdes – *pacta sunt servanda*.⁸⁷ Prinsippet innebærer at avtalepartene er rettslig forpliktet til å oppfylle det den inngåtte avtalen regulerer, og at en part ikke ensidig kan endre avtalens innhold.⁸⁸ Prinsippene om avtalefrihet og privatautonomi gjelder imidlertid *ikke unntaksfritt*.⁸⁹

⁸² Salvesen (2021) s. 151.

⁸³ Se punktene 2.2.2 og 2.2.3 nedenfor.

⁸⁴ Se for eksempel Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* og HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Se også punktene 2.3.3 og 2.3.4 nedenfor.

⁸⁵ Det ligger utenfor denne masteravhandlingens rammer å redegjøre inngående om avtalerettslige regler og prinsipper, herunder hva som skal til for at en rettsstiftelse er bindende. På dette punkt henvises leseren til avtalerettslige standardverker, se for eksempel Giertsen (2021), Woxholth (2021) og Hov og Høgberg (2009).

⁸⁶ Hov og Høgberg (2009) s. 36-38, Elvevold (2019) s. 27-28, Giertsen (2021) s. 6-7, Woxholth (2021) s. 27 og Kristiansen (2020) s. 110. Prinsippet om kontraktsfrihet kan dessuten utledes av NL 5-1-2: «Alle Contracter ... som ikke er imod Loven eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgagne ere».

⁸⁷ Rt. 2013 s. 769 *IF* avsnitt 44, Woxholth (2021) s. 23 og Elvevold (2019) s. 28.

⁸⁸ Woxholth (2021) s. 24 og Giertsen (2021) s. 6-7.

⁸⁹ Høgetveit Berg (2021) s. 226, Giertsen (2021) s. 189-190, Hov og Høgberg (2009) s. 299 og Woxholth (2021) s. 25.

Dersom avtalen er beheftet med en lovfestet eller ulovfestet *ugyldighetsgrunn*, er rettsvirkningen at partene – helt eller delvis – ikke er bundet av avtalen.⁹⁰

I utgangspunktet ivaretar ugyldighetsreglene – både lovfestede og ulovfestede – bare partene i den aktuelle avtalen.⁹¹ Dersom avtalen får betydning for tredjeparters interesser, oppstår spørsmålet om også disse kan påberope at overdragelsen mellom avtalepartene er ugyldig. Her må det sondres mellom tilfeller hvor ugyldighetsinnsigelsen fremsettes av et konkursbo og en utleggstaker. Et *konkursbo* kan utvilsomt fremme ugyldighetsinnsigelse overfor suksessor.⁹² Konkursloven § 100 fastslår at debitor er uberettiget til å forføye over egne eiendeler etter konkursåpningen, og at boet i stedet trer inn i skyldnerens formuerettslige posisjoner.⁹³ I hvilken utstrekning også en *utleggstaker* kan fremme en ugyldighetsinnsigelse overfor suksessor er omtvistet, og *i seg selv* egnet for drøftelse i en egen masteravhandling.⁹⁴ I korthet beror innsigelsesadgangen på om den aktuelle ugyldighetsgrunnen utelukkende er ment å ivareta avtalepartenes interesser, eller om også tredjeparter beskyttes av ugyldighetsgrunnen.⁹⁵

2.2.2 Proforma som ugyldighetsgrunn

Proforma blir ofte omtalt som en ugyldighetsgrunn.⁹⁶ Rettsvirkningen av at en avtale er *proforma*, er at avtalen kjennes ugyldig. Med «ugyldig» menes i denne sammenheng at proformaavtalen ses bort fra, mens den reelle avtalen legges til grunn som gjeldende mellom avtalepartene.⁹⁷

Proformaregelen skiller seg imidlertid fra øvrige ugyldighetsgrunner, ettersom regelen først og fremst påberopes av en tredjepart overfor to avtaleparter som selv påstår at det har skjedd en reell overgang av eiendomsretten mellom dem.⁹⁸ Ettersom proformaregelen ikke bare er ment å ivareta avtalepartenes – men også tredjeparters – interesser, kan også tredjeparter fremme

⁹⁰ Giertsen (2021) s. 190. Se også Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 79: «Rettsvirkningene av at en avtale er ugyldig må være at avtalen helt eller delvis settes ut av kraft».

⁹¹ Hov og Høgberg (2009) s. 299 og Giertsen (2021) s. 192.

⁹² Andenæs (2009) s. 243, Leif Petter Madsen, Siv Sandvik og Kristoffer Aasebø (2015) s. 54, Fredrik Stang (1935) s. 532-533, Salvesen (2021) s. 143, Høgetveit Berg (2017) s. 204 og Lilleholt (2018) s. 333.

⁹³ Marthinussen (2019) s. 30, Salvesen (2021) s. 143 og Giertsen (2021) s. 193.

⁹⁴ Det ligger utenfor denne masteravhandlingens rammer å foreta en omfattende drøftelse av denne tematikken. For en inngående redegjørelse av problemstillingen henvises leseren til andre fremstillinger, se for eksempel Salvesen (2021) s. 142-151, Hilde Hauge (2009) s. 329-332 og Høgetveit Berg (2021) s. 266-269.

⁹⁵ Se Salvesen (2021) s. 150, som konkluderer med at "ugyldighetsgrunner som utgangspunkt bare bør kunne påberopes av utleggstaker i tilfeller hvor ugyldighetsgrunnen skal ivareta tredjemenn".

⁹⁶ Rt. 1999 s. 865 *Bugge* på s. 868, HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 70, Lilleholt (2018) s. 217, Høgetveit Berg (2021) s. 226, Sandvik (1967) s. 51, Madsen, Sandvik og Aasebø (2015) s. 54, Kristiansen (2020) s. 109 og 115, Woxholth (2021) s. 316 og Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 278.

⁹⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 276, Sandvik (1967) s. 51, Høgetveit Berg (2017) s. 206, Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 278, Madsen, Sandvik og Aasebø (2015) s. 62 og Hov og Høgberg (2009) s. 364.

⁹⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 70 og Høgetveit Berg (2021) s. 226, 258 og 273.

proformainnsigelse, jf. punkt 2.2.1 ovenfor.⁹⁹ Én kategori tredjeparter er avtalepartenes kreditorer, som kan få sin dekningsrett redusert ved at debitor overdrar sine formuesgoder *proforma* til en suksessor.¹⁰⁰

Proformaregelen er ikke direkte lovfestet i avtaleloven. Et utslag av *proforma* finnes riktig nok i avtaleloven § 34, som taler om «viljeserklæring avgitt paa skrømt». Til tross for at bestemmelsen er plassert i avtalelovens ugyldighetskapittel, gjelder regelen verken en avtaleparts eller en kreditors adgang til å påberope *proforma* som innsigelsesgrunn. Regelen i avtaleloven § 34 hjemler derimot *godtroerverv av proformadisposisjoner*. Dette ligger utenfor denne masteravhandlingens tema og problemstillinger, og vil ikke omtales nærmere i det følgende.

Selv om det ikke kan pekes på en konkret bestemmelse som direkte regulerer proforma-spørsmålet i forholdet mellom avtalepartene, er det liten tvil om at avtalepartene kan påberope at avtalen er *proforma*.¹⁰¹ Hvorvidt proformaregelen i forholdet mellom avtalepartene anses som en ulovfestet ugyldighetsgrunn, et utsalg av avtalerettslige tolkningsprinsipper eller en analogi av avtaleloven § 34, er (foreløpig) av underordnet betydning. Jeg kommer tilbake til denne problematikken i kapittel 5.¹⁰²

2.2.3 Proforma som utslag av dekningsloven § 2-2

I en beslagsrettslig sammenheng inngår *proforma* i forståelsen av dekningsloven § 2-2.¹⁰³ Bestemmelsen lyder slik:

«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» (min utheving).

Bestemmelsen slår fast at kreditorenes dekningsrett som utgangspunkt er begrenset til formuesgoder som «tilhører skyldneren» på beslagstiden.¹⁰⁴ Formuleringen «tilhører skyldneren» innebærer at et kreditorbeslag etter dekningsloven § 2-2 utledes fra debtors eiendomsrett eller andre begrensede rettigheter i det aktuelle formuesgodet.¹⁰⁵

⁹⁹ Sandvik (1967) s. 51 og Høgetveit Berg (2017) s. 204. Se også om rekkevidden av proformaregelen i kapittel 4 nedenfor.

¹⁰⁰ Se om *proforma* som utslag av dekningsloven § 2-2 i punkt 2.2.3 umiddelbart nedenfor.

¹⁰¹ Rt. 1994 s. 235 *Bokn* og Woxholth (2021) s. 315. Se også punkt 4.4 nedenfor.

¹⁰² Forholdet mellom proformaregelen og den bakenforliggende avtaleretten drøftes særskilt i punkt 5.2 nedenfor.

¹⁰³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68, Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 16-17 og Salvesen (2021) s. 152.

¹⁰⁴ Dette gjelder både ved enkeltforfølgning og konkurs, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd første punktum.

¹⁰⁵ Andenæs (2009) s. 157 og Høgetveit Berg (2021) s. 27. Se nærmere om forholdet mellom *proforma* og eiendomsrettens overgang i punkt 5.3 nedenfor.

Dersom skyldneren gjennom en endelig, bindende og reell avtale har overdratt formuesgodet til en tredjepart, «tilhører» ikke dette lenger skyldneren.¹⁰⁶ Som et klart utgangspunkt må kreditorene respektere dette, ettersom debitor i kraft av privatautonomien og avtalefriheten fritt kan disponere over sine formuesgoder, se punkt 2.2.1 ovenfor.¹⁰⁷ Er derimot overdragelsen fra skyldneren til tredjepart *proforma*, har det ikke skjedd en gyldig overgang av eiendomsretten, og formuesgodet «tilhører» derfor fortsatt skyldneren.¹⁰⁸ Kreditorene vil da ha adgang til å søke dekning i formuesgodet.¹⁰⁹ Dette er utslag av det grunnleggende beslagsrettslige utgangspunktet om at kreditorenes rett går like langt som skyldnerens egen rett.¹¹⁰

Høgetveit Berg beskriver rettsvirkningen av *proforma* som utslag av dekningsloven § 2-2 som at «kreditorane kan beslaglegge det som etter det korrekte avtalerettslege forholdet (framleis) tilhører debitor».¹¹¹ I en beslagsrettslig sammenheng oppstiller dermed proformaregelen «vurderingsmomenter som er med å klargjøre når et formuesgode kan sies å 'tilhøre' skyldneren».¹¹²

Proforma må ikke forveksles med reglene om rettsvern og omstøtelse.¹¹³ En overdragelse som har rettsvern og som er uomstøtelig kan fortsatt angripes som *proforma* av kreditor, og står derfor «på egne bein» sammenholdt med rettsverns- og omstøtelsesreglene.¹¹⁴

For ordens skyld nevnes allerede her at forholdet mellom proformaregelen og «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 utgjør en sentral problemstilling i denne masteravhandlingen, og vil bli drøftet særskilt i punkt 5.3 nedenfor.

2.3 To ulike tilnærminger til proformaregelen: Den «subjektive» og den «objektive»

2.3.1 Introduksjon

Som nevnt i punkt 1.1 ovenfor, har det gjennom flere tiår vært meningsutvekslinger rundt innholdet i proformaregelen. Det har (i hovedsak) vært fremhevet to ulike tilnærminger: Den

¹⁰⁶ Kristiansen (2020) s. 109 og Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 278.

¹⁰⁷ Giertsen (2021) s. 6-7, Lilleholt (2018) s. 34, Skoghøy (2018) s. 92 og Kristiansen (2020) s. 110-111.

¹⁰⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68, Andenæs (2009) s. 158 og Kristiansen (2020) s. 109. Se nærmere om forholdet mellom *proforma* og eiendomsrettens overgang i punkt 5.3 nedenfor.

¹⁰⁹ Høgetveit Berg (2021) s. 227.

¹¹⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 494, Lilleholt (2018) s. 34, Høgetveit Berg (1998) s. 818, Andenæs (2009) s. 157-158 og Madsen, Sandvik og Aasebø (2015) s. 54. Se også punkt 5.4 nedenfor.

¹¹¹ Høgetveit Berg (2021) s. 274.

¹¹² Salvesen (2021) s. 152.

¹¹³ Se om rettsvernsreglene i punktene 1.4.3 og 1.4.4 ovenfor, samt omstøtelsesreglene i punkt 5.5.2 nedenfor.

¹¹⁴ Andenæs (2009) s. 158 og 245, Brækhus og Hærem (1964) s. 494, Salvesen (2021) s. 152 og Høgetveit Berg (2017) s. 204-205.

«subjektive» og den «objektive». Etter begge tilnærmingene er rettsvirkningen at proforma-avtalen skal settes til side som ugyldig, mens den reelle avtalen skal legges til grunn mellom avtalepartene, se punkt 2.2.2 ovenfor. Forskjellen mellom den subjektive og den objektive tilnærmingen er derimot *vilkårene* for at *proforma* skal foreligge.¹¹⁵ Høyesterett beskrev forskjellen mellom de to tilnærmingene slik i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*:

«Den *objektive* tilnærmingen til proforma kan kort beskrives som en *helhetlig vurdering* av den påberopte overføringen, der særlig 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, er sentrale momenter for å avgjøre om overføringen har de *rettslige realiteter* som påberopes. Ved en *subjektiv* tilnærming er spørsmålet *hva partene selv har ment* med overføringen. En annen sak er at man gjerne må støtte seg på de samme holdepunktene som ved en objektiv tilnærming for å finne frem til denne meningen. Men ved en subjektiv proformaregel blir dette elementer i en bevisvurdering, ikke momenter i en rettslig vurdering» (mine uthevninger).¹¹⁶

Etter den subjektive tilnærmingen til proformaregelen er det overordnede vurderingstemaet hva avtalepartene *egentlig har ment* med overdragelsen.¹¹⁷ Overdragelsen vil regnes som *proforma* dersom det foreligger en bevisst uoverensstemmelse mellom det avtalepartene har gjort kjent overfor omverdenen (utad), og det partene er enige om at *egentlig* skal gjelde dem imellom (innad).¹¹⁸ Den objektive tilnærmingen til proformaregelen innebærer derimot en objektiv helhetsvurdering av overdragelsens «realitet».¹¹⁹ Partsviljen er dermed *ikke* det avgjørende vurderingstemaet etter den objektive tilnærmingen, se nærmere i punkt 3.2 nedenfor.

Ved begge tilnærmingene til proformaregelen er særlig «graden av formell gjennomføring, mulig motiv for proforma, eventuelt fravær av andre motiver for transaksjonen, samt – ofte avgjørende – de faktiske og rettslige virkninger [overføringen] har hatt for partene» sentrale

¹¹⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73 og Salvesen (2021) s. 154.

¹¹⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

¹¹⁷ Rt. 1994 s. 235 *Bokn* på s. 239, HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 73 og 80, Tone Sverdrup (2013) s. 10, Salvesen (2021) s. 154 og Kristiansen (2020) s. 109.

¹¹⁸ Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* på s. 906, Høgetveit Berg (2021) s. 277, Kristiansen (2020) s. 114-115, Baldersheim (2017) s. 168 og Høgetveit Berg (2017) s. 207. Se også Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 295: "Den subjektive tilnærmingen gir uttrykk for den enkle regelen om at det som ikke var virkelig ment, ikke er bindende" og Woxholth (2021) s. 315: Proforma foreligger "hvor avtalepartene i samforstand utad gir uttrykk for noe annet enn den rettslige disposisjonen de faktisk har foretatt".

¹¹⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

holdepunkter for de respektive vurderingstemaene.¹²⁰ Ved den subjektive tilnærmingen utgjør holdepunktene «elementer i en bevisvurdering», mens de etter den objektive tilnærmingen utgjør «momenter i en rettslig vurdering».¹²¹

I det følgende vil jeg undersøke rettskildegrunnlaget for henholdsvis den subjektive og den objektive tilnærmingen til proformaregelen, og vurdere rettskildesituasjonen *de lege lata*. For å gi problemstillingen best mulig kontekst, starter jeg med å redegjøre for meningsutvekslingen i juridisk litteratur i punkt 2.3.2, før jeg undersøker et utvalg høyesterettsavgjørelser i forkant av *Deutsche Bank*-kjennelsen i punkt 2.3.3. Avslutningsvis redegjør jeg i punkt 2.3.4 for avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, hvor Høyesterett eksplisitt tok stilling til «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’».¹²²

2.3.2 Diskusjonen i juridisk litteratur

Sjur Brækhus tok allerede på 1960-tallet til orde for en *objektiv* proformaregel.¹²³ At det forelå et avvik mellom overdragelsens form og innhold ble trukket frem som et kjennetegn på *proforma*, jf. uttalelsen om at *proforma* innebærer at «det reelle innhold ikke stemmer overens med det formene gir uttrykk for».¹²⁴ *Brækhus* presiserte at det ikke er en realistisk synsmåte å se på proformavurderingen som et rent *bevisspørsmål*, og at vurderingen i realiteten utgjør et *vurderingsspørsmål*.¹²⁵ *Brækhus* fremhevet at avtalepartenes subjektive oppfatning ikke alltid er avgjørende i proformavurderingen, og at man må se på «overdragelsens realitet mellom partene, om den har ført med seg noen vesentlige endringer i de faktiske forhold, [samt] [m]otivet for overdragelsen og [skyldnerens] økonomiske stilling» på overdragelsestidspunktet.¹²⁶ Argumentasjonen begrunnes først og fremst med at det er vanskelig å *bevise* hva avtalepartene egentlig mente med overdragelsen.¹²⁷ Videre begrunnes standpunktet med at også avtalepartene selv kan være usikre på hva som var meningen bak overdragelsen, og kan til og med ha «bedratt seg selv» til å tro at overdragelsen var reelt ment.¹²⁸ *Brækhus* viste deretter til høyesterettsavgjørelsene Rt. 1901 s. 811 *Sande*, Rt. 1928 s. 1087 og Rt. 1933 s. 835, som han

¹²⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

¹²¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

¹²² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 72.

¹²³ *Brækhus* og *Hærem* (1964) s. 494-496 og *Brækhus* og *Lundgaard* (1968) s. 86. Se også HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 81.

¹²⁴ *Sjur Brækhus* og *Hans Petter Lundgaard* (1971) s. 44.

¹²⁵ *Brækhus* og *Lundgaard* (1968) s. 86-87 og *Brækhus* og *Hærem* (1964) s. 494.

¹²⁶ *Brækhus* og *Hærem* (1964) s. 494.

¹²⁷ *Brækhus* og *Lundgaard* (1968) s. 86-87.

¹²⁸ *Brækhus* og *Lundgaard* (1968) s. 87.

mente underbygget hans argumentasjon.¹²⁹ Høyesterettspraksis gjennomgås under punkt 2.3.3 nedenfor.

I nyere tid er det særlig høyesterettsdommer *Borgar Høgetveit Berg* som har argumentert for en objektiv proformaregel.¹³⁰ *Høgetveit Berg* fremhever i en artikkel fra 2017 at «rettspraksis [viser] at proformabegrepet og proformareglene dekkjer monaleg meir» enn den subjektive tilnærmingen til *proforma*, og tar til orde for at også overdragelser som kan betegnes som «form utan reelt innhald», omfattes av proformaregelen.¹³¹ *Høgetveit Berg* argumenterer med at avtalepartenes subjektive oppfatning av hva de egentlig mente med overdragelsen, lett kan tilpasse seg den forstående situasjonen, og at oppfatningen kan endres etter behov – også uten at partene bevisst prøver å føre noen bak lyset.¹³² Videre peker *Høgetveit Berg* på de *rettspolitiske hensyn* som tilsier en utvidelse av proformaregelen.¹³³ Dette er særlig at det ikke kan godtas at avtalepartene gjennom formelle disposisjoner skaffer seg fordeler overfor kreditorer og øvrige tredjeparter uten at disposisjonen samtidig pålegger partene visse byrder. Dersom det hadde vært tilstrekkelig med en formell avtale uten reelle virkninger, ville det blitt for enkelt å omgå de regelsett som knytter rettsvirkninger til å være eier av formuesgoder. *Høgetveit Berg* uttaler at den subjektive tilnærmingen til proformaregelen legger opp til en «meir eller mindre oppkonstruert gjetting om partanes hensikt og meining», og tar på denne bakgrunn til orde for at rettsanvenderen i stedet for å søke etter partsviljen basert på objektive holdepunkter, heller bør anvende disse holdepunktene som momenter i en rettslig helhetsvurdering av overdragelsens objektive innhold.¹³⁴ *Høgetveit Berg* henviser til Rt. 1999 s. 865 *Bugge* og Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* for å underbygge sitt standpunkt.¹³⁵ Disse avgjørelsene omtales nærmere i punkt 2.3.3 nedenfor.

Enkelte forfattere har imidlertid tatt til motmæle mot at det bør anlegges en objektiv proformaregel i norsk rett. Tre av disse er *Tore Sandvik*, *Tone Sverdrup* og *Erlend Baldersheim*.¹³⁶

I en artikkel fra 1967 erkjente *Tore Sandvik* at man i høyesterettspraksis kan «konstatere en viss glidning bort fra det tradisjonelle ‘subjektive’ proforma-begrep ... mot et mer ‘objektivt’ preget

¹²⁹ Brækhus og Hærem (1964) s. 495 og Brækhus og Lundgaard (1968) s. 87.

¹³⁰ Høgetveit Berg (2017) s. 209-214. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 279-284 (utgitt i etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*).

¹³¹ Høgetveit Berg (2017) s. 209, som viser til Rt. 2005 s. 1476 *Sæle*, Rt. 1999 s. 865 *Bugge*, Rt. 1937 s. 443 *Panama* og Rt. 1929 s. 601 *Skadberg*. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 279.

¹³² Høgetveit Berg (2017) s. 210.

¹³³ Høgetveit Berg (2017) s. 212.

¹³⁴ Høgetveit Berg (2017) s. 213. Se også HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 81.

¹³⁵ Høgetveit Berg (2017) s. 213.

¹³⁶ Sandvik (1967), Sverdrup (2013) og Baldersheim (2017).

begrep».¹³⁷ Bakgrunnen for denne erkjennelsen var at *Sandvik* tidligere i artikkelen (blant annet) hadde analysert Rt. 1901 s. 811 *Sande*, hvor en overdragelse med omfattende forbehold i overdragsdokumentet ble betegnet som proformaverk.¹³⁸ *Sandvik* uttalte at «[d]et er åpenbart at en her møter et annet proformabegrep enn det vi hittil har operert med», men understreket at denne situasjonen ikke betyr noe annet enn at «det er misvisende å betegne erververen som eier, fordi hans råderett er sterkt begrenset sammenliknet med den som vanligvis tilkommer en eier».¹³⁹ *Sandvik* synes dermed å mene at Høyesterett i Rt. 1901 s. 811 *Sande* «tøyde strikken» for hva som faller inn under *betegnelsen proforma*. Jeg tolker *Sandviks* uttalelser som at spørsmålet om det er treffende å betegne erverver som eier på grunn av manglende rettslige og faktiske virkninger avtalepartene imellom, bør avgjøres etter en *separat rettslig vurdering*, atskilt fra proformavurderingen. Det er dermed egentlig ikke så stor forskjell mellom argumentasjonen til *Brækhus* og *Høgetveit Berg* på den ene siden, og *Sandvik* på den andre. Begge «sidene» er enige i at det *bør* være adgang til å fastslå hvem som er *eier* av et formuesgode basert på en objektiv vurdering av realiteten. Uenigheten mellom de to sidene beror først og fremst på hvorvidt denne objektive realitetsvurderingen bør inngå i proformas spørsmålet, eller om dette bør løses som et separat rettsspørsmål. I artikkelens avslutning henviste *Sandvik* til *Brækhus* sin objektive tilnærming til proformaregelen, og uttalte at et slikt objektivisert proformabegrep er «forfeilet».¹⁴⁰ Begrunnelsen bak standpunktet er todelt. For det første argumenterer *Sandvik* med at «[d]en generelt virkende nullitetseffekt som knytter seg til proformakarakteristikken», som har «en viss bismak av illojalitet», bare lar seg forsvare i tilfeller hvor avtalepartene faktisk har ment at den formelle overdragelse ikke skulle ha virkning dem imellom.¹⁴¹ Heller ikke her bestrider *Sandvik* at det *bør* kunne foretas en objektiv vurdering av eierforholdet i de tilfellene en formell overdragelse ikke stemmer overens med realiteten. *Sandvik* mener imidlertid at selve proformakarakteristikken ikke «passer» for disse tilfellene. For det andre argumenterer *Sandvik* med at *proforma* som ugyldighetsgrunn ikke kan strekke seg lengre i forholdet til kreditor enn i forholdet mellom avtalepartene, slik at «utgangspunktet selvsagt [må] være en bedømmelse av om parten selv kunne påberopt *proforma*».¹⁴² Formuleringen innebærer en henvisning til at en objektiv tilnærming til proformaregelen vil stride mot det grunnleggende prinsippet om at kreditor utleder sin rett fra debitor, og derfor

¹³⁷ Sandvik (1967) s. 72.

¹³⁸ Sandvik (1967) s. 60.

¹³⁹ Sandvik (1967) s. 61.

¹⁴⁰ Sandvik (1967) s. 72-73.

¹⁴¹ Sandvik (1967) s. 57 og 73.

¹⁴² Sandvik (1967) s. 73.

verken får større eller mindre rett enn det debitor hadde, se punkt 2.2.2 ovenfor.¹⁴³ Med dette som bakteppe tok *Sandvik* til orde for at man må «holde fast på det utgangspunkt at proforma-reglene bare skal anvendes hvor det på holdbar måte er godtgjort at partene har vært seg bevisst at overdragelsen ikke skulle ha videregående konsekvenser».¹⁴⁴

Også *Tone Sverdrup* uttaler i en artikkel fra 2013 at det er «[g]ode grunner ... for at proformakarakteristikken bør forbeholdes tilfeller hvor det foreligger en bevisst uoverensstemmelse mellom avtalen innad og avtalen utad».¹⁴⁵ På samme måte som *Sandvik* begrunner *Sverdrup* standpunktet med at proformakarakteristikken vil virke «belastende» for avtalepartene, ettersom karakteristikken forbindes med å ha ført noen bak lyset ved et proformaarrangement. *Sverdrup* mener at det, i tilfellene det ikke kan bevises at avtalepartene har ment at overdragelsen skal være *proforma*, vil være «mer hensynsfullt» å vise til at partene har «valgt en gal betegnelse på det avtalte rettsforholdet».¹⁴⁶ Uttalelsene viser at heller ikke *Sverdrup* benekter at eierforholdene må fastsettes på bakgrunn av en objektiv vurdering av realiteten. Det *Sverdrup* derimot er uenig i, er at denne objektive vurderingen bør omfattes av proformaregelen.

Videre har *Erlend Baldersheim* kritisert *Brækhus* for å omdefinere proformabegrepet for å imøtegå at Høyesterett bruker proformabegrepet på en avvikende måte i Rt. 1901 s. 811 *Sande*. *Baldersheim* mener at *Brækhus* sin tilnærming ikke er tjenlig, og at man «ikkje [bør] endra sine tankemessige storleikar berre fordi nokon brukar språklege uttrykk på ein avvikande måte».¹⁴⁷ Også *Hans Fredrik Marthinussen* sonderer mellom en (subjektiv) proformavurdering og en vurdering av hvem som objektivt sett er eier av formuesgodet:

«Et siste viktig poeng er at det ikke er tvil om at realiteten i avtalen er avgjørende, ikke hvilke ord partene velger å bruke. For det første er det slik at avtaler som ikke er alvorlig ment, proforma, ikke har virkning. Men også ellers vil en avtales reelle innhold overstyre de ordene partene velger å bruke: Dersom det formelt sett foreligger en eiendoms-overdragelse, men det reelle forholdet er at det avtales en sikkerhetsrett for den som hevdes å være kjøper, vil avtalen bli behandlet som en avtale om sikkerhet».¹⁴⁸

¹⁴³ At en objektiv tilnærming til proformaregelen åpner for at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde drøftes særskilt i punkt 5.4 nedenfor.

¹⁴⁴ *Sandvik* (1967) s. 74. Per Racin Fosmark i *Bergby m.fl.* (2016) s. 596 slutter seg til denne forståelsen av proformaregelen.

¹⁴⁵ *Sverdrup* (2013) s. 10.

¹⁴⁶ *Sverdrup* (2013) s. 10-11.

¹⁴⁷ *Baldersheim* (2017) s. 169.

¹⁴⁸ *Marthinussen* (2019) s. 37.

Gjennomgangen viser at det i juridisk litteratur har vært ulike meninger om innholdet i proformaregelen. Likevel har meningsutvekslingene først og fremst handlet om hva proformaregelen *bør* omfatte, og ikke hva høyesterettspraksis viser at regelen *faktisk* omfatter. Selv *Sandvik*, som regnes som en av de sentrale forkjemperne for den subjektive tilnærmingen, konstaterte at det i høyesterettspraksis hadde vært «en viss glidning» i retning en objektivisering av proformaregelen. Begge sidene av diskusjonen virker imidlertid å være enige i at avgjørelsen av *hvem som eier* formuesgodet må fastsettes på bakgrunn av en objektiv vurdering av realiteten. Uenigheten knytter seg til om denne objektive vurderingen «hører hjemme» under proformakarakteristikken, eller om dette bør utgjøre et adskilt rettsspørsmål.

2.3.3 Høyesterettspraksis i forkant av *Deutsche Bank*-kjennelsen

I høyesterettspraksis fra det siste århundre finnes det eksempler hvor Høyesterett har formulert proformaregelen i tråd med en subjektiv tilnærming, og knyttet vurderingen til om det kan bevises at avtalepartene selv ikke mente seg bundet til den ytre disposisjonen.¹⁴⁹ Det finnes imidlertid også flere avgjørelser hvor Høyesterett foretar en mer objektiv helhetsvurdering av overdragelsens realitet.¹⁵⁰ I dette punktet vil jeg redegjøre for et utvalg avgjørelser som, etter mitt skjønn, gir et representativt uttrykk for høyesterettspraksis vedrørende *proforma*. Formålet er å belyse bakgrunnen for diskusjonen i juridisk litteratur, samt foreta noen selvstendige refleksjoner rundt rettskildebildet i forkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.¹⁵¹

Som nevnt i punkt 2.3.2 ovenfor, ble Rt. 1901 s. 811 *Sande* ansett å gi anvisning på en objektiv tilnærming til proformaregelen av både *Brækhus* og *Sandvik*.¹⁵² Avgjørelsen gjaldt en far som hadde overskjøtet en gårdseiendom til sin umyndige sønn. I det tinglyste skjøtet hadde faren tatt forbehold om bruksrett til eiendommen i ubestemt tid, samt kår av udefinert størrelse for seg og sin kone. Det fremgikk ikke noe konkret om vederlaget, ut over at det var «sikret». ¹⁵³ Da faren gikk konkurs, ble overdragelsen tilsidesatt som *proforma*. Høyesterett begrunnet dette med at faren «i flere Aar vedblev Eiendommens Brug ganske som tidligere», og at eiendommen derfor «i virkeligheden» ikke skulle gå over til sønnen «før dette maatte konvenere faren». ¹⁵⁴

¹⁴⁹ Se blant annet Rt. 1982 s. 722, Rt. 1980 s. 1558, Rt. 1976 s. 638, Rt. 1966 s. 1, Rt. 1960 s. 1502, Rt. 1959 s. 892, Rt. 1939 s. 653, Rt. 1935 s. 835 og Rt. 1917 s. 1019 *Tenden*.

¹⁵⁰ Se blant annet Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland*, Rt. 1959 s. 1106, Rt. 1934 s. 853 *Baldersheim*, Rt. 1929 s. 601 *Skadberg*, Rt. 1928 s. 1091 og Rt. 1924 s. 1168 *Gyldenpris*.

¹⁵¹ Se om diskusjonen i juridisk litteratur i punkt 2.3.2 ovenfor, samt om avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* i punkt 2.3.4 nedenfor.

¹⁵² *Sandvik* (1967) s. 61: «Det er åpenbart at en her møter er annet proformabegrep enn det vi hittil har operert med».

¹⁵³ Rt. 1901 s. 811 *Sande* på s. 812.

¹⁵⁴ Rt. 1901 s. 811 *Sande* på s. 812.

Denne begrunnelsen passer dårlig i lys av den subjektive tilnærmingen til proformaregelen, ettersom farens omfattende forbehold *var* inntatt i det tinglyste skjøtet, og derfor synlig utad overfor omverdenen. Høyesteretts vurdering av hva som «i virkeligheten» utgjorde rettsforholdet, gir tvert imot sterke assosiasjoner på den objektive tilnærmingen til proformaregelen.¹⁵⁵ Av eldre høyesterettsavgjørelser kan også nevnes Rt. 1917 s. 1019 *Tenden*, som gjaldt en overdragelse beregnet for å stenge for odelsløsning, hvor avhender anførte at overdragelsen var *proforma*. Høyesterett konkluderte med at overdragelsen *ikke var proforma*, under henvisning til at «man efter [de] foreliggende opplysninger ikke kan anse *beviset* ført for, at parterne *har ment*, at forholdet mellem dem retslig set skulde være et andet end det, som fremgik av den skrevne og vedtagne kontrakts ordlyd» (mine uthevninger).¹⁵⁶ Uttalelsen er en klar tilslutning til den subjektive tilnærmingen til proformaregelen, ettersom det henvises til en *bevisvurdering* av hva avtalepartene *har ment* med overdragelsen. Det er dermed et tydelig avvik mellom hvordan Høyesterett formulerte vurderingstemaet for proformaregelen i Rt. 1901 s. 811 *Sande* og Rt. 1917 s. 1019. Begge disse avgjørelsene er imidlertid avsagt *før* diskusjonen i juridisk litteratur fra starten av 1960-tallet. Jeg vil derfor også undersøke et utvalg avgjørelser avsagt *etter* meningsutvekslingen mellom (hovedsakelig) *Brækhus* og *Sandvik*, se punkt 2.3.2 ovenfor.

I Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* var problemstillingen om en kreditor hadde rett til dekning i en andel av en bolig som var anskaffet under ekteskapet, men som ifølge ektepakt tilhørte særeiet til debtors ektefelle. Avtalepartenes *subjektive* oppfatning var her det sentrale vurderingstemaet, jf. Høyesteretts uttalelse om at overdragelsen må «respekteres av ektefellenes kreditorer, såfremt det ikke finnes holdepunkter for at ektepakten ikke er *reelt ment*» (min utheving).¹⁵⁷ På motsatt side formulerte Høyesteretts kjæremålsutvalg proformaregelens vurderingstema etter objektive kriterier i Rt. 1999 s. 865 *Bugge*. Avgjørelsens problemstilling var hvorvidt krav om omstøtelse, rettsvern og *proforma* utgjorde «samme krav» i medhold av tvistemålsloven § 366.¹⁵⁸ Kjæremålsutvalget uttalte at de «materielle vilkår» for *proforma* «blant annet [avgjøres] ut fra en bedømmelse av partenes motiver da avtalen ble inngått og den realitet avtalen deretter fikk for dem».¹⁵⁹ Formuleringen utgjør en klar tilslutning til et objektivt vurderingstema.

¹⁵⁵ Det objektive vurderingstemaet er ennå mer fremtredende i Rt. 1897 s. 62 på s. 64, hvor Høyesterett uttalte at det «fremgaard ... klart» av det tinglyste skjøtets «eget indhold», at det «foreligger en pro-forma-transaksjon».

¹⁵⁶ Rt. 1917 s. 1019 *Tenden* på s. 1021.

¹⁵⁷ Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* på s. 905.

¹⁵⁸ Bestemmelsen tilsvarer någjeldende tvisteloven § 29-4.

¹⁵⁹ Rt. 1999 s. 865 *Bugge* på s. 869.

Videre inneholder Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* uttalelser som *både* kan forstås som tilslutninger til den subjektive og den objektive tilnærmingen til proformaregelen. Spørsmålet i saken var om overdragelse av en aksjepost var *proforma*.¹⁶⁰ Førstvoterende uttalte innledningsvis at «[h]vorvidt avtalen ... er reell eller proforma, er et bevisspørsmål, og svaret beror på en totalvurdering av bevisene i saken».¹⁶¹ Ved to anledninger fremhevet dessuten Høyesterett at de aktuelle bevisene ikke var tilstrekkelig til å «sannsynliggjøre at avtalen ... var proforma».¹⁶² Ettersom begge disse formuleringene omtaler *proforma* som en *bevisvurdering* av hva avtalepartene *har ment*, forstås disse best som tilslutninger til den subjektive tilnærmingen til proformaregelen. Likevel uttaler Høyesterett at et viktig ledd i proformavurderingen er «om avtalen har gitt seg utslag i rettigheter for [erverver] som er sentrale i en aksjonærposisjon», noe som *kan* tolkes som en tilslutning til den objektive tilnærmingen.¹⁶³ Den mest nærliggende tolkningen er imidlertid, slik jeg ser det, at overdragelsens virkninger mellom avtalepartene kan utgjøre relevante *holdepunkter* for å fastslå hva partene selv har ment, og ikke en tilslutning til den objektive tilnærmingen til proformaregelen.¹⁶⁴ Jeg har uansett vanskelig for å se at den vage uttalelsen om overdragelsens virkninger mellom avtalepartene alene kan regnes som en tilslutning til den objektive tilnærmingen, når formuleringen ses i sammenheng med uttalelsene som formulerer vurderingstemaet i tråd med den subjektive tilnærmingen. Samlet sett mener jeg derfor at Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* gir anvisning på en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen.¹⁶⁵

I Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* hadde en far overskjøtet en boligeiendom til datteren, men samtidig tatt forbehold i skjøtet om livsvarig bruksrett og at datterens søsken skulle ha forkjøpsrett ved en eventuell overdragelse. Pantegjelden som heftet på eiendommen, ble i forbindelse med overskjøtelsen overført fra foreldrene til datteren. Datteren hadde imidlertid ikke økonomi til å betjene gjelden, og pantekreditor hadde ikke samtykket til debtorskifte. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at man i proformavurderingen «inngående [må] vurdere om overføringen innebærer en realitet», og at dette «beror på en vurdering der en rekke momenter er av

¹⁶⁰ Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* på s. 187.

¹⁶¹ Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* på s. 192.

¹⁶² Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* på s. 194

¹⁶³ Denne formuleringen la Høyesterett avgjørende vekt på da de i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 77 fremhevet at «Rt-2001-187 forstås best som basert på en objektiv lære». Jeg er *ikke* enig i Høyesteretts standpunkt.

¹⁶⁴ Som Høyesterett selv trakk frem i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73, må man ved den subjektive tilnærmingen «støtte seg på de samme holdepunktene som ved en objektiv tilnærming», men da «blir dette elementer i en bevisvurdering, [og] ikke momenter i en rettslig vurdering».

¹⁶⁵ I HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 77 vurderte derimot Høyesterett dette annerledes: «Rt-2001-187 forstås best som basert på en objektiv lære».

betydning».¹⁶⁶ Kjæremålsutvalgets formulering av proformaregelens vurderingstema var dermed helt i tråd med den objektive tilnærmingen. Utvalget gikk videre til å vurdere lagmannsrettens avgjørelse, og pekte på at lagmannsretten, som hadde kommet til at overdragelsen var reell, ikke hadde drøftet datterens manglende mulighet til å betjene pantelånet.¹⁶⁷ Dessuten pekte utvalget på at lagmannsretten ikke i tilfredsstillende grad hadde vurdert betydningen av foreldrenes bruksrett og søsknenes forkjøpsrett for datterens reelle rådighet over eiendommen, og derfor «ikke [hadde] foretatt en slik bred vurdering som dekningsloven § 2-2 forutsetter».¹⁶⁸ Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse som følge av uriktig lovtolkning.¹⁶⁹ Heller ikke disse uttalelsene er forenelig med en subjektiv tilnærming til proformaregelen. Rt. 2005 s. 1474 *Sæle* bygger derfor på en *objektiv* tilnærming til proformaregelen.

Gjennomgangen illustrerer at heller ikke høyesterettsavgjørelser om *proforma* i forkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, gir et klart svar på om det skal anlegges en subjektiv eller en objektiv tilnærming til proformaregelen.¹⁷⁰ Høyesterett har imidlertid, også i etterkant av diskusjonen i juridiske litteratur, i flere avgjørelser fortsatt å formulere proformaregelen i samsvar med den *objektive* tilnærmingen. Denne manglende konsistensen taler for at Høyesterett ikke syntes å være seg bevisst om de formulerte proformaregelens vurderingstema i samsvar med den subjektive eller den objektive tilnærmingen.

2.3.4 Avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*

I HR-2018-1265 *Deutsche Bank* ble spørsmålet om norsk rett bygger på en subjektiv eller en objektiv tilnærming til proformaregelen eksplisitt drøftet av Høyesterett.¹⁷¹ Avgjørelsen var del av en omfattende rettslig prosess for å inndrive et krav på omkring 300 millioner amerikanske dollar.¹⁷² En av sakens hovedproblemstillinger var om en enkeltfølgende kreditor (Deutsche Bank) kunne søke dekning i aksjene i IT-selskapet Confirmit AS i forbindelse med inndrivelse av et krav mot Sebastian Holdings Inc. (registrert på Turks- og Caicosøyene). Før Deutsche Bank begjærte utlegg og dette ble etablert i 2016, hadde aksjene i Confirmit AS blitt overdratt til selskapets eneaksjonær (Alexander Vik) i 2008.¹⁷³ Etter en periode hadde Alexander Vik

¹⁶⁶ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 19.

¹⁶⁷ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 20.

¹⁶⁸ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 19.

¹⁶⁹ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 22.

¹⁷⁰ Dette var også Høyesteretts standpunkt i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 74: «Den høyesterettspraksis som finnes om *proforma*, gir etter mitt syn ikke et klart svar på spørsmålet» om proformaregelen er subjektiv eller objektiv.

¹⁷¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 66-99.

¹⁷² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 7.

¹⁷³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 8.

overdratt aksjene videre til sin far (Erik Martin Vik) i 2015.¹⁷⁴ Begge overdragelsene hadde oppnådd rettsvern etter registrering på VPS-konto, jf. verdipapirregisterloven § 7-1.¹⁷⁵ Tvisten for Høyesterett stod mellom kreditor, Deutsche Bank, og faren til skyldnerselskapets eneaksjonær, Erik Martin Vik.¹⁷⁶

Deutsche Banks primære innsigelse var at overdragelsen av aksjene var *proforma*.¹⁷⁷ Et sentralt spørsmål for Høyesterett var om lagmannsretten hadde forstått proformareglene riktig, da den kom til at overdragelsen av aksjene var reell.¹⁷⁸ Deutsche Bank anførte at proformavurderingen måtte gjøres etter en objektiv tilnærming, og at lagmannsretten hadde anvendt en subjektiv tilnærming.¹⁷⁹ Erik Martin Vik anførte på sin side at lagmannsrettens forståelse av proformaregelen var riktig, og at det ikke er adgang til å anlegge en objektiv proformavurdering.¹⁸⁰

Startpunktet for Høyesteretts proformadrøftelse var spørsmålet om Confrimit-aksjene «tilhører» Sebastian Holdings, jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-1 annet ledd.¹⁸¹ På bakgrunn av partenes anførsler oppstilte Høyesterett problemstillingen «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’». ¹⁸² Det ble fremhevet at rettsanvenderen ved anvendelsen av den subjektive tilnærmingen «gjærne må støtte seg på de samme holdepunktene som ved en objektiv tilnærming», men at holdepunktene da blir «elementer i en bevisvurdering, [og] ikke momenter i en rettslig vurdering». ¹⁸³

Den første rettskildefaktoren Høyesterett undersøkte, var tidligere *høyesterettsrettspraksis* om *proforma*.¹⁸⁴ Etter å ha gjennomgått et utvalg avgjørelser konstaterte Høyesterett at «det [finnes] eksempler både på objektiv og subjektiv tilnærming», og at den foreliggende praksis derfor «ikke [gir] et klart svar på spørsmålet». ¹⁸⁵ Videre viste Høyesterett til diskusjonen i *juridisk litteratur*, og konstaterte at det generelt hadde vært «en viss glidning ... bort fra den subjektive tilnærmingen». ¹⁸⁶ Høyesterett uttalte dessuten at sondringen mellom den subjektive

¹⁷⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 8.

¹⁷⁵ Någjeldende verdipapirsentralloven § 7-1 første ledd og § 7-3.

¹⁷⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gjaldt derfor en suksesjonskonflikt, se punkt 1.5 ovenfor.

¹⁷⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 19.

¹⁷⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 67.

¹⁷⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 24 og 71.

¹⁸⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 34.

¹⁸¹ Tvangsfullbyrdsloven § 7-1 annet ledd henviser eksplisitt til dekningsloven § 2-2, og «tilhører»-vilkåret skal forsås på samme måte i begge bestemmelsene, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 142.

¹⁸² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 71-72.

¹⁸³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

¹⁸⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 74-78.

¹⁸⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 74. Se om høyesterettspraksis i forkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* i punkt 2.3.3 ovenfor.

¹⁸⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 81-82. Se om diskusjonen i juridisk litteratur i punkt 2.3.2 ovenfor.

og den objektive tilnærmingen først kommer på spissen «der en subjektiv tilnærming fører til at transaksjonen anses som reell, mens en objektiv vurdering ville ha ført til motsatt resultat».¹⁸⁷ Videre la Høyesterett stor vekt på at proformaregelen «først og fremst [er] gitt for å beskytte tredjeperson», og at avtalepartenes egen oppfatning ikke burde være det avgjørende vurderings-tema for tredjepartens rettsstilling, ettersom denne «lett [kan] tilpasse seg den situasjonen [partene] står overfor og kan endre seg etter behov – og det uten at de bevisst forsøker å føre noen bak lyset».¹⁸⁸

Høyesterett konkluderte – etter å ha tatt forbehold om at ektepaktsdisposisjoner utgjør et særtilfelle – med at «de beste grunner taler for en objektiv tilnærming», og understreket at det derfor «ikke [er] nok å spørre om partene rent subjektivt mente at transaksjonen ikke skulle være reell – man må foreta en objektiv vurdering».¹⁸⁹

Førstvoterende gikk deretter gjennom lagmannsrettens avgjørelse, og pekte på at vurderingen ikke hadde vært tilstrekkelig bred.¹⁹⁰ Ettersom lagmannsretten hadde sett bort fra en rekke momenter som er relevante i den objektive tilnærmingen til proformaregelen, konkluderte Høyesterett med at lagmannsrettens kjennelse «bygger på en feilaktig generell forståelse av proformaregelen», og at avgjørelsen derfor måtte oppheves.¹⁹¹

Selv om Høyesterett her tilsynelatende «satte punktum» for diskusjonen om hvorvidt proformaregelen er «subjektiv» eller «objektiv», inneholder kjennelsen en rekke uttalelser og metodiske veivalg som gir grobunn for ytterligere problematisering av proformaregelen.¹⁹² Flere av disse problemstillingene vil drøftes i den resterende delen av denne masteravhandlingen. Før jeg tar fatt på dette, er det imidlertid på sin plass med en nærmere redegjørelse av *innholdet* i den «objektive» proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

¹⁸⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 79.

¹⁸⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 81 og 83.

¹⁸⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 85. Se om proformaregelens rekkevidde ved overdragelser mellom ektefeller i punkt 4.2.2 nedenfor.

¹⁹⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 87-99.

¹⁹¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 99.

¹⁹² I et foredrag under seminaret «Nytt i konkursretten 2020» uttalte Hans Fredrik Marthinussen følgende: «[D]ommen er ikke en avklaring. Vi har nok fått flere spørsmål enn vi hadde da vi startet». Link: <https://juridika.no/innsikt/nytt-i-konkursretten-i-2020>.

3 INNHOLDET I PROFORMAVURDERINGEN

3.1 Innledning

Jeg har i kapittel 2 redegjort for den *rettslige plasseringen* av proformaregelen, herunder regelens rettslige grunnlag, den mangeårige meningsutvekslingen i juridisk litteratur, inkonsistensen i høyesterettspraksis, samt avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

I kapittel 3 vil jeg redegjøre for det nærmere *innholdet* i proformaregelen. Først drøfter jeg i punkt 3.2 proformaregelens systematikk og overordnede vurderingstema, herunder min systematisering av proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Deretter ser jeg nærmere på de enkelte vurderingsmomentene som inngår i proformavurderingen i punkt 3.3.

3.2 Proformaregelens systematikk og overordnede vurderingstema

3.2.1 Én proformaregel, men en to-trinns proformavurdering

Som nevnt i punkt 2.3.4 ovenfor, konkluderte Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* med at det skal anlegges en objektiv proformaregel i norsk rett.¹⁹³ Likevel inneholder Høyesteretts proformadrøftelse flere formuleringer som skaper uklarhet om proformaregelens nærmere innhold, herunder om samspillet mellom den subjektive og den objektive tilnærmingen.¹⁹⁴

På bakgrunn av partenes anførsler oppstilte Høyesterett spørsmålet «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’». ¹⁹⁵ Måten Høyesterett her formulerer den rettslige problemstillingen trekker i retning at det *enten* gjelder en subjektiv *eller* en objektiv tilnærming til *proforma* – slik at den ene tilnærmingen utelukker den andre. Andre uttalelser i kjennelsen skaper imidlertid usikkerhet rundt denne slutningen. I avsnitt 79 uttales det for eksempel:

«Det er i denne sammenheng grunn til å peke på at valget mellom en subjektiv og objektiv tilnærming først kommer på spissen der en subjektiv tilnærming fører til at transaksjonen anses som reell, mens en objektiv vurdering ville ha ført til motsatt resultat. 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». ¹⁹⁶

¹⁹³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 85.

¹⁹⁴ Salvesen (2021) s. 156.

¹⁹⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 71-72.

¹⁹⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 79.

Formuleringen åpner for flere tolkningsalternativer. En mulig tolkning er at den objektive tilnærmingen gjelder *i forlengelsen av* den subjektive tilnærmingen, slik at det eksisterer *to ulike proformaregler* ved siden av hverandre. En annen mulig tolkning er at den objektive tilnærmingen har *overtatt* for den subjektive, men at avtalepartenes subjektive mening fortsatt utgjør «startpunktet» for den objektive regelen.¹⁹⁷

Mari Klungsøyr Kristiansen tolker Høyesteretts formulering i retning det første tolkningsalternativet, da uttalelsen tas til inntekt for at «den subjektive proformaregelen fremdeles eksisterer ved siden av den objektive».¹⁹⁸ Jeg er *ikke* enig i at uttalelsen best forstås som at det gjelder to separate proformaregler ved siden av hverandre. Formuleringen gir nettopp uttrykk for at *til tross for* at rettsanvenderen anlegger en objektiv tilnærming til proformaregelen («selv med en objektiv lære»), er det *ikke* nødvendig å foreta en bred realitetsvurdering dersom det er *klart* at avtalepartene mente at overdragelsen skulle være *proforma*. Etter mitt skjønn er derfor det andre tolkningsalternativet det mest nærliggende, altså at den objektive tilnærmingen til proformaregelen skal benyttes, men at startpunktet i denne vurderingen er det subjektive vurderingstemaet.¹⁹⁹

Også *Henning Kristiansen* har i en artikkel fra 2020 uttalt at det eksisterer to separate proformaregler: «Høyesterett har i HR-2018-1265-A Deutsche Bank stadfestet at det i norsk rett gjelder en objektiv proformaregel som supplerer den subjektive regelen», se Kristiansen (2020) s. 124. *Kristiansens* standpunkt begrunnes hovedsakelig med at Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* gav anvisning på «en subjektiv tilnærming eller regel», og at det i juridisk litteratur i etterkant av denne avgjørelsen er tatt til orde for at kjennelsen bygger på en subjektiv proformaregel, se Kristiansen (2020) s. 112-113. Det er imidlertid verdt å merke seg at *Kristiansens* artikkel spesifikt omhandler proformaoverdragelser mellom ektefeller og samboere. Som Høyesterett selv påpekte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, kan proformaoverdragelser ved ektepaktsdisposisjoner «ikke så lett ... bli normgivende for proformavurderingen i andre tilfeller», og utgjør et «særtilfelle», se avsnittene 76 og 85. Høyesteretts standpunkt ble begrunnet med at det allerede er tatt hensyn til beskyttelse mot kreditorskadelige disposisjoner gjennom kravene til tinglysing av ektepakter, samt særregelen i ekteskapsloven § 51, se HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76 og punkt 4.2.2 nedenfor. Det er derfor naturlig at *Kristiansen* hevder at det eksisterer to separate proformaregler, ettersom dette i og for seg er riktig når det gjelder overdragelser mellom ektefeller og samboere, se nærmere i punktene 4.2.2 og 4.2.3 nedenfor.

¹⁹⁷ Sammenlign med Salvesen (2021) s. 160, som formulerer dette som at "partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet [er] et bærende fundament for proformaregelen".

¹⁹⁸ Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 295.

¹⁹⁹ Salvesen (2021) s. 161 (petit): "Det er lite tvilsomt at dersom det kan bevises at partene ikke har ment at disposisjonen skal ha realiteter, vil resultatet være at disposisjonen kjennes proforma også etter den objektive proformaregelen".

Etter en lengre redegjørelse for rettskildesituasjonen konkluderte Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* med at «de beste grunner taler for en objektiv tilnærming», se punkt 2.3.4 ovenfor.²⁰⁰ Sett i sammenheng med tolkingsspørsmålet tilsier også denne uttalelsen at den objektive tilnærmingen til proformaregelen gjelder *på bekostning av* den subjektive tilnærmingen. I forlengelsen av konklusjonen understreket dessuten Høyesterett at det «ikke [er] nok å spørre om partene rent subjektivt mente at transaksjonen ikke skulle være reell – man må foreta en objektiv vurdering».²⁰¹

Høyesteretts drøftelse er egnet til å skape forvirring. Det er imidlertid viktig å holde fast ved at betegnelsene «subjektiv» og «objektiv» *proforma* ikke i seg selv har noe rettslig innhold. Begrepene benyttes bare som navnet på et nærmere bestemt vurderingstema.²⁰² Ved å legge for stor vekt på selve *begrepene*, flyttes fokus fra det som *egentlig* utgjør problemstillingen, nemlig hva som er det nærmere *innholdet* i proformaregelen, se kapittel 7 nedenfor. Når spørsmålet oppstilles som «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’», isteden for «hva som er vurderingstemaet i proformaregelen», er det lett å se seg blind på andre løsninger enn det som tradisjonelt har blitt fremhevet. At det er problematisk med slike begrepsslutninger vises også av kritikken av det likelydende begrepsparet «subjektiv» og «objektiv» i den avtalerettslige tolkningslæren, samt begrepet «eiendomsrett» etter den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten, se punktene 5.2 og 5.3 nedenfor.

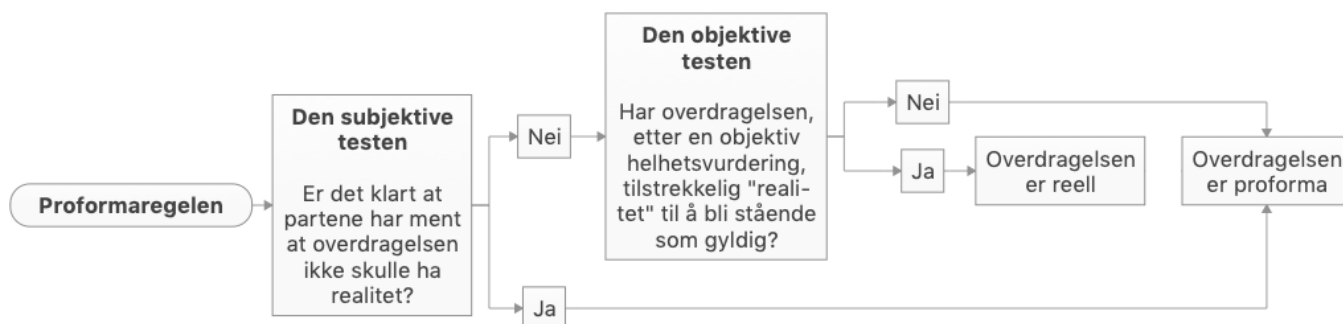
Etter mitt skjønn passer ikke løsningen Høyesterett falt ned på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank verken* under kategoriene «subjektiv» eller «objektiv» proformaregel, slik begrepene tradisjonelt er beskrevet i juridisk litteratur, se punkt 2.3.2 ovenfor.²⁰³ For min egen del mener jeg det er mest treffende å tale om *én proformaregel*, men med en *to-trinns proformavurdering* som inneholder en «subjektiv test» og en «objektiv test». Skjematisk kan systematikken i to-trinns proformaregelen oppstilles som i figur 3 nedenfor:

²⁰⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²⁰¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²⁰² Se nærmere om denne begrepsbruken i kapittel 7 nedenfor.

²⁰³ I et foredrag under seminaret «Nytt i konkursretten 2020» uttalte Hans Fredrik Marthinussen følgende: «I denne saken er det verken subjektiv eller objektiv proforma, men begge deler». Link: <https://juridika.no/innsikt/nytt-i-konkursretten-i-2020>.



Figur 3: To-trinns proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A Deutsche Bank

Når jeg i det følgende taler om «proformaregelen», «den objektive tilnærmingen» eller «to-trinns proformaregelen», er det denne systematiseringen jeg sikter til. Dersom jeg sikter til *en annen* tilnærming til proformaregelen, vil dette bli fremhevet underveis.

3.2.2 Den subjektive testen: Bevisvurdering av hva avtalepartene «har ment» med overdragelsen

Den «subjektive testen» i to-trinns proformaregelen innebærer at partsviljen fremdeles utgjør det naturlige *startpunktet* for proformavurderingen.²⁰⁴ Årsaken er at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* fremhevet at dersom det er «klart at det var partenes subjektive mening at overføringen ikke skulle få virkninger dem imellom, er det ... ikke grunn til å gå videre til en bredere objektiv vurdering av situasjonen».²⁰⁵ Formuleringen tilsier at det *er* tilstrekkelig for å fastslå *proforma* dersom partsviljen var at overdragelsen *ikke* skulle ha virkninger mellom avtalepartene, og at det i slike tilfeller *ikke* er behov for den «objektive testen» i proformavurderingen.²⁰⁶

Likevel gir uttrykket «klart» anvisning på et høyt beviskrav, slik at den etterfølgende helhetsvurderingen av overdragelsens realitet bare kan utgå dersom det foreligger høy grad av sannsynlighet for at avtalepartenes mening var at overdragelsen *skulle* være *proforma*.²⁰⁷ Ettersom nettopp vanskeligheter med bevissituasjonen var Høyesteretts hovedargument for å gå over til en objektiv tilnærming til proformaregelen, er det nærliggende at det i de fleste

²⁰⁴ Salvesen (2021) s. 160: «Slik jeg ser det er partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet et bærende fundament for proformaregelen».

²⁰⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 79.

²⁰⁶ Se om den «objektive testen» proformaregelen i punkt 3.2.3 nedenfor.

²⁰⁷ Jens Edvin A. Skoghøy (2017) s. 928. Se også Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 596: «Det er sikker rett at det er den som hevder at det foreligger proforma, som har bevisbyrden for dette. Det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt ... Rent generelt vil den som hevder at en overdragelse er proforma, ha en tung bevisbyrde».

tilfeller er nødvendig med en etterfølgende objektiv vurdering av overdragelsens «realitet», se punkt 3.2.3 umiddelbart nedenfor.²⁰⁸

3.2.3 Den objektive testen: Rettslig helhetsvurdering av overdragelsens «realitet»

Dersom det *ikke* er «klart» at avtalepartenes subjektive mening var at overdragelsen skulle være *proforma*, må rettsanvenderen «gå videre til en bredere objektiv vurdering av situasjonen».²⁰⁹ Det er denne delen av proformavurderingen jeg omtaler som «den objektive testen», se punkt 3.2.1 ovenfor.

Vurderingstemaet i den objektive testen er om overdragelsen har hatt de «rettslige realiteter» som påberopes.²¹⁰ Uttrykket «rettslige» er en henvisning til at den objektive tilnærmingen til proformaregelen innebærer en «rettslig vurdering» av overdragelsen, i motsetning til den subjektive tilnærmingen som utgjør en «bevisvurdering».²¹¹ Kjernen i den objektive testen i proformavurderingen er imidlertid *realitetsbegrepet*. Etter en rettslig helhetsvurdering må overdragelsen ha tilstrekkelig «realitet» til å bli stående som gyldig i relasjon til kreditor eller andre tredjeparter med konkurrerende interesser i formuesgodet.²¹²

En alminnelig tolkning av begrepet «realitet» tilsier at det skal foretas en vurdering av overdragelsen slik den reelt sett er, i motsetning til hvordan den formelt sett fremstår.²¹³ Riktig nok trakk Høyesterett selv frem «graden av formell gjennomføring» som et moment i realitetsvurderingen, men dette stenger ikke for at tolkningen er riktig.²¹⁴ Den objektive testen ble av Høyesterett beskrevet som en vurdering av om «den påberopte overføringen ... har de rettslige realiteter som påberopes».²¹⁵ Førstvoterende utdypet at realitetsvurderingen innebærer en «vurdering av om det reelle innholdet i transaksjonen svarer til den formelle rammen».²¹⁶ Formuleringene tilsier at avtalepartenes påstander om de faktiske og rettslige forholdene rundt overdragelsen, må holdes opp mot slik forholdene i virkeligheten har vært. Basert på denne sammenligningen må det foretas en konkret vurdering av om overdragelsen har hatt

²⁰⁸ Se om Høyesteretts proformadrøftelse i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* i punkt 2.3.4 ovenfor.

²⁰⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 79.

²¹⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²¹¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. De to ulike tilnærmingene til proformaregelen er drøftet inngående i punkt 2.3 ovenfor.

²¹² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se om *proforma* som ugyldighetsgrunn og utslag av dekningsloven § 2-2 i punktene 2.2.2 og 2.2.3 ovenfor.

²¹³ Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 282.

²¹⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²¹⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²¹⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 285: "[O]m det reelle innholdet i disposisjonen i rimelig grad svarer til den formelle ramma".

tilstrekkelig «realitet» til å anses beskyttelsesverdig overfor en konkurrerende rettighet i formuesgodet.²¹⁷

Denne tolkningen samsvarer med forståelsen i juridisk litteratur. *Sandvik* beskrev i sin tid den objektive tilnærmingen til proformaregelen som «den overdragelse som ikke gir seg utslag i de ytre rådighetsforhold».²¹⁸ I nyere tid har *Høgetveit Berg* uttalt at det avgjørende for den objektive tilnærmingen til proformaregelen er «overdragelsens objektive innhold, vurdert på bakgrunn av partanes reelle situasjon», og utdypet med at vurderingen beror på «ei avveging av dei momenta som tilseier underkjenning, og dei momenta som tilseier aksept av ein formell disposisjon som reell».²¹⁹

3.3 Momentene i proformavurderingen

3.3.1 Introduksjon

I HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* trakk Høyesterett frem følgende momenter som relevante i proformavurderingen:

«graden av formell gjennomføring, mulig motiv for proforma, eventuelt fravær av andre motiver for transaksjonen, samt – ofte avgjørende – de faktiske og rettslige virkninger [overføringen] har hatt for partene».²²⁰

Selv om Høyesterett her lister opp sentrale vurderingsmomenter, er det adgang til å vektlegge også andre forhold i proformavurderingen. Dette fremgår forutsetningsvis av at oppstillingen «særlig ... er sentrale momenter», noe som tilsier at listen ikke nødvendigvis er uttømmende, men at disse momentene skal tillegges stor vekt.²²¹ Dessuten er det nærliggende at Høyesterett avgrenset oppstillingen til momenter av betydning for den foreliggende saken.²²² Det er likevel grunn til å fremheve at «ingen av [momentene] i seg selv er tilstrekkelig til å fastslå proforma».²²³ Enkelte av momentene kan derimot på generelt grunnlag ha større vekt i

²¹⁷ Se om konfliktsituasjoner og kollisjonsmodeller i punkt 1.5 ovenfor.

²¹⁸ *Sandvik* (1967) s. 72.

²¹⁹ *Høgetveit Berg* (2021) s. 284. Se også s. 226, hvor realitetsbegrepet beskrives som en vurdering av «om overdraginga har ført med seg monalege endringar i dei faktiske forholda».

²²⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se også avsnitt 89, hvor Høyesterett i det vesentlige slutter seg til lagmannsrettens beskrivelse av proformavurderingen sitert i avsnitt 88.

²²¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²²² Kjennelsens relevante faktum og rettslige problemstillinger er beskrevet i punkt 2.3.4 ovenfor.

²²³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 89.

proformavurderingen enn andre.²²⁴ Dessuten kan et enkelt moment i en konkret sak bli utslagsgivende i helhetsvurderingen dersom de øvrige momentene trekker i ulike retninger.²²⁵

Som nevnt i punkt 3.2.1 ovenfor, forstås proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* best som en to-trinns proformavurdering med en «subjektiv test» og en «objektiv test». Høyesterett fremhevet i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* at de opplistede vurderingsmomentene er relevant *både* i den subjektive og den objektive testen i proformavurderingen.²²⁶ I den subjektive testen utgjør holdepunktene «elementer i en bevisvurdering» av «hva partene selv har ment» med overdragelsen, mens de i den objektive testen utgjør «momenter i en rettslig vurdering» av overdragelsens «realitet».²²⁷ I utgangspunktet innebærer dette at rettsanvenderen, i den «subjektive testen», må vurdere om de opplistede holdepunktene er tilstrekkelig til å *bevise* at avtalepartene med høy grad av sannsynlighet mente at overdragelsen skulle være *proforma*. Dersom beviskravet *ikke* er oppfylt, må rettsanvenderen gå videre til den «objektive testen», og vurdere de samme omstendighetene på nytt, men denne gang som momenter i en *rettslig helhetsvurdering*. Til tross for at den subjektive og den objektive testen derfor i prinsippet utgjør to atskilte «trinns» i proformavurderingen, vil disse – som Høyesterett selv uttrykker det – «lett gli noe over i hverandre i praksis».²²⁸ Dette innebærer at det er liten grunn til å oppstille et tydelig skille mellom når vurderingsmomentene knyttes til henholdsvis den subjektive eller den objektive testen.²²⁹ I det følgende gis det derfor en samlet fremstilling av momentene i proformavurderingen.

Redegjørelsen av vurderingsmomentene i punktene 3.3.2 til 3.3.8 nedenfor er *ikke* ment som en uttømmende oppregning av *alle* relevante forhold i proformavurderingen, men bør leses som en fremstilling av noen *vanlige* forhold av betydning for vurderingen.

3.3.2 Formell gjennomføring

Et første moment Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* eksplisitt trakk frem som relevant i proformavurderingen, er «graden av formell gjennomføring».²³⁰ *Høgetveit Berg*

²²⁴ Se for eksempel HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73, hvor Høyesterett uttaler at overdragelsens rettslige og faktiske virkninger «ofte [er] avgjørende» i realitetsvurderingen.

²²⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 89.

²²⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 73 og 80. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 285: "Dei omstenda som kan vera relevante ved vurderinga av om ein disposisjon er reell eller proforma, vil stort sett vera dei same anten det er spørsmål om subjektiv eller objektiv proforma".

²²⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 285: "Ved subjektiv proforma vil omstenda vere indisium på kva partane har meint; ved objektiv proforma er omstenda grunnlaget for den rettslege vurderinga av om det reelle innhaldet i disposisjonen i rimelig grad svarar til den formelle ramma".

²²⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80. Se også kjennelsens avsnitt 83, samt punkt 6.3.1 nedenfor.

²²⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80.

²³⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

betegner dette som «den formelle ramma» rundt avtalen, og utdyper at rettsanvenderen må undersøke «kor fullstendig og konsekvent transaksjonen er gjennomført formelt».²³¹ Hva som kreves for at en overdragelse er formelt «riktig» gjennomført varierer ut fra hvilket formuesgode disposisjonen omhandler og hvilke parter den aktuelle overdragelsen foregår mellom. Momentet åpner dermed for å vektlegge flere ulike faktiske forhold.

Hvis det gjelder *formkrav* for å gjennomføre den aktuelle overdragelsen, er det naturlig å ta stilling til om disse kravene er tilfredsstillt.²³² I enkelte tilfeller fører manglende oppfyllelse av slike formkrav *i seg selv* til at overdragelsen er ugyldig, slik at det *ikke* er nødvendig å foreta en proformavurdering. I andre tilfeller fører ikke formkravene i seg selv til at overdragelsen er ugyldig, men fremstår likevel som «ordensforskrifter».²³³ Slike formkrav kan etter omstendighetene være av sentral betydning i proformavurderingen.²³⁴ Også her kan HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* tjene som eksempel. En av kjennelsens problemstillinger var om det forelå en ulovlig utdeling fra Sebastian Holdings Inc., og det avgjørende for gyldigheten var selskapsretten på Turks- og Caicosøyene.²³⁵ Høyesterett tok av prosessuelle årsaker ikke stilling til verken vilkår eller rettsvirkninger av selskapsretten på Turks- og Caicosøyene, men uttalte at:

«under enhver omstendighet ... kan [det] ha stor vekt i en proformavurdering om et aksjeselskap har foretatt en utdeling i strid med de regler som gjelder for dette, både formkrav og materielle vilkår. Er slike regler tilsidesatt, kan det etter omstendighetene være et sterkt argument for at det ikke foreligger en reell overføring fra selskapet».²³⁶

Også eksistensen av og innholdet i et *avtaledokument* inngår i momentet formell gjennomføring av overdragelsen.²³⁷ Riktig nok utgjør prinsippet om formfrihet det avtale- og formuerettslige utgangspunktet, slik at også muntlige avtaler er like gyldige og bindende som skriftlige

²³¹ Høgetveit Berg (2021) s. 285 og Høgetveit Berg (2017) s. 218. Høyesterett benyttet selv betegnelsen «den formelle rammen» i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80.

²³² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 95, Høgetveit Berg (2021) s. 286 og Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 283.

²³³ Høgetveit Berg (2021) s. 286.

²³⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 95.

²³⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 51. Kjennelsens relevante faktum og rettslige problemstillinger er beskrevet i punkt 2.3.4 ovenfor.

²³⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 95. Se også den nye behandlingen i lagmannsretten, LB-2018-105251-2 *Deutsche Bank II*, hvor retten uttalte at det forhold «[a]t selskapets vedtekter ikke ble fulgt, er et moment som taler mot å anse overføringen fra selskapet som reell».

²³⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 286, Høgetveit Berg (2017) s. 218 og Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 283.

avtaler.²³⁸ Likevel er det vanlig at formuerettslige disposisjoner av en viss størrelse og kompleksitet settes opp skriftlig, ettersom det lett kan bli strid om nøyaktig hva partene avtalte på stiftelsestidspunktet.²³⁹ Krav om skriftlighet kan dessuten følge av særskilte regler på det aktuelle rettsområdet.²⁴⁰ Ved en eventuell tvist vil et avtaledokument ha stor bevisverdi både for spørsmålet om det overhodet er inngått en avtale, og i tilfelle hvilke rettigheter og forpliktelser partene har etter avtalen. Årsaken er at tidsnære skriftlige bevis normalt har større bevisvekt enn senere partsforklaringer.²⁴¹ Dersom det *ikke* foreligger et avtaledokument, eventuelt at dette først blir fremsatt sent i en rettslig prosess, trekker dette i retning at overdragelsen er *proforma*.²⁴²

Enkelte avtaler forutsetter *tinglysing* eller annen realregistrering for å oppnå *rettsvern* overfor en fremtidig kreditorekstinksjon, se punkt 1.4.4 ovenfor.²⁴³ Dersom den aktuelle avtalen er tinglyst taler dette *for* at overdragelsen er reell, mens manglende tinglysing vil støtte en innsigelse om at overdragelsen er *proforma*.²⁴⁴ Årsaken er blant annet at tinglysing formaliserer og kompliserer en eventuell proformaoverdragelse, og påfører erverver kostnader i form av tinglysingsgebyr og/eller dokumentavgift.²⁴⁵ Tinglysing er imidlertid sjeldent avgjørende for om en overdragelse anses som reell eller *proforma*.²⁴⁶ Det finnes flere avgjørelser hvor et dokument blir underkjent som *proforma*, til tross for at dette i en årrekke har vært tinglyst.²⁴⁷ Dessuten er vektlegging av (manglende) tinglysing som argument for *proforma* ikke særlig aktuelt i praksis, ettersom kreditor i stedet kan bygge sin beslagsrett på rettsvernsreglene, se punkt 1.4.4 ovenfor.

²³⁸ Woxholth (2021) s. 28, Hov og Høgberg (2009) s. 43 og Høgetveit Berg (2017) s. 218. Prinsippet om formfrihet anses som sikker rett, og kan blant annet utledes av NL-5-1-1: «En hver er pliktig at etterkomme hvis hand med Mund [muntlige avtaler], Haand og Segl [skriftlige avtaler] lovet og inngaaet haver».

²³⁹ Se om den avtalerettslige tolkningslæren i punkt 5.2.3 nedenfor.

²⁴⁰ Det stilles for eksempel krav til skriftlighet ved generalforsamlings- og styrebehandling i selskapsretten, se aksjeloven §§ 5-16 og 6-29.

²⁴¹ Rt. 1998 s. 1565 på s. 1570, Rt. 1999 s. 74 på s. 80, Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy (2020) s. 292-293, Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 596 og Høgetveit Berg (2021) s. 287.

²⁴² Høgetveit Berg (2021) s. 287 og Høgetveit Berg (2017) s. 218.

²⁴³ Se for eksempel tinglysingsloven § 23: «For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen ... være registrert senest dagen før konkursåpningen».

²⁴⁴ Rt. 1999 s. 865 *Bugge* på s. 870, Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 283 og Høgetveit Berg (2021) s. 287. Se også LB-2020-1546-5, hvor lagmannsretten uttalte at tinglysning er et «moment som inngår i den helhetlige vurderingen som Høyesterett har gitt anvisning på i HR-2018-1265-A, og som isolert sett taler for at hun er den reelle eieren».

²⁴⁵ Se for eksempel dokumentavgiftsloven §§ 6 og 7.

²⁴⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 287.

²⁴⁷ Se til illustrasjon Rt. 1948 s. 523 *Helleveien*, hvor proforma-eieren var navngitt i skjøtet, mens den reelle eieren var navngitt i avtaledokumentet. Bakgrunnen for dette (proforma)arrangementet var at den reelle eieren var uberettiget til et billig boliglån på grunn av for høy formuesverdi, se nærmere i punkt 3.3.3 nedenfor.

Videre inngår opplysninger i avtalepartenes *skattemeldinger* i momentet formell gjennomføring av avtalen.²⁴⁸ Ifølge Skatteetaten utgjør skattemeldingen en «oversikt over inntekter, fradrag, formue og gjeld for ett kalenderår», som «danner grunnlaget for [skattyters] årlige skatteoppgjør».²⁴⁹ Dersom erverver er ført opp som eier av formuesgodet i skattemeldingen, taler dette for at overdragelsen er reell, mens det taler for at overdragelsen er *proforma* dersom avhender (fremdeles) er ført opp som eier i skattemeldingen.²⁵⁰ Årsaken er blant annet at oppføring av formuesgodet i skattemeldingen har betydning for partenes skattegrunnlag, og derfor også får rettslige og økonomiske virkninger, se punkt 3.3.6 nedenfor. Dessuten kan uriktige opplysninger til skattemyndighetene etter omstendighetene omfattes av en rekke strafferettslige bestemmelser, se punkt 1.3 ovenfor. Et ytterlige forhold som taler for at overdragelsen er *proforma*, er hvis det er avhender, og ikke erverver, som har *opptrådt utad* i tilfeller hvor eieren av formuesgodet må angis, for eksempel ved utleie av formuesgodet, eller ved et søksmål om formuesgodet.²⁵¹

Dersom overdragelsen foretas fra foreldre til deres umyndige barn, får også *vergemålsreglene* betydning i proformavurderingen. For at en mindreårig skal kunne erverve fast eiendom, kreves det samtykke både fra verge og statsforvalter, jf. vergemålsloven § 39. I forarbeidene til den gamle vergemålsloven fremgår det at formålet med bestemmelsen ikke bare er å sikre den umyndiges interesser, men også å oppstille holdepunkter for vurderingen av om overdragelser er reell eller *proforma*.²⁵² I flere avgjørelser er brudd på disse samtykkereglene tatt til inntekt for at overdragelsen er *proforma*.²⁵³ Hvis det derimot er innhentet nødvendig samtykke fra verge og statsforvalter, taler dette for at overdragelsen er reell.²⁵⁴ Samtykke innebærer imidlertid *ikke* at overdragelsen alltid anses som reell. I Rt. 1933 s. 835 *Ytreflø*, som omhandlet overdragelse av familiegården fra far til sin ett år gamle sønn, hadde nødvendig samtykke blitt innhentet fra relevante myndigheter. Overdragelsen ble likevel tilsidesatt som *proforma* overfor et konkurrerende kreditorbeslag, da Høyesterett mente at den «eneste rimelige forklaring paa transaksjonen» var at faren ville sikre seg mot kreditorbeslag dersom forretningene hans skulle

²⁴⁸ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 20, LB-2018-105251-2 *Deutsche Bank II*, Høgetveit Berg (2021) s. 287-288, Sandvik (1967) s. 69, Klungøy Kristiansen (2020) s. 283 og Høgetveit Berg (2017) s. 218.

²⁴⁹ <https://www.skatteetaten.no/person/utenlandsk/skal-du-arbeide-i-norge/skattemeldingen/hva-er/>.

²⁵⁰ Høgetveit Berg (2017) s. 218, Høgetveit Berg (2021) s. 287-288 og Sandvik (1967) s. 69. Se til illustrasjon Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland*, som omtales nærmere i punkt 3.3.6 nedenfor.

²⁵¹ Sandvik (1967) s. 68-69.

²⁵² Utkast til lov om vergemaal for mindreaarige og umyndiggjorte (1919) s. 114.

²⁵³ Sandvik (1967) s. 69.

²⁵⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 288, Sandvik (1967) s. 69-70 og Klungøy Kristiansen (2020) s. 283.

gå dårlig, og at det derfor ikke «faktisk er gjennomført nogen overdragelse, men at denne kun er blitt staaende paa papiret».²⁵⁵

Selv om én eller flere av de formelle forholdene ikke er «korrekt» gjennomført, innebærer *ikke* dette nødvendigvis at overdragelsen er *proforma*.²⁵⁶ Selv ved klart reelle overdragelser hender det at avtalepartene forsømmer formkrav eller andre formaliteter. Motsetningsvis vil heller ikke det forhold at overdragelsen formelt sett er eksemplarisk gjennomført, i seg selv stenge for at avtalen blir tilsidesatt som *proforma*.²⁵⁷ Som *Sandvik* uttrykker det «er det kanskje grunn til å vente at selve *proforma*-overdragelsen blir minst like formelt gjennomført som en reell avhendelse».²⁵⁸ I forlengelsen av denne observasjonen kan det stilles spørsmål ved vekten som tillegges en formelt sett «riktig» gjennomført overdragelse. Dersom motivet bak overdragelsen var unndragelse av formuesgodet fra kreditor eller andre tredjeparter, vil de formelle forholdene ofte være i orden, ettersom dette krever forholdsvis liten innsats fra avtalepartene.²⁵⁹ Skal da en formelt sett «riktig gjennomført» overdragelse tilsi at denne skal bli stående som gyldig? Høyesteretts vektlegging av det manglende styrevedtaket i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* trekker i denne retning.²⁶⁰

3.3.3 Mulig *proformamotiv*

Det neste vurderingsmomentet Høyesterett trakk frem som relevant i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, var om det foreligger et «mulig motiv for *proforma*».²⁶¹ Momentet legger opp til at rettsanvenderen må identifisere hvilke fordeler avtalepartene ikke kan oppnå ved å «spille med åpne kort», og som de derfor kan tenkes å ville oppnå gjennom et *proforma*arrangement.²⁶² Motivet for at avtalepartene inngår en *proforma* avtale kan være flere, men fellesnevneren er ofte at de *forsøker å omgå et regelsett*, og på den måten oppnå en *fordelaktig rettsvirkning* for én eller begge partene.²⁶³ *Sandvik* formulerer dette som at *proformamotivet* ofte reflekterte ønsket om «å unngå ubehagelige rettslige konsekvenser av at overdrageren er eier».²⁶⁴

²⁵⁵ Rt. 1933 s. 835 *Ytreflø* på s. 837.

²⁵⁶ *Sandvik* (1967) s. 68, Høgetveit Berg (2017) s. 218 og Høgetveit Berg (2021) s. 288.

²⁵⁷ Høgetveit Berg (2017) s. 218 og *Sandvik* (1967) s. 68.

²⁵⁸ *Sandvik* (1967) s. 68. Se i samme retning Høgetveit Berg (2021) s. 289.

²⁵⁹ *Sandvik* (1967) s. 68.

²⁶⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 95.

²⁶¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²⁶² Høgetveit Berg (2021) s. 285 og 289.

²⁶³ Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 284, Høgetveit Berg (2017) s. 205 og 209, *Sandvik* (1967) s. 56-57 og Høgetveit Berg (2021) s. 274.

²⁶⁴ *Sandvik* (1967) s. 57.

På samme måte som det er utfordrende å bevise hva avtalepartene *egentlig* mente med overdragelsen i den subjektive testen i proformavurderingen, kan det være vanskelig å bevise hva motivet bak overdragelsen var.²⁶⁵ Det er imidlertid *ikke* nødvendig at rettsanvenderen beviser at avtalepartene *faktisk* hadde proformamotiv for at dette skal kunne vektlegges i proformavurderingen. Dette følger forutsetningsvis av at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* fremhevet at det er tilstrekkelig med et «mulig» proformamotiv.²⁶⁶ En insolvent skyldner har objektivt sett motiv for å foreta en proformaoverdragelse til en «stråmann», ettersom formuesgodet, hvis proformaarrangementet lykkes, er unntatt kreditors beslagsrett, se punkt 2.2.3 ovenfor.²⁶⁷ Rettsanvenderen trenger i slike tilfeller ikke bevise at kreditorunndragelse *faktisk* var motivet bak overdragelsen. At det foreligger et mulig proformamotiv innebærer imidlertid *ikke* i seg selv at overdragelsen må underkjennes som *proforma*, men utgjør et holdepunkt både for bevisvurderingen i den subjektive testen, og for den rettslige helhetsvurderingen i den objektive testen, se punkt 3.2 ovenfor.²⁶⁸

Det proformamotivet som forekommer hyppigst i praksis, er ønsket om å *unndra formuesgodet fra kreditorbeslag*.²⁶⁹ At kreditorunndragelsesmotiv utgjør et relevant moment i proformavurderingen kom tydelig frem i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, der Høyesterett eksplisitt slo fast at «eksistensen av et kreditorunndragelsesmotiv er et moment i en objektiv proformavurdering», og understreket at «kreditorunndragelse ... etter omstendighetene [kan] være en sterk indikasjon på proforma». ²⁷⁰ Kreditorunndragelsesmotiv vil derfor ha betydelig vekt i proformavurderingen.²⁷¹ Igjen er det grunn til å fremheve at selv et åpenbart kreditorunndragelsesmotiv *ikke* alene er tilstrekkelig for å fastslå *proforma*.²⁷² Også her må momentet vektes mot de øvrige momentene i den avsluttende helhetsvurderingen. Dette er selvsagt ikke

²⁶⁵ Se om den «subjektive testen» i proformavurderingen i punkt 3.2.2 ovenfor.

²⁶⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

²⁶⁷ Se om insolvens som vilkår for konkursbehandling i konkursloven §§ 60 til 63.

²⁶⁸ Sandvik (1967) s. 62.

²⁶⁹ Klungesøyr Kristiansen (2020) s. 284, Sandvik (1967) s. 57, Salvesen (2021) s. 151 og Høgetveit Berg (2021) s. 289.

²⁷⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 84 og 93.

²⁷¹ Høyesteretts uttalelse er senere fulgt opp i underrettspraksis, se for eksempel LB-2020-1546-5, hvor lagmannsretten fremhever at «Bs klare motiv for proformaoverdragelse [taler] klart i retning av at overføringene av eiendommen til A ikke var reell».

²⁷² Sandvik (1967) s. 62. Se også Høgetveit Berg (2017) s. 218: "Det forholdet at ei overdraging er grunnjeven i frykt for kreditorpågang, er i seg selv ikkje eit indisium på at overdraginga er proforma" og Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 596: «Overføring av eiendeler ... for å oppnå beskyttelse mot avhenderens kreditorer, er i seg selv ingen ugyldighets- eller proformagrunn».

til hinder for at kreditorunndragelsesmotiv blir utslagsgivende dersom det ellers er gode argumenter i begge retninger.²⁷³

Også utenfor beslagsretten kan det pekes på mulige motiver for at avtalepartene foretar en proformaoverdragelse. Fellesnevneren er som nevnt (normalt) at avtalepartene ønsker å omgå et regelsett, og på den måten sikre avhender og/eller erverver fordeler på bekostning av tredjeparter, som de ikke kunne oppnå ved å «spille med åpne kort».²⁷⁴ Jeg vil *ikke* forsøke å gi en uttømmende opplisting av mulige proformamotiver, men vil kort redegjøre for et utvalg typetilfeller.

En første kategori proformamotiver kan sammenfattes som ønsket om å *tilrettelegge for et fremtidig skifte*, med formål om å skaffe bestemte personer fordeler de ellers ikke hadde vært berettiget til.²⁷⁵ Avhender kan for eksempel ønske å unngå de arverettslige pliktdelsreglene, og overdrar derfor formuesgodet til en tredjepart, uten at overdragelsen får nevneverdig realitet før avhender dør.²⁷⁶ Et eksempel fra høyesterettspraksis er Rt. 1912 s. 107 *Hauge*, hvor avhender, mens hans kone lå på dødsleiet, overskjøtet en boligeiendom til sin 9 år gamle niese, med forbehold om evigvarende bruksrett og deretter kår. Høyesterett mente at det var åpenbart at formålet bak overdragelsen var at eiendommen ikke skulle bli inntatt i skiftet, og underkjente overdragelsen som *proforma* under henvisning til at avtalens innhold ikke tilsa at den var reelt ment.²⁷⁷ Et annet proformamotiv under denne kategorien er ønsket om å hindre at formuesgodet blir inntatt i delingsoppgjøret i en forestående skilsmisse.²⁷⁸ Videre er et beslektet proformamotiv ønsket om å avverge odelsløsning.²⁷⁹ For å unngå dette kan den reelle eieren overdra eiendommen *proforma* til en med bedre odelsrett enn den potensielle saksøker.²⁸⁰ Alternativt kan en som ikke er odelsberettiget skaffe seg en fast eiendom ved å få en odelsberettiget til å stå som *proforma* erverver og «eier» av eiendommen.²⁸¹

²⁷³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 89.

²⁷⁴ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 284 og Sandvik (1967) s. 56-57.

²⁷⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 291 og Sandvik (1967) s. 49-50.

²⁷⁶ Sandvik (1967) s. 57. Dette proformamotivet har nær sammenheng med grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, se punkt 4.3.2 nedenfor

²⁷⁷ Rt. 1912 s. 107 *Hauge* på s. 109.

²⁷⁸ Sandvik (1967) s. 57.

²⁷⁹ Høgetveit Berg (2021) s. 291 og Sandvik (1967) s. 57.

²⁸⁰ Sandvik (1967) s. 57 og Høgetveit Berg (2021) s. 291. I Rt. 1915 s. 967 *Undeberg* ble et slikt «defensivt» salg underkjent som *proforma*, mens det derimot ble godkjent som reelt i Rt. 1917 s. 1019 *Tenden*.

²⁸¹ Sandvik (1967) s. 57-58.

En neste kategori proformamotiver er ønsket om å *fremstå berettiget til sosialrettslige fordeler*.²⁸² Flere lån og trygdeytelser er behovsprøvede, og gis derfor bare til personer med inntekt eller formue under et bestemt nivå. Som student er størrelsen på inntekt og formue avgjørende for om man er berettiget til å få omgjort deler av studielånet til stipend.²⁸³ Et eksempel fra høyesterettspraksis er Rt. 1948 s. 523 *Helleveien*, hvor begrunnelsen bak en fars kjøp av en boligeiendom i sønnens navn, var at farens høye formue gjorde at han ikke var berettiget til et billig boliglån.²⁸⁴ Også det forhold at den reelle eieren trenger konsesjon eller tillatelse for å erverve et formuesgode eller utøve en viss bruk, mens proformaerhverver ikke trenger det, utgjør et mulig proformamotiv.²⁸⁵

Gulating lagmannsretts avgjørelse i sak 47/1983 (ikke publisert) kan tjene som eksempel: Den amerikanske A kom til Norge og forelsket seg i S. A kjøpte og betalte en fast eiendom for penger han hadde fått som erstatning etter en arbeidsulykke. Likevel ble papirene utstedt på kjæresten S, ettersom A var amerikansk statsborger, og derfor måtte ha konsesjon for å gjennomføre kjøpet. For A var det likegyldig om eiendommen sto på ham eller S, ettersom eiendommen uansett ville gå inn i felleseiet når de giftet seg. Da A og S etter en periode gikk hvert til sitt, krevde A dom for at han var eier av eiendommen. S hevdet på sin side at eiendommen var gitt til henne i gave, uten noe forbehold om verken ekteskap eller samboerskap. Lagmannsretten trodde imidlertid ikke på S, og mente at årsaken til at hun sto oppført som eier i kjøpekontrakt og skjøtet, utelukkende var at hun ikke trengte konsesjon. S var følgelig bare *proforma* eier av eiendommen.

Ytterligere et mulig proformamotiv er *skattemessige årsaker*. Nærmere bestemt kan formålet med overdragelsen være å redusere den reelle eierens skattegrunnlag, og på den måten oppnå skattemessige fordeler.²⁸⁶ Riktig nok er utgangspunktet at skattemessige tilpasninger er tillatt, såfremt avtalen er reell.²⁸⁷ Også her er derfor skattemotivet bare et moment i proforma-vurderingen.²⁸⁸ Motivet bak en proformaoverdragelse kan også være å *fremstille proformaerhververen som mer bemidlet* enn han i virkeligheten er, slik at han for eksempel får tatt opp lån i en bank eller annen kredittinstitusjon.²⁸⁹

Selv om det representerer unntaket, blir *ikke* alle proformaoverdragelser gjennomført for å oppnå fordeler på bekostning av tredjeparter. Motivet bak en proformaoverdragelse kan også

²⁸² Høgetveit Berg (2021) s. 292 og Sandvik (1967) s. 58. Se til illustrasjon Rt. 1998 s. 728 *Askøy*, Rt. 1966 s. 961 *Mindehagen* og Rt. 1948 s. 523 *Helleveien*.

²⁸³ <https://lanekassen.no/nb-NO/stipend-og-lan/inntekt-og-formue/>.

²⁸⁴ Rt. 1948 s. 523 *Helleveien* på s. 524.

²⁸⁵ Sandvik (1967) s. 58 og Høgetveit Berg (2021) s. 292.

²⁸⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 292, Sandvik (1967) s. 58 og Woxholth (2021) s. 316.

²⁸⁷ Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* på s. 192 og Frederik Zimmer (2021) s. 65.

²⁸⁸ Se om forholdet mellom *proforma* og den skatterettslige omgåelsesregelen i punkt 4.3.3 nedenfor.

²⁸⁹ Salvesen (2021) s. 153-154: "[D]ebitor [pynter] seg med lånte fjær".

være mer «uskyldig».²⁹⁰ Av ulike årsaker kan den reelle eieren av formuesgodet ønske å være anonym. Et eksempel er at den reelle eieren av en anleggseiendom benytter en stråmann som «eier» og selger, med formål om at mulige kjøpere og øvrig allmennhet ikke skal vite hvem som i realiteten eier eiendommen.²⁹¹ I kommersielle forhold kan en slik løsning være hensiktsmessig, ettersom kjøp og salg kan gi innsikt i forretningsstrategier som den reelle eieren ikke ønsker at skal bli allment kjent. Et annet eksempel er at en kjendis benytter en stråmann som kjøper og «eier» av en fritidseiendom, og på den måten unngår medieoppslag og uønsket oppmerksomhet.²⁹²

3.3.4 Avtalepartenes subjektive oppfatning

Videre utgjør *avtalepartenes subjektive oppfatning* av overdragelsen et moment i proforma-vurderingen.²⁹³ Momentet trekkes *ikke* eksplisitt frem av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, men fremgår forutsetningsvis av at «fravær av andre motiver [enn proformamotiv] for transaksjonen» taler for *proforma*, samt at den objektive testen innebærer en vurdering av om «den påberopte overføringen ... har de rettslige realiteter *som påberopes*» (min utheving).²⁹⁴ Også i juridisk litteratur fremheves det at avtalepartenes påståtte motiver er relevant i proformavurderingen. *Høgetveit Berg* understreker at «[d]røftinga av eit mogleg proformamotiv må ... supplerast med ei undersøking av dei motiva som blir påstått å liggje til grunn for den formelle avtala»,²⁹⁵ mens *Salvesen* fremhever at «partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet [er] et bærende fundament for proformaregelen».²⁹⁶

Selv om avtalepartenes påståtte motiver bak overdragelsen utvilsomt er relevant i proforma-vurderingen, vil «[p]artenes forklaringer ... ofte ha liten bevisvekt» ettersom «minst én av partene normalt sterkt vil bestride at overdragelsen er proforma».²⁹⁷ Dersom de påståtte motiver bak overdragelsen fremstår sannsynlige og legitime, kan disse etter omstendighetene «utjevne» proformamotivet som moment i proformavurderingen.²⁹⁸ Fremstår derimot partenes påståtte

²⁹⁰ Sandvik (1967) s. 57, Woxholth (2021) s. 316 og Høgetveit Berg (2021) s. 292.

²⁹¹ Woxholth (2021) s. 316.

²⁹² Høgetveit Berg (2021) s. 293.

²⁹³ Salvesen (2021) s. 160: «Slik jeg ser det er partenes subjektive oppfatning av disposisjonens realitet et bærende fundament for proformaregelen» og Høgetveit Berg (2021) s. 294: "Drøftinga av eit mogleg proformamotiv må ... supplerast med ei undersøking av dei motiva som blir påstått å liggje til grunn for den formelle avtala".

²⁹⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se også forutsetningsvis i avsnitt 85, hvor Høyesterett fremhever at det «ikke [er] nok å spørre om partene rent subjektivt mente at transaksjonen ikke skulle være reell».

²⁹⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 294. Se også Høgetveit Berg (2017) s. 209: "Det manglar elles eit rimeleg og akseptabelt motiv for den transaksjonen som den formelle avtala gjev uttrykk for".

²⁹⁶ Salvesen (2021) s. 160.

²⁹⁷ Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 597.

²⁹⁸ Høgetveit Berg (2017) s. 218 og Høgetveit Berg (2021) s. 294.

motiver bak overdragelsen oppdiktet eller lite troverdig, eller at formålet bak overdragelsen kunne vært ivaretatt på en mer hensiktsmessig måte, trekker dette i retning at overdragelsen er *proforma*.²⁹⁹

En parallell kan trekkes til den skatterettslige omgåelsesregelen, hvor rettsanvenderen alltid må vurdere om det var andre motiver bak disposisjonen enn å oppnå en skatterettslig fordel, se punkt 4.3.3 nedenfor. I høyesterettspraksis har det ved overdragelser av en boligeiendom fra fullt yrkesaktive foreldre til deres mindreårige barn, blitt lagt betydelig vekt på at overdragelsen ikke har hatt noe fornuftig formål utover proformamotivet, og at dette ikke kan godtas, se punkt 3.3.3 ovenfor.³⁰⁰

3.3.5 Tidsaspektet

Et ytterligere moment av betydning i proformavurderingen, som er nært tilknyttet proformamotivet og partenes subjektive oppfatning, er *tidsaspektet*.³⁰¹ Med tidsaspektet menes i denne sammenheng tidsrommet mellom overdragelsestidspunktet og tidspunktet for pågangen fra kreditor eller andre tredjeparter med interesse i formuesgodet. Momentet trekkes *ikke* eksplisitt frem av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, men fremgår forutsetningsvis av kjennelsens premisser. Som nevnt i punkt 3.3.3 ovenfor, uttalte Høyesterett at kreditorunndragelsesmotiv utgjør et sentralt moment i proformavurderingen.³⁰² I forlengelsen av dette fremhevet Høyesterett at det er «[s]entralt ... om transaksjonen foretas før eller etter at avhender er blitt utsatt for kreditorpågang».³⁰³ Høyesterett presiserte at det var forskjell på de faktiske omstendighetene i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, hvor overdragelsen hadde skjedd mens «bankens krav allerede [var] etablert», og omstendighetene i Rt. 1994 s. 235 *Bokn*, hvor «det en gang i fremtiden kunne bli vanskelig for overdrageren å betjene sin gjeld».³⁰⁴ Dersom det er en nærliggende risiko for kreditorbeslag på overdragelsestidspunktet, vil dette etter omstendighetene utgjøre en «sterk indikasjon på proforma».³⁰⁵

Også for andre proformamotiver enn kreditorunndragelse har tidsaspektet betydning for proformavurderingen. Dersom gården blir overdratt til en suksessor med bedre odelsrett i

²⁹⁹ Høgetveit Berg (2021) s. 294 og Høgetveit Berg (2017) s. 219. Se også HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73, hvor Høyesterett uttaler at «fravær av andre motiv for transaksjonen» enn proformamotivet taler *for* at overdragelsen mangler realitet.

³⁰⁰ Høgetveit Berg (2021) s. 294 og Høgetveit Berg (2017) s. 219.

³⁰¹ Brækhus og Hærem (1964) s. 494, Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 284-285 og Høgetveit Berg (2021) s. 297.

³⁰² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 84 og 93.

³⁰³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 93.

³⁰⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 93. Se også LB-2018-105251-2 *Deutsche Bank II* avsnitt 3.3.4.

³⁰⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 93. Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 284, Høgetveit Berg (2021) s. 289 og Brækhus og Hærem (1964) s. 494.

samme periode som en odelsberettiget har truet med søksmål om odelsløsning, trekker dette sterkere i retning *proforma* enn dersom det ikke var en nærliggende fare for odels søksmål. *Høgetveit Berg* har uttalt at tidsaspektet «gjerne ... er avgjerande i vurderinga av proformaoverdragingar mellom sambuarar». ³⁰⁶ Resonnementet bygger trolig på at overdragelser mellom samboere sjeldent får nevneverdige faktiske virkninger mellom avhender og erverver, og at tidsaspektet derfor må ha ytterligere vekt i proformavurderingen i dette type-tilfellet. ³⁰⁷ Jeg er for så vidt *ikke uenig* i denne uttalelsen, men vil presisere at tidsaspektet uansett må ses i sammenheng med de øvrige momentene i den avsluttende helhetsvurderingen – også mellom samboere, se punkt 3.3.1 ovenfor.

3.3.6 Faktiske og rettslige virkninger

Det siste vurderingsmomentet Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* fremhevet som sentralt i proformavurderingen, var «de faktiske og rettslige virkninger [overdragelsen] har hatt for partene». ³⁰⁸ Høyesterett understreket at de faktiske og rettslige virkningene «ofte [er] avgjørende» for om overdragelsen anses å ha realitet, og tillå derfor momentet stor vekt i proformavurderingen. ³⁰⁹ Også *Sandvik* fremhevet at det utgjør «et sterkt indisium på proforma dersom det viser seg at det trass i overdragelsen fortsatt er overdrageren som [rettslig og/eller faktisk] disponerer og rår over tingen». ³¹⁰ Rent språklig er det nærliggende å tolke «virkninger» som en endring eller et resultat som følge av en bestemt hendelse eller påvirkning. *Sandvik* bruker betegnelsen «rådigheten» på tilsvarende måte som virkninger, ³¹¹ mens *Høgetveit Berg* beskriver momentet som en vurdering av om disposisjonen «fører med seg reelle byrder eller plikter for partane». ³¹² For min egen del forstår jeg «virkninger» på samme måte som *konsekvenser*. ³¹³

Det er nær sammenheng mellom overdragelsens faktiske og rettslige virkninger, og det er flytende overganger mellom de to kategoriene. ³¹⁴ En vurdering av overdragelsens «faktiske ... virkninger» innebærer å undersøke i hvilken grad erverver har overtatt hele eller deler av

³⁰⁶ *Høgetveit Berg* (2021) s. 297.

³⁰⁷ Se om faktiske og rettslige virkninger i punkt 3.3.6, samt om overdragelser mellom samboere i punkt 4.2.3 nedenfor.

³⁰⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

³⁰⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

³¹⁰ *Sandvik* (1967) s. 56. Se også *Høgetveit Berg* (2021) s. 295, som uttaler at de faktiske og rettslige virkningene utgjør "[e]t viktig – og gjerne heilt avgjerande – moment" i proformavurderingen.

³¹¹ *Sandvik* (1967) s. 64

³¹² *Høgetveit Berg* (2021) s. 295.

³¹³ Se i samme retning *Høgetveit Berg* (2017) s. 209, som uttaler at et kjennetegn på *proforma* er at "[t]ransaksjonen får ingen eller berre ubetydelege reelle konsekvensar i forholdet mellom avtalepartane".

³¹⁴ Se i samme retning Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 285.

avhenders rett til å utøve faktisk råderett over formuesgodet. Også ved vurderingen av overdragelsens «rettslige virkninger», må det undersøkes i hvilken grad erverver har overtatt avhenders adgang til å råde rettslig over formuesgodet. Et nødvendig første trinn i denne vurderingen er å tolke stiftelsesgrunnlaget. Formålet er å identifisere hvilke formuesrettigheter avtalepartene formelt sett ønsker å overdra fra avhender til erverver.³¹⁵ Bare når det er etablert hvilke rettigheter den formelle avtalen omhandler, kan det tas stilling til om disse rettighetene i virkeligheten er overdratt fra avhender til erverver.

Det naturlige startpunktet for å vurdere overdragelsens faktiske virkninger for avtalepartene, er å identifisere *vederlaget*. Hvis stiftelsesgrunnlaget krever at erverver skal betale et vederlag for formuesgodet, er det ofte en forutsetning for at overdragelsen anses som reell, at vederlaget er betalt med erververs egne midler.³¹⁶ Viser det seg derimot at vederlaget indirekte stammer fra avhender, trekker dette klart i retning at overdragelsen er *proforma*. Et eksempel fra høyesterettspraksis er Rt. 1928 s. 449 *Kleivkaas*, som omhandlet overdragelse av et gårdsbruk. Høyesterett fant det «overordnet usannsynlig» at erverver, som var hjemmeværende med fire barn, hadde «anledning til å legge op en saadan sum», og at kjøpesummen av den grunn trolig indirekte stammet fra avhender.³¹⁷ Dette ble tatt til inntekt for at «salget av eiendommen fra [avhender] til [erverver] var et rent proformaverk».³¹⁸ Et beslektet synspunkt finnes i Rt. 2005 s. 1476 *Sæle*, som omhandlet overdragelse av en boligeiendom fra foreldre til deres datter, men med forbehold om bruksrett.³¹⁹ Høyesterett problematiserte datterens evne til å betjene pantelånet, og uttalte at «foreldrene [må] betale dersom de fortsatt vil bo på eiendommen».³²⁰ Høyesterett fremholdt at «manglende betalingsevne er forhold som klart er egnet til å svekke realiteten i overdragelsen».³²¹

Normalt er bakgrunnen for at erverver kjøpte formuesgodet at han selv har *bruk* for dette. Det er derfor naturlig at overdragelsen medfører at erverver innen relativt kort tid overtar *bruken* av formuesgodet.³²² Den omstendighet at erverver faktisk har tatt i bruk formuesgodet, peker i retning at overdragelsen er reell.³²³ Et hovedargument i flere avgjørelser hvor overdragelsen blir tilsidesatt som *proforma*, er at avhender også *etter* overdragelsen har fortsatt å disponere

³¹⁵ Se om begrepet formuesrettigheter i punkt 1.4.1 ovenfor.

³¹⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 295 og Høgetveit Berg (2017) s. 219.

³¹⁷ Rt. 1928 s. 449 *Kleivkaas* på s. 450.

³¹⁸ Rt. 1928 s. 449 *Kleivkaas* på s. 449.

³¹⁹ Avgjørelsen er nærmere omtalt i punkt 2.3.3 ovenfor.

³²⁰ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 20.

³²¹ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 20.

³²² Høgetveit Berg (2017) s. 219-220, Sandvik (1967) s. 64 og Høgetveit Berg (2021) s. 296.

³²³ Sandvik (1967) s. 64.

over formuesgodet på en måte som mer eller mindre tilsvarer en eiers råderett, mens erververs bruk har vært ubetydelig eller ikke-eksisterende.³²⁴ Et eksempel fra høyesterettspraksis er Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland*, som omhandlet søksmål om odelsløsning. Spørsmålet for Høyesterett var om den opprinnelige eieren, som satt på eiendommen uten tinglyst hjemmel, fikk sitt eierforhold avbrutt da eiendommen ble overskjøtet til hans sønn i forbindelse med opptak av et boliglån. Dersom tinglysingen var reell ville faren tape eiendommen til odels søkeren, mens han ville beholde eiendommen dersom tinglysingen var *proforma*. Høyesterett tilla det stor vekt i proformavurderingen «at faren i de følgende år har skaltet og valt med eiendommen etter forgodtbefinnende, idet [sønnen] bare har vært trukket inn ved anmodning om underskrift eller angivelse av fullmaktsforhold hvor dette unntaksvis har fremstilt seg som nødvendig av hensyn til tinglysing eller lignende forhold».³²⁵ At erverver selv har bruk for formuesgodet gjelder likevel ikke unntaksfritt, og en overdragelse *kan* derfor være reell selv om det ikke skjer nevneverdige endringer i den faktiske bruken av formuesgodet.³²⁶ Man kan til illustrasjon tenke seg at eieren A ønsker å selge formuesgodet for å frigjøre kapital, men fremdeles har bruk for det aktuelle formuesgodet. A selger derfor formuesgodet til S, under forutsetning om at A får fortsette å bruke formuesgodet også etter overdragelsen («sale-leaseback»)³²⁷ Dersom dette løses riktig – med inngåelse av en leieavtale med et forholdsmessig vederlag fra A til S, samtidig som dette vederlaget faktisk betales – er det i utgangspunktet *ikke* grunn til å konkludere med at overdragelsen er *proforma*.³²⁸

Overdragelsens faktiske virkninger er ofte *ikke* et spesielt godt holdepunkt for om overdragelsen er reell eller *proforma*. Årsaken er at majoriteten av proformas spørsmålene for domstolene omhandler overdragelser av en boligeiendom eller innbo til ektefeller, samboere eller (mindreårige) barn.³²⁹ I disse typetilfellene medfører overdragelsen normalt begrensede endringer i den faktiske bruken av formuesgodet.³³⁰ Uavhengig av om overdragelsen er reell eller *proforma*, fortsetter både avhender og erverver å bruke det overdratte formuesgodet på samme måte som før overdragelsen fant sted. Det er først og fremst overfor tredjeparter at overdragelsen har rettslige virkninger, eksempelvis for kreditors adgang til å ta beslag i formues-

³²⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 296, Sandvik (1967) s. 65 og Høgetveit Berg (2017) s. 219. Se til illustrasjon Rt. 2005 s. 1476 *Sæle*, Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland*, Rt. 1933 s. 835 *Ytreflø*, Rt. 1929 s. 601 *Skadberg* og Rt. 1901 s. 811 *Sande*.

³²⁵ Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland* på s. 1508.

³²⁶ Sandvik (1967) s. 64, Høgetveit Berg (2017) s. 220 og Høgetveit Berg (2021) s. 296.

³²⁷ <https://capitalmind.com/sale-lease-back-as-a-financing-alternative/>.

³²⁸ Høgetveit Berg (2021) s. 296, Høgetveit Berg (2017) s. 220 og Sandvik (1967) s. 64.

³²⁹ Sandvik (1967) s. 65 og Høgetveit Berg (2021) s. 296-297.

³³⁰ Proformavurderingen mellom ektefeller og samboere drøftes særskilt i punktene 4.2.2 og 4.2.3 nedenfor.

godet.³³¹ Det forhold at overdragelsen ikke får nevneverdige realitetsendring med hensyn til den faktiske bruken av formuesgodet mellom ektefeller og samboere, har derfor ikke samme vekt i proformavurderingen som det ville hatt dersom overdragelsen fant sted mellom avtaleparter som ikke bor sammen.³³² Den samme argumentasjonen har overføringsverdi til overdragelser mellom foreldre og mindreårige barn. Dersom det overdratte formuesgodet er familiegården, avhender er yrkesaktive foreldre, og erverver er deres fire år gamle sønn, har det formodningen mot seg at det blir inngått en leieavtale som skissert ovenfor. Typisk utgjør familiegården både bostedet, arbeidet og inntektsgrunnet til familien, og overdragelsen til den mindreårige sønnen forutsetter derfor at foreldrene fortsetter å forvalte den rettslige og faktiske rådigheten over gården til hele familiens beste, se punkt 3.3.3 ovenfor.³³³ Riktig nok vil den rettslige rådigheten til foreldrene begrenses noe, særlig i tilfeller hvor barnet er mindreårig, ettersom verge og statsforvalteren må godkjenne disponeringen over barnets formuesgoder, se punkt 3.3.2 ovenfor.³³⁴ Likevel må begrensningene i foreldrenes disposisjonsrett sies å være av underordnet betydning, sammenliknet med de fordeler som kan oppnås ved at overdragelsen blir stående som reell.³³⁵

En annen rettslig virkning har sammenheng med om det er avhender eller erverver som har ført opp formuesgodet i skattemeldingen eller regnskapet, se punkt 3.3.2 ovenfor. Dersom det er erverver som betaler skatt eller andre offentlige avgifter på formuesgodet, trekker dette i retning at overdragelsen er reell.³³⁶ Viser det seg derimot at disse midlene indirekte stammer fra avhender, trekker dette i retning at overdragelsen er *proforma*.

3.3.7 Forbeholdene i overdragelseserklæringen?

En særskilt problemstilling, som har nær sammenheng med momentet faktiske og rettslige virkninger, er om også forbehold som avtalepartene *åpent har inntatt i avtaledokumentet*, kan tas til inntekt *for* at overdragelsen er *proforma*. Avhender tar for eksempel forbehold i kjøpekontrakten om livsvarig bruksrett av formuesgodet, mot at vederlaget settes under markedspris. Spørsmålet blir da om det forhold at avhender faktisk fortsetter å bruke formuesgodet i tråd med stiftelsesgrunnet, kan tas til inntekt *for* at overdragelsen er *proforma*.

³³¹ Se om *proforma* som utslag av dekningsloven § 2-2 i punkt 2.2.3 ovenfor.

³³² Høgetveit Berg (2021) s. 297 og Sandvik (1967) s. 66.

³³³ Sandvik (1967) s. 66 og Høgetveit Berg (2017) s. 209 og 220.

³³⁴ Jf. vergemålsloven § 39.

³³⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 296 og Høgetveit Berg (2017) s. 220.

³³⁶ Høgetveit Berg (2021) s. 288.

Som nevnt i punkt 3.2.3 ovenfor, er vurderingstemaet etter den objektive testen i proforma-vurderingen om «den påberopte overføringen ... har de rettslige realiteter som påberopes», og realitetsvurderingen innebærer en «vurdering av om det reelle innholdet i transaksjonen svarer til den formelle rammen».³³⁷ Isolert tilsier Høyesteretts formuleringer i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* at forbeholdene i overdragelseserklæringen *ikke* kan benyttes som argument *for* at overdragelsen er *proforma*, ettersom realitetene i slike tilfeller nettopp svarer til den formelle rammen.

I juridisk litteratur er det delte meninger om problemstillingen.³³⁸ *Brækhus* fremhevet at dersom avhender «har alle sine tidligere beføyelser i behold» til tross for at eiendommen er overdratt til suksessor, utgjør dette en sterk indikasjon på *proforma*.³³⁹ Også *Høgetveit Berg* uttaler at «[e]i formell overføring av retten frå A til S, samstundes som A tek atterhald om å framleis utøve alle funksjonane, er difor ikkje ei reell overføring», og at dette utgjør et argument *for proforma*.³⁴⁰ På motsatt side stilte *Sandvik* seg kritisk til at Høyesterett i enkelte avgjørelser bygget proformadrøftelsen på at avtalepartene i overdragelsesdokumentet hadde inntatt forbehold, og dermed benyttet proformakarakteristikken om «at det som er sagt, også er ment».³⁴¹ *Sandvik* understreket at den rådighet som er hjemlet direkte i selve kjøpet eller kjøpekontrakten «selvsagt ikke [kan] tas til inntekt for en proformakarakteristikk».³⁴²

Videre finnes det eksempler fra høyesterettspraksis hvor forbehold i stiftelsesgrunnlaget er tatt til inntekt *for* at overdragelsen er *proforma*. En første avgjørelse er Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene*, hvor en far hadde overskjøtet en boligeiendom til hans 15 år gamle datter, men tatt forbehold om at datteren eller hennes suksessor skulle gi foreldrene «fornøieligt Ophold og Levebrød på gården, saaledes at vi gaa i Brød med hende eller Gaardens Bruger», samt dersom foreldrene krever det, å utstede skriftlig føderådskontrakt der art og omfang av kårtytelsene fastsettes ensidig av foreldrene.³⁴³ Høyesterett fant det ikke tvilsomt at føderådskontrakten «virkelig [var] ment saaledes som den [var] udtrykt».³⁴⁴ Likevel kom Høyesterett til at

³³⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 73 og 80.

³³⁸ For en generell redegjørelse av diskusjonen i juridisk litteratur, se punkt 2.3.2 ovenfor.

³³⁹ *Brækhus og Hærem* (1964) s. 494.

³⁴⁰ *Høgetveit Berg* (2021) s. 280. Se også s. 283-284: "Om ein tenkjer eigedomsretten oppdelt i funksjonar – til dømes faktisk og rettsleg rådvelde, skatteplikt og risiko for kreditorbeslag – ser ein straks at partane ikkje kan 'overdra' eit formuesgode med rettsverknaden som følgjer av dekningslova § 2-2 dersom den einaste funksjonen som går over er nettopp risikoen for kreditorbeslag. Dersom overføringa berre får verknad overfor kreditorane, må ein i beslagssamanheng konstatere *proforma*".

³⁴¹ *Sandvik* (1967) s. 60-61.

³⁴² *Sandvik* (1967) s. 65.

³⁴³ Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene* på s. 821.

³⁴⁴ Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene* på s. 822.

overdragelsen var *proforma*, under henvisning til at føderådsklausulen gav «Foreldrene Hals og Haand over Eiendommen», og at datterens eiendomsrett derfor ble «et blot og bart Skin».³⁴⁵ Også i Rt. 1912 s. 107 *Hauge*, som er omtalt i punkt 3.3.3 ovenfor, begrunnet Høyesterett at det «ikke kan antages, at et virkelig kjøb og salg er avsluttet» ved å henvise til «indholdet af kontrakten».³⁴⁶ Høyesterett konkluderte med at det «maa siges at foreligge alene en pro forma handel».³⁴⁷ Så sent som i Rt. 2005 s. 1479 *Sæle* ble forbeholdene i avtaledokumentet tatt til inntekt for at lagmannsretten ikke hadde foretatt en tilstrekkelig bred *proformavurdering*, se punkt 2.3.3 ovenfor.³⁴⁸

Gjennomgangen viser at rettskildene trekker i noe ulik retning. Det er derfor ikke mulig å trekke en sikker slutning rundt adgangen til å benytte forbeholdene i stiftelsesgrunnlaget som argument *for* at overdragelsen er *proforma*. Rettskildesituasjonen holder det imidlertid åpent, og det er derfor opp til fremtidig høyesterettspraksis å avklare problemstillingen. Etter mitt skjønn *bør* det imidlertid *ikke* være adgang til å vektlegge forbehold i overdragelsesdokumentet som et argument *for* at overdragelsen er *proforma*. Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.3 nedenfor, vil dette i tilfelle innebære at *proformavurderingen* i praksis ligger tett opp mot en vurdering av eiendomsrettens overgang.

3.3.8 Rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger

Selv om det ikke trekkes eksplisitt frem av Høyesterett, inngår også *rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger* i *proformavurderingen* – særlig i den objektive testen. Dette kan utledes av at den objektive testen utgjør en «helhetlig vurdering av den påberopte overføringen».³⁴⁹ Også *Høgetveit Berg* fremhever at den objektive testen i *proformavurderingen* innebærer «ei avveging av dei momenta som tilseier underkjenning, og dei momenta som tilseier aksept av ein formell disposisjon som reell», samt at et moment i *proformavurderingen* er i hvilken grad «rettsordenen [skal] godta at ein eigar ved ein formrett disposisjon – men utan reelt innhald – kan framkalle dei rettsverknadene som er knytte til ein tilsvarande reell disposisjon».³⁵⁰ Videre uttaler *Hov og Høgberg* eksplisitt at rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger inngår i *proformavurderingen*: «Når en karakteriserer en avtale som *proforma*, legges det nok – her som ellers – vekt på om en får et rimelig resultat eller ikke».³⁵¹

³⁴⁵ Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene* på s. 822.

³⁴⁶ Rt. 1912 s. 107 *Hauge* på s. 109.

³⁴⁷ Rt. 1912 s. 107 *Hauge* på s. 109.

³⁴⁸ Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 20-22.

³⁴⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

³⁵⁰ *Høgetveit Berg* (2021) s. 284 og 297.

³⁵¹ *Hov og Høgberg* (2009) s. 364.

Det er nærliggende å anta at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* la vekt på rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger *både* ved utformingen av to-trinns proformaregelen, og ved vurderingen av om lagmannsretten hadde forstått og anvendt proformaregelen riktig.³⁵² Ettersom overdragelsen av Confrimit-aksjene hadde oppnådd rettsvern, samt at det i praksis ikke var et alternativ å erklære Sebastian Holdings konkurs, slik at overdragelsen (potensielt) kunne omstøtes, var den eneste gjenstående innsigelsen at overdragelsen var *proforma*, se punkt 2.3.4 ovenfor.³⁵³ Dersom Høyesterett hadde konkludert med at det skulle anlegges en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen, ville Alexander Vik og hans familie trolig «kommet unna» med de kreditorskadelige disposisjonene.³⁵⁴ Det er ikke utenkelig at Høyesterett anså dette som et så urimelig resultat, at det fikk innvirkning på utformingen av proformaregelen.

Videre må også fremtidige rettsanvendere, ved anvendelsen av to-trinns proformaregelen, avveie de motstående hensynene mot hverandre, for å vurdere hva som er et rimelig og rettferdig resultat i den foreliggende saken.³⁵⁵ I en beslagsrettslig tvist er dette hensynet til debtors privatautonomi og avtalefrihet, samt suksessors forutberegnelighet på den ene siden, og hensynet til å beskytte kreditor mot kreditorskadelige disposisjoner på den annen.

Sammen med de øvrige vurderingsmomentene jeg har redegjort for i punktene 3.3.2 til 3.3.7 ovenfor, må rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger inngå i en bred, rettslig helhetsvurdering av overdragelsens realitet, jf. punkt 3.2.3 ovenfor.

³⁵² Kjennelsens relevante faktum og rettslige problemstillinger er gjennomgått i punkt 2.3.4 ovenfor.

³⁵³ Se om rettsvernsreglene i punkt 1.4.4 ovenfor og omstøtelsesreglene i punkt 5.5.2 nedenfor.

³⁵⁴ Se om avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* i punkt 2.3.4 ovenfor.

³⁵⁵ Hov og Høgberg (2009) s. 364 og Høgetveit Berg (2021) s. 284.

4 REKKEVIDDEN AV PROFORMAREGELEN

4.1 Innledning

I kapittel 2 har jeg redegjort for den *rettslige plasseringen* av proformaregelen, mens jeg i kapittel 3 drøftet regelens *innhold*. I kapittel 4 vil jeg undersøke *rekkevidden* av to-trinns proformaregelen Høyesterett utpenslet i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

Også ved drøftelsen av proformaregelens rekkevidde er det naturlig å ta utgangspunkt i premissene i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Høyesteretts kompetanse var begrenset til å prøve «den generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel», jf. tvisteloven § 30-6 bokstav c.³⁵⁶ På denne bakgrunn skulle Høyesterett bare vurdere «om lagmannsretten bygget på en uriktig generell forståelse av reglene om proformaoverføringer».³⁵⁷ At Høyesterett skulle undersøke den *generelle* forståelsen av proformareglene, og ikke bare proformareglene spesifikt knyttet til dekningsloven § 2-2, trekker i retning at de etterfølgende uttalelsene omhandler proformaregelen som sådan, og ikke bare i beslagsrettslig forstand. Førstvoterende fremhevet dessuten at proformavurderingen «[i] denne saken inngår ... i forståelsen av» dekningsloven § 2-2.³⁵⁸ Også spesifiseringen om at proformaregelen «i denne saken» kan utledes av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, taler for at proformadrøftelsen knytter seg til proformaregelens innhold på generelt grunnlag – også utenfor beslagsretten.

På bakgrunn av partenes anførsler om proformaregelens vurderingstema, oppstilte Høyesterett spørsmålet «om proformaregelen er ‘subjektiv’ eller ‘objektiv’».³⁵⁹ Også måten førstvoterende her formulerer problemstillingen på, taler for at proformaregelen ble drøftet på generelt grunnlag, og *ikke* bare tilknyttet beslagsrettslige problemstillinger. Høyesterett beskrev dessuten de to ulike tilnærmingene til *proforma* på en generell måte, uten å trekke inn beslagsrettslige argumenter, se punkt 2.3.1 ovenfor.³⁶⁰

Høyesterett undersøkte deretter et utvalg høyesterettspraksis om *proforma*.³⁶¹ Det ble blant annet vist til Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen*, hvor spørsmålet var om overdragelse av en aksjepost var *proforma* med virkning for beregning av personinntekt.³⁶² Det forhold at

³⁵⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 38-39 og 68.

³⁵⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 67. Se også kjennelsens avsnitt 68, hvor Høyesterett understreket at de skulle ta stilling til «lagmannsrettens generelle forståelse av reglene om proforma».

³⁵⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68.

³⁵⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 72. For en inngående redegjørelse av Høyesteretts proformadrøftelse, se punkt 2.3.4 ovenfor.

³⁶⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

³⁶¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 74-78. Se også punkt 2.3.4 ovenfor.

³⁶² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 77.

Høyesterett her vektla Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen*, som er en avgjørelse fra skatteretten, trekker også i retning at drøftelsen knyttet seg til proformaregelen generelt, og ikke utelukkende til beslagsrettslig *proforma*. Også den juridiske litteraturen Høyesterett bygde på, omtaler proformaregelen på generelt grunnlag, og ikke bare i relasjon til dekningsloven § 2-2.³⁶³

Gjennomgangen viser at Høyesteretts uttalelser og fremgangsmåte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gir en klar anvisning på at to-trinns proformaregelen har *generell rekkevidde* som innsigelsesgrunn ved overdragelser av formuesgoder. I et foredrag under seminaret «Nytt i konkursretten 2020», uttalte imidlertid *Hans Fredrik Marthinussen* at «[d]et ... ikke [er] fritt frem å kaste objektiv *proforma* på enhver sak».³⁶⁴ Selv om uttalelsen har lav rettskildemessig vekt, aktualiserer den en undersøkelse av proformaregelens nærmere *rekkevidde*. Den metodiske innfallsvinkelen blir her å vurdere om det foreligger særskilte forhold som taler *imot* at to-trinns proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, skal anvendes i bestemte typetilfeller. Jeg starter med å drøfte proformaregelens rekkevidde i *beslagsrettslige tredjepartskonflikter* i punkt 4.2. Deretter vurderer jeg i punkt 4.3 om regelen kan anvendes også i *andre tredjepartskonflikter* enn de beslagsrettslige. Til slutt drøftes i punkt 4.4 proformaregelens rekkevidde i *forholdet mellom avtalepartene*.

4.2 Proformaregelens rekkevidde i beslagsrettslige tredjepartskonflikter

4.2.1 Introduksjon

Som nevnt i punkt 4.1 ovenfor, formulerte Høyesterett seg svært generelt om proformaregelens rekkevidde i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Når det gjelder regelens rekkevidde i *beslagsrettslige* tredjepartskonflikter, er det grunn til å legge *stor vekt* på Høyesteretts uttalelser, ettersom den bakenforliggende tvisten i avgjørelsen nettopp var en beslagsrettslig suksjonskonflikt, se punkt 2.3.4 ovenfor.³⁶⁵ Høyesterett utledet i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* proformaregelen av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2.³⁶⁶ I lys av bestemmelsens systematikk gir dette en klar anvisning på at to-trinns proformaregelen (i utgangspunktet) skal benyttes både i hjemmels- og suksjonskonflikten, og uavhengig av hvilket formuesgode den aktuelle tvisten omhandler, se punkt 2.2.3 ovenfor.³⁶⁷

³⁶³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 81-82. Uttalelsene i juridisk litteratur er nærmere omtalt i punkt 2.3.2 ovenfor.

³⁶⁴ Marthinussens uttalelse er sitert her: <https://juridika.no/innsikt/nytt-i-konkursretten-i-2020>. For ordens skyld vil jeg presisere at jeg verken deltok på seminaret selv, og heller ikke har etterprøvd sitatet på annen måte.

³⁶⁵ Se om konfliktsituasjoner og kollisjonsmodeller i punkt 1.5 ovenfor.

³⁶⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68. Se om *proforma* som utslag av dekningsloven § 2-2 i punkt 2.2.3 ovenfor.

³⁶⁷ Se om konfliktsituasjoner og kollisjonsmodeller i punkt 1.5 ovenfor.

At to-trinns proformaregelen som *utgangspunkt* skal benyttes ved proformainnsigelser i beslagsrettslige konflikter, utelukker imidlertid *ikke* at det finnes enkelte beslagsrettslige *type-tilfeller* hvor det er grunn til å anlegge en annen tilnærming til proformaregelen enn den Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Jeg har identifisert to type-tilfeller jeg mener det er grunn til å undersøke nærmere. I punktene 4.2.2 og 4.2.3 vil jeg derfor drøfte proformaregelens rekkevidde som innsigelsesgrunn ved overdragelser mellom henholdsvis *ektefeller* og *samboere*.

4.2.2 Overdragelser mellom ektefeller

Ved den generelle drøftelsen av om norsk rett opererer med en subjektiv eller en objektiv tilnærming til proformaregelen, uttalte Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* at overdragelser ved ektepakt står i en «særstilling», og derfor «ikke så lett kan bli normgivende for proformavurderingen i andre tilfeller».³⁶⁸ Uttalelsene tilsier at proformavurderingen ved ektepaksdisposisjoner er forskjellig fra øvrige situasjoner, og at dette typetilfellet derfor skal behandles etter den subjektive tilnærmingen som Høyesterett gav anvisning på i Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal*.³⁶⁹ Begrunnelsen for Høyesteretts standpunkt var at det i ordningen med ektepakt «ligger en forutsetning om at formuesoverføringer mellom ektefeller, også som rene gaver, skal respekteres selv om de – etter sakens natur – sjelden fører nevneverdige realitetsendringer med seg før det eventuelt kommer til brudd mellom ektefellene».³⁷⁰ På denne bakgrunn har Stortinget allerede vurdert, og tatt hensyn til, faren for kreditorskadelige disposisjoner, ved at det i ekteskapsloven stilles krav til notoritet og publisitet, samt at «ekteskapsloven § 51 oppstiller en særregel om kreditorbeskyttelse ved gaver som ytes når giveren er insolvent på gavetidspunktet».³⁷¹

Som nevnt i punkt 3.3 ovenfor, må det ved overdragelser mellom nærstående legges stor vekt på motivet bak overdragelsen og om faren for kreditorpågang var nærliggende, ettersom overdragelsen sjeldent fører med seg nevneverdige faktiske virkninger avtalepartene imellom.³⁷² Ettersom ekteskapsloven § 51 allerede ivaretar kreditorundragelsesrisikoen ved å stille krav om at skyldnerektefellen fortsatt var «utvilsomt solvent» på tidspunktet for overdragelsen, har Høyesteretts argumentasjonen *for* den objektive testen i proformaregelen *ikke* direkte

³⁶⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76.

³⁶⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76. I Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* på s. 905 fremholdt Høyesterett at ektepakten må «respekteres av ektefellenes kreditorer, såfremt det ikke finnes holdepunkter for at ektepakten ikke er reelt ment». Avgjørelsens faktum og rettslige problemstillinger er gjennomgått i punkt 2.3.3 ovenfor.

³⁷⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76.

³⁷¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76.

³⁷² Se om disse momentene i punktene 3.3.3, 3.3.5 og 3.3.6 ovenfor.

overføringsverdi til overdragelser mellom ektefeller.³⁷³ Likevel kan det innvendes at ekteskapsloven § 51 *ikke* har et like vidt nedslagsfelt som proformaregelen, ettersom det bare er kreditorer som «hadde en fordring på giveren» på tidspunktet for overdragelsen som er vernet av regelens anvendelsesområde. Skyldneren kan imidlertid ha hatt kreditorunndragelsesmotiv allerede ved etableringen av fordringen, og dersom den aktuelle overdragelsen mellom ektefellene ble foretatt like i forkant av dette tidspunktet, er *ikke* kreditor beskyttet av regelen i ekteskapsloven § 51.³⁷⁴ Dersom den objektive testen i proformaregelen *ikke* får anvendelse mellom ektefeller, har kreditor i det skisserte scenario et dårligere vern overfor kreditorskadelige disposisjoner enn mellom øvrige avtaleparter.

Etter at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* konkluderte med at det skal anlegges en objektiv tilnærming til proformaregelen, ble det understreket at «[e]ktepakter ... som nevnt [er] et særtilfelle».³⁷⁵ Når denne uttalelsen leses i sammenheng med argumentasjonen i premissene, er den mest nærliggende tolkningen at Høyesterett her stadfester at det *ikke* skal anlegges en objektiv proformavurdering ved overdragelser mellom ektefeller, og at disse er henvist til en *subjektiv* tilnærming.³⁷⁶

I etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* har problemstillingen blitt omtalt i juridisk litteratur. *Høgetveit Berg* mener at det for ektepakter «er ... grunn til å halde seg til ei subjektiv proformavurdering», ettersom «lovgjevaren [her har] vedteke eit særskilt system for å sikre notoriteten».³⁷⁷ Også *Henning Kristiansen* mener Høyesteretts uttalelser tyder på at «overdragelser som skjer ved ektepakt, skal vurderes etter en subjektiv regel».³⁷⁸

Gjennomgangen viser at argumentene stort sett trekker i samme retning. På denne bakgrunn er det, slik jeg ser det, god rettskildemessig dekning for at det skal anlegges en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen ved overdragelser gjennom ektepakt.³⁷⁹ Typetilfellet overdragelser mellom ektefeller utgjør dermed et *unntak* fra to-trinns proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

³⁷³ Se om den «objektive testen» i proformaregelen i punkt 3.2.3 ovenfor.

³⁷⁴ Se i samme retning Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 288.

³⁷⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 85.

³⁷⁶ Kristiansen (2020) s. 114, Høgetveit Berg (2021) s. 297 og Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 289.

³⁷⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 297.

³⁷⁸ Kristiansen (2020) s. 114.

³⁷⁹ Se om den subjektive tilnærmingen til proformaregelen i punkt 2.3 ovenfor.

4.2.3 Overdragelser mellom samboere

I etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* har *Kristiansen* problematisert hvorvidt «overdragelser mellom samboere [skal] vurderes på samme måte som overdragelser mellom ektefeller ved ektepakt, eller [om] slike overdragelser også [skal] prøves etter en objektiv proformaregel».³⁸⁰ Bakgrunnen for at *Kristiansen* problematiserer dette, er at han mener at det i «rettspraksis er ... lagt til grunn at Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* er relevant og skal legges til grunn også der overføringen av formuesgoder skjer mellom samboere».³⁸¹ Basert på disse avgjørelsene konkluderer *Kristiansen* med at «gjeldende praksis knyttet til samboeravtaler antakelig [bør] legges til grunn» inntil det foreligger en endelig avklaring av spørsmålet.³⁸² At *Kristiansen* her antyder at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* har oversett en sammenheng mellom overdragelser mellom henholdsvis ektefeller og samboere, aktualiserer en gjennomgang av de to avgjørelsene *Kristiansen* baserer sitt resonnement på.

Den første avgjørelsen *Kristiansen* mener begrunner anvendelsen av en subjektiv tilnærming også mellom samboere, er Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy*.³⁸³ Avgjørelsen omhandlet klage over utlegg tatt i en ideell halvpart av boligeiendom som tjente som felles bolig for to samboere, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 tredje ledd. Høyesteretts kjæremålsutvalg refererte ved to anledninger til Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal*.³⁸⁴ Likevel kan jeg *ikke* se at henvisningen kan tolkes slik *Kristiansen* antyder. Det kjæremålsutvalget utledet av Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* er tvert imot at tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 tredje ledd «bare får betydning så lenge spørsmålet om eier ikke er nærmere opplyst», og at namsmannen derfor «må ta stilling til eierforholdet ut fra det faktum som er opplyst».³⁸⁵ Det forhold at kjæremålsutvalget benyttet Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* som rettskilde i Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy*, kan etter dette ikke i seg selv tas til inntekt for at en subjektiv tilnærming til *proforma* skal anlegges mellom samboere, ettersom utvalgets argumentasjon ikke knyttes til proformas spørsmålet.

Den andre avgjørelsen *Kristiansen* viser til for å begrunne sitt standpunkt, er Rt. 2004 s. 256.³⁸⁶ Avgjørelsen omhandlet spørsmålet om det ved inndrivelse av en samboers gjeld, kan tas utlegg i en ideell andel av felles bolig som den andre samboer er hjemmelshaver til, jf.

³⁸⁰ Kristiansen (2020) s. 114.

³⁸¹ Kristiansen (2020) s. 113. Se også s. 109: «Det er videre lagt til grunn at de samme retningslinjene for proformavurderingen også gjelder ved overdragelser mellom samboere, selv om disse ikke skjer ved ektepakt».

³⁸² Kristiansen (2020) s. 114.

³⁸³ Kristiansen (2020) s. 109 og 113 (fotnoter).

³⁸⁴ Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy* på s. 587-588.

³⁸⁵ Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy* på s. 587-588.

³⁸⁶ Kristiansen (2020) s. 109 og 113 (fotnoter).

tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 tredje ledd. Kjæremålsutvalget viste også her til uttalelser i Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal*.³⁸⁷ På samme måte som i Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy*, omhandlet imidlertid argumentene forståelsen av tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 tredje ledd, og *ikke* proformavurderingen mellom ektefeller eller samboere.³⁸⁸ På denne bakgrunn kan jeg ikke se at rettspraksis har lagt opp til at den samme proformavurderingen som det gis anvisning på i Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal*, skal anvendes også mellom samboere.³⁸⁹

Riktig nok er det flere likheter ved overdragelser mellom henholdsvis ektefeller og samboere, som (potensielt) *kan* begrunne at det skal anlegges en tilsvarende proformavurdering i begge typetilfellene. Først og fremst har Høyesteretts argumentasjon om at overdragelser mellom ektefeller «etter sakens natur ... sjelden fører nevneverdige realitetsendringer med seg før det eventuelt kommer til brudd mellom ektefellene», overføringsverdi til overdragelser mellom samboere, se punkt 4.2.2 ovenfor.³⁹⁰ Likevel skiller overdragelser mellom samboere seg fra overdragelser mellom ektefeller på minst to måter. Det stilles for det første *ikke* krav om ektepakt (eller tilsvarende) for at overdragelsen skal stå seg overfor samboerens kreditorer. For det andre finnes det *ikke* en hjemmel for at enkeltfølgende kreditor kan tilbakeføre gaven hos mottakersamboeren, slik ekteskapsloven § 51 hjemler i ekteskapsforhold.³⁹¹ Høyesteretts argumentasjon om at notoritets- og publisitetshensyn allerede er ivaretatt gjennom reglene om ektepakt, og at det derfor ikke er behov for den objektive testen i proformaregelen mellom ektefeller, har derfor *ikke* overføringsverdi til proformavurderingen mellom samboere, se punkt 4.2.2 ovenfor.³⁹² Også *Høgetveit Berg* mener at det for overdragelser mellom samboere «ikkje [er] grunn til å gjera unntak frå den objektive varianten på den same måten» som for ektepakter.³⁹³

Gjennomgangen viser at *Kristiansens* argumentasjon for at det skal anlegges en subjektiv proformavurdering også mellom samboere, trolig bygger på en feilslutning av Høyesteretts bruk av Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* i avgjørelser om *proforma* mellom samboere. Dessuten ble *ikke* overdragelser mellom samboere, i motsetning til ektefeller, trukket frem som et «særtilfelle» i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.³⁹⁴ Ettersom heller ikke jeg kan finne noen

³⁸⁷ Rt. 2004 s. 256 avsnittene 18 og 21.

³⁸⁸ Rt. 2004 s. 256 avsnittene 18 og 21.

³⁸⁹ Se i samme retning Høgetveit Berg (2021) s. 297 (fotnote).

³⁹⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76.

³⁹¹ Ved konkurs vil en gave etter omstendighetene kunne omstøtes etter reglene i dekningsloven § 5-2 eller § 5-9, men her skiller det ikke mellom overdragelser mellom samboere eller ektefeller.

³⁹² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 76. Se også Kristiansen (2020) s. 113.

³⁹³ Høgetveit Berg (2021) s. 297 (fotnote).

³⁹⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 76 og 85. Se også punkt 4.2.2 ovenfor.

tungtveiende argumenter som taler *for* denne løsningen, mener jeg at det har formodningen *mot* seg å anvende en subjektiv tilnærming til proformaregelen mellom samboere. Typetilfellet overdragelser mellom samboere utgjør derfor *ikke* et unntak fra to-trinns proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

4.3 Proformaregelens rekkevidde i tredjepartskonflikter utenfor beslagsretten

4.3.1 Introduksjon

I punkt 4.3 er problemstillingen om to-trinns proformaregelen Høyesterett oppstilte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, også gjelder i *tredjepartskonflikter utenfor beslagsretten*.³⁹⁵ Av mange tredjeparter som etter omstendighetene kan fremme proformainnsigelse, kan nevnes skattemyndighetene, en odelsberettiget, en arveberettiget og politi- og påtalemyndighetene.³⁹⁶ Som nevnt i punkt 4.1 ovenfor, formulerte Høyesterett seg svært generelt om proformaregelens rekkevidde i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, og impliserte dermed at to-trinns proformaregelen gjelder også *utenfor beslagsretten*. Høyesterett fremhevet dessuten at *proforma* som ugyldighetsgrunn «først og fremst [er] gitt for å beskytte tredjeperson», og at det derfor fremstår «nærliggende å ta hensyn til dette ved utformingen av proformaregelen».³⁹⁷ At Høyesterett her brukte betegnelsen «tredjeperson», og ikke «kreditor», trekker i retning at regelen kan anvendes også i tredjepartskonflikter utenfor beslagsretten.

Videre virker *Høgetveit Berg* å mene at to-trinns proformaregelen skal anvendes også utenfor beslagsretten. I etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* uttaler *Høgetveit Berg* at «proformaomgrepet ... i kjernen [er] det same i heile rettssystemet», og at rettsvirkningen av *proforma* «i utgangspunktet [gjeld] både inter partes og overfor kreditorane – og overfor andre tredjemenn» (min utheving).³⁹⁸ Rettspolitisk bygger dessuten den objektive tilnærmingen til proformaregelen på den generelle begrunnelsen at det ikke kan tillates at avtalepartene gjennom formelle disposisjoner skaffer seg fordeler overfor kreditorer, skattemyndighetene, arvinger eller andre tredjeparter, uten at disposisjonen samtidig pålegger avtalepartene visse forpliktelser.³⁹⁹

Før problemstillingen eventuelt kommer på spissen i en fremtidig høyesterettsavgjørelse, er det ikke mulig å trekke en sikker konklusjon på hvilken tilnærming til proformaregelen som skal

³⁹⁵ Se proformaregelens systematikk og overordnede vurderingstema i punkt 3.2 ovenfor.

³⁹⁶ Se særlig punktene 1.1 og 2.2.2 ovenfor.

³⁹⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 83. Se også punkt 2.3.4 ovenfor.

³⁹⁸ *Høgetveit Berg* (2021) s. 275 og 276.

³⁹⁹ Se tilsvarende i *Høgetveit Berg* (2021) s. 283.

anlegges i en tredjepartskonflikt utenfor beslagsretten. Den metodiske innfallsvinkelen for denne drøftelsen blir derfor å undersøke om det er noen *betenkeligheter* ved ukritisk å anvende to-trinns proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, også utenfor beslagsretten. Jeg har identifisert to tredjemannsregler utenfor beslagsretten med kontaktflater til proformaregelen, henholdsvis *grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner* i arveretten, samt den skatterettslige *omgåelsesregelen*. I punktene 4.3.2 og 4.3.3 vil jeg undersøke innholdet i disse to regelsettene, og vurdere proformaregelens rekkevidde som *alternativ* eller *supplerende* innsigelsesgrunn i de aktuelle konfliktsituasjonene. Den generelle redegjørelsen for de to regelsettene begrenses til det som er nødvendig for å vurdere proformaregelens rekkevidde på disse områdene.⁴⁰⁰

4.3.2 Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner

På samme måte som ved avtaler ellers, er utgangspunktet for en fremtidig arvelater at han i levende live fritt kan disponere over sine formuesgoder.⁴⁰¹ Ønsker han derimot at *virkningene* av disposisjonen først skal inntre etter sin død, er disposisjonsadgangen underlagt visse begrensninger og formkrav i medhold av arve- og skifteloven. Etter arvelovens system er det to grunnlag for arv: Arv i kraft av lovens bestemmelser (legalarv) og arv som følge av en testamentarisk disposisjon (testamentarv).⁴⁰² Dersom en fremtidig arvelater vil fravike arvelovens «normalordning» med legalarv, og heller selv bestemme hvem som skal arve ham, hva vedkommende skal arve, og eventuelle betingelser knyttet til arven, må dette fastsettes i testament, jf. arveloven § 40 første ledd. Regelen innebærer at testament er nødvendig ved såkalte «dødsdisposisjoner», mens det *ikke* er nødvendig ved såkalte «livsdisposisjoner».⁴⁰³ Spørsmålet om en disposisjon innebærer en livsdisposisjon eller en dødsdisposisjon, er derfor av avgjørende betydning for om testamentreglene i arveloven får anvendelse. Den rettslige vurderingen av dette omtales gjerne som «grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner».⁴⁰⁴ Grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner var inntil nylig ulovfestet rett, utviklet gjennom høyesterettspraksis og juridisk litteratur.⁴⁰⁵ Fra 1. januar 2021 er regelen lovfestet i arveloven § 40 annet ledd. Av arvelovens forarbeider fremgår det at bestemmelsen er ment å

⁴⁰⁰ For en inngående redegjørelse av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner i arveretten henvises leseren til NOU 2014: 1, jf. Prop. 107 L (2017-2018), samt John Asland (2021) s. 195-211. For en inngående redegjørelse av den skatterettslige omgåelsesregelen henvises leseren til NOU 2016: 5, jf. Prop. 98 L (2018-2019) og Innst. 24 L (2019-2020), samt Zimmer (2021) s. 65-102.

⁴⁰¹ Se om avtalerettslige utgangspunkter i punkt 2.2.1 ovenfor.

⁴⁰² Asland (2021) s. 195.

⁴⁰³ Asland (2021) s. 195.

⁴⁰⁴ Prop. 107 L (2017-2018) s. 296 og Asland (2021) s. 195.

⁴⁰⁵ Asland (2021) s. 196.

kodifisere, tydeliggjøre og presisere tidligere gjeldende rett.⁴⁰⁶ Dette innebærer at også rettsavgjørelser i forkant av lovfestingen er retningsgivende for tolkningen og anvendelsen av bestemmelsen.⁴⁰⁷

Arveloven § 40 annet ledd lyder slik:

«En dødsdisposisjon må fremgå av et testament for å være gyldig. Som dødsdisposisjon regnes avtale og gave som verken hadde eller var ment å ha realitet for arvelateren i hans eller hennes levetid. Dette gjelder blant annet gave fra en giver som snart skal dø, og som vet det».

Bestemmelsens systematikk innebærer at det gis en legaldefinisjon av *dødsdisposisjon* i annet ledd annet punktum. Dersom disposisjonen *ikke* omfattes av denne legaldefinisjonen, utgjør den en *livsdisposisjon*, med den virkning at disposisjonen *ikke* må følge testamentsreglene for å være gyldig. Det avgjørende for at disposisjonen innebærer en dødsdisposisjon, og dermed *er* underlagt testamentsreglene, er at disposisjonen «verken hadde eller var ment å ha realitet» mens arvelateren fremdeles lever, jf. arveloven § 40 annet ledd annet punktum.

Umiddelbart synes «vilkårssiden» av bestemmelsen å ha klare likhetstrekk med proformaregelen, ettersom begge vurderingene sentrerer rundt begrepet «realitet».⁴⁰⁸ Ordlyden «verken hadde eller var ment å ha realitet» tilsier imidlertid at det er *to alternative måter* en disposisjon kan kategoriseres som dødsdisposisjon. For det første utgjør en disposisjon en dødsdisposisjon når den ikke «hadde ... realitet» mens arvelateren fremdeles levde (faktisk realitet), og for det andre når disposisjonen ikke «var ment å ha realitet» for arvelateren i levende live (intendert realitet), jf. arveloven § 40 annet ledd annet punktum.⁴⁰⁹ Basert på ordlyden er det forskjell mellom realitetsvurderingen i proformaregelen og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, ettersom intendert realitet *ikke* er tilstrekkelig for at overdragelsen skal bli stående som gyldig etter to-trinns proformaregelen, se punkt 3.2 ovenfor. Av arvelovens forarbeider fremgår det imidlertid at ordlyden i arveloven § 40 annet ledd bare utgjør et utgangspunkt, og at avgjørelsen om en disposisjon innebærer en livs- eller dødsdisposisjon, beror på «en helhetlig og konkret vurdering både av hvilken realitet disposisjonen rent faktisk fikk for arvelateren, og av hvilken realitet som var ment».⁴¹⁰ Det forhold at realitetsvurderingen i arveloven § 40 annet ledd annet

⁴⁰⁶ NOU 2014: 1 s. 93 og Prop. 107 L (2017-2018) s. 296.

⁴⁰⁷ NOU 2014: 1 s. 197-198, Prop. 107 L (2017-2018) s. 296 og Asland (2021) s. 201.

⁴⁰⁸ Se om realitetsbegrepet i proformaregelen i punkt 3.2.3 ovenfor.

⁴⁰⁹ Asland (2021) s. 202: "Lovens formulering likestiller faktisk realitet og intendert realitet".

⁴¹⁰ Prop. 107 L (2017-2018) s. 296. Se også Asland (2021) s. 201.

punktum beror på «en helhetlig og konkret vurdering» tilsier stor grad av sammenfallende vurderingstema med den objektive testen i proformaregelen, hvor den sammenlignbare formuleringen er «en helhetlig vurdering», se punkt 3.2.3 ovenfor.

Også på «følgessiden» er det klare likhetstrekk mellom *proforma* og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Årsaken til at det oppstår tvist om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner, er (normalt) at testamentsreglene *ikke* er fulgt. Rettsvirkningen av at overdragelsen utgjør en dødsdisposisjon, er derfor at overdragelsen *ikke* er gyldig, jf. arveloven § 40 annet ledd første punktum. Konsekvensen er at formuesgodet må tilbakeføres til avdødes dødsbo, og deretter fordeles på de arveberettigede etter arvelovens regler.⁴¹¹ Også ved en eventuell anvendelse av proformaregelen ville rettsvirkningen vært at overdragelsen mellom avhender og erverver er ugyldig, og at formuesgodet derfor må tilbakeføres til avhender (dødsboet), se punkt 2.2.2 ovenfor.

Gjennomgangen viser at det *er* klare likhetstrekk mellom proformaregelen og grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. På «vilkårssiden» beror begge regelsettene på en konkret helhetsvurdering, hvor vurderingstemaet er disposisjonens «realitet», og hvor sentrale momenter i realitetsvurderingen er formålet bak disposisjonen og de virkninger denne har fått for avhender og erverver.⁴¹² Likevel er det enkelte forskjeller mellom regelsettene. Til forskjell fra proformaregelen, åpner som nevnt arveloven § 40 annet ledd for at også «ment realitet» kan få selvstendig betydning for om disposisjonen er gyldig eller ikke.⁴¹³ En ytterligere forskjell mellom regelsettene er hvem som står i fokus i realitetsvurderingen. Mens det i proformavurderingen er et spørsmål om overdragelsen har hatt realitet «for partene», beror vurderingen av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner på realiteten «for arvelater», se arveloven § 40 annet ledd annet punktum.⁴¹⁴ Dette har likevel neppe noen praktisk betydning, ettersom en realitetsendring for arvelater normalt fører til en tilsvarende endring hos mottakeren. Rettsvirkningen av begge regelsettene er at overdragelsen er ugyldig, og at formuesgodet derfor må tilbakeføres til arvelaters/avdødes dødsbo. Ettersom det ikke finnes noen høyesterettsavgjørelser som avklarer problemstillingen, kan det ikke med sikkerhet slås fast om en arving kan påberope to-trinns proformaregelen som et *alternativ* til, eller som *supplement* til arveloven § 40 annet ledd. Likevel har det, etter mitt skjønn, *formodningen mot seg* at proformaregelen

⁴¹¹ Asland (2021) s. 195-196.

⁴¹² Se punktene 3.2.3, 3.3.3 og 3.3.6 ovenfor.

⁴¹³ Asland (2021) s. 202.

⁴¹⁴ Se i samme retning Asland (2021) s. 203. Se også punkt 3.2.3 ovenfor.

kan anvendes som alternativ eller supplerende innsigelsesgrunn i disse konfliktsituasjonene.⁴¹⁵ Årsaken er at arveloven § 40 annet ledd uttrykkelig hjemler en ugyldighetsregel som ivaretar tredjeparters interesser i disse typetilfellene, samt at det langt på vei er sammenfallende vurderingstema og rettsvirkninger for de to regelsettene.

4.3.3 Den skatterettslige omgåelsesregelen

En skattyter kan som utgangspunkt legitimt innrette sin rettsstilling slik at skatten blir lavest mulig.⁴¹⁶ Skattleggingen foretas derfor som hovedregel i samsvar med privatrettslige regler og begreper.⁴¹⁷ En sentral del av rettsanvendelsen for skattemyndighetene er å *fastlegge skattyters privatrettslige forhold*.⁴¹⁸ Skattemyndighetene må blant annet ta stilling til om eventuelle avtaler er gyldige, jf. skatteforvaltningsloven § 12-1. Utgangspunktet om at privatrettslige begreper og transaksjonsmønstre legges til grunn for beskatningen gjelder imidlertid *ikke* unntaksfritt.⁴¹⁹ Én regel som innskrenker dette utgangspunktet, er den *skatterettslige omgåelsesregelen*. Bestemmelsen gjør det mulig for skattemyndighetene å *fravike* privatrettslige begreper og transaksjonsmønstre, slik at det blir andre skatterettslige virkninger enn det privatrettslige forholdet skulle tilsi.⁴²⁰ Omgåelsesregelen er utviklet gjennom langvarig høyesterettspraksis, men ble med virkning fra 1. januar 2020 lovfestet i skatteloven § 13-2.⁴²¹ Systematikken i omgåelsesregelen er «et grunnvilkår og en totalvurdering».⁴²² Grunnvilkåret er at «hovedformålet [med disposisjonen] var å oppnå en skattefordel», jf. skatteloven § 13-2 annet ledd bokstav a. Dette utgjør et nødvendig, men *ikke* tilstrekkelig vilkår for at omgåelsesregelen skal komme til anvendelse.⁴²³ I tillegg kreves det at «disposisjonen ... etter en totalvurdering ikke kan legges til grunn for beskatningen», jf. skatteloven § 13-2 annet ledd bokstav b.⁴²⁴ Dersom rettsanvenderen, fortrinnsvis skattemyndighetene, etter en totalvurdering finner at disposisjonen *ikke* kan legges til grunn for beskatningen, er rettsvirkningen at disposisjonen skal skattlegges «på en måte som reflekterer det økonomiske innholdet», jf. skatteloven § 13-2 fjerde ledd.

⁴¹⁵ Se i samme retning Klungesøyr Kristiansen (2020) s. 302.

⁴¹⁶ Ragnar Knoph, Harald Irgens-Jensen og Mads Andenæs (2019) s. 617 og Zimmer (2021) s. 65.

⁴¹⁷ Zimmer (2021) s. 65, jf. s. 52-53.

⁴¹⁸ Zimmer (2021) s. 52-55.

⁴¹⁹ Knoph, Irgens-Jensen og Andenæs (2019) s. 617 og Zimmer (2021) s. 52-55 og 65.

⁴²⁰ Zimmer (2021) s. 67.

⁴²¹ Zimmer (2021) s. 68.

⁴²² Rt. 2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39.

⁴²³ Rt. 2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39.

⁴²⁴ Skatteloven § 13-2 tredje ledd oppstiller en *ikke uttømmende* liste vurderingsmomenter for totalvurderingen.

Umiddelbart synes omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 å ha klare likhetstrekk med to-trinns proformaregelen Høyesterett oppstilte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Etter skatteloven § 13-2 annet ledd bokstav a er som nevnt et første vilkår for skatterettslig omgåelse at disposisjonens «hovedformål» var å oppnå en skatterettslig fordel. Formålet bak overdragelsen er riktignok *ikke* et selvstendig vilkår etter proformaregelen, men utgjør et sentralt moment i helhetsvurderingen, se punktene 3.3.3 og 3.3.4 ovenfor. På «vilkårssiden» beror også omgåelsesregelen, i likhet med proformaregelen, på en «totalvurdering», jf. annet ledd bokstav b. Også ved opplistingen av de relevante momentene i totalvurderingen er det flere likhetstrekk med proformaregelen, se skatteloven § 13-2 tredje ledd. Det skal blant annet legges vekt på disposisjonens *virksomheter* (bokstav a), de *fordeler* disposisjonen medfører (bokstav b) og om disposisjonen var en *hensiktsmessig* vei for å oppnå det bakenforliggende formålet, eller om formålet kunne vært oppnådd på en mer hensiktsmessig måte (bokstavene c og d). Heller ikke for den skatterettslige omgåelsesregelen er de opplistede momentene uttømmende angitt, jf. formuleringen «blant annet» i tredje ledd.⁴²⁵ Ved første øyekast synes også *rettsvirkningene* av skatterettslig omgåelse å ha klare likhetstrekk med proformaregelen. Som nevnt i punkt 2.2.2 ovenfor, er rettsvirkningen av at en avtale er *proforma*, at denne avtalen ses bort fra, mens den reelle avtalen legges til grunn som gjeldende mellom avtalepartene. Ved anvendelsen av omgåelsesregelen er rettsvirkningen at «[s]kattleggingen ... skal finne sted som om disposisjonen eller disposisjonene var gjennomført på en måte som reflekterer det økonomiske innholdet», jf. skatteloven § 13-2 fjerde ledd. Rettsvirkningen av begge regelsettene er derfor at det reelle forholdet skal legges til grunn, henholdsvis for det privatrettslige forholdet og beskatningen.

På bakgrunn av disse likhetene mellom regelsettene kan det spørres om omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 allerede ivaretar de hensyn som den objektive testen i proformaregelen er ment å beskytte, og at det derfor bør anlegges en *subjektiv* proformaregel i skatterettslige tredjepartskonflikter. Juridisk litteratur i etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* kan tolkes i denne retning.⁴²⁶ Høgetveit Berg uttaler at man i skatteretten bør «avgrense bruken av ‘proforma’ til subjektiv proforma», ettersom man «[i] staden for objektiv proforma opererer ... med ‘omgåing’».⁴²⁷ Også Klungøy Kristiansen uttaler at «det er vanskelig å se for seg hvordan den objektive proformaregelen skal plasseres på rettsområdet», ettersom «man [i skatteretten] har en regel som fanger opp tilfeller der en skattyter søker å omgå skattereglene, og der man i

⁴²⁵ Se i samme retning Zimmer (2021) s. 76.

⁴²⁶ Se særlig Klungøy Kristiansen (2020) s. 302 og Høgetveit Berg (2021) s. 292.

⁴²⁷ Høgetveit Berg (2021) s. 292.

tillegg ser hen til disposisjonens virkninger».⁴²⁸ Forfatterne har imidlertid *ikke* gitt noen nærmere begrunnelse for sine standpunkt. Etter mitt skjønn er det grunn til å drøfte denne tematikken mer inngående. Jeg vil derfor undersøke forholdet mellom den skatterettslige omgåelsesregelen og proformaregelen, for å vurdere proformaregelens rekkevidde på skatterettens område.

I skattelovens forarbeider sondres det tydelig mellom omgåelse og *proforma*, jf. uttalelsene om at «[f]enomenet omgåelse av skatteregler må holdes atskilt fra skatteunndragelse», og at «[p]roforma kan anes som en undergruppe av skatteunndragelse».⁴²⁹ At omgåelse og *proforma* holdes atskilt i forarbeidene, trekker i retning at proformaregelen *kan* anvendes uavhengig av omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2. Det er imidlertid *ikke* opplagt om henvisningen til *proforma* knytter seg til en subjektiv eller en objektiv tilnærming til proformaregelen. *Proforma* i skatterettslig forstand beskrives slik i NOU 2016: 5 s. 12:

«Det karakteristiske for pro forma-tilfellene er at skattyteren utad skilter med en rettslig form som ikke skal gjelde privatrettslige. Det hevdes f.eks. at en aksjepost er solgt fra A til B, mens det mellom partene er klart at A fortsatt er eier. Skattyteren gir altså uriktige opplysninger om det privatrettslige rettsforhold».

Det er ikke åpenbart om denne beskrivelsen av *proforma* best harmonerer med en subjektiv eller en objektiv tilnærming. I første setning beskrives *proforma* som at den rettslige formen ikke skal gjelde partene imellom, noe som *er* forenelig med en objektiv tilnærming. I neste setning eksemplifiseres imidlertid dette med at «det mellom partene er klart» at avhender fortsatt er eier, noe som best forstås som en subjektiv tilnærming. Også *Frederik Zimmer* hevder at omgåelsesspørsmålet må holdes adskilt fra proformas spørsmålet.⁴³⁰ *Zimmer* beskriver *proforma* som tilfeller hvor «den rettslige form som partene skilter med utad, ikke skal gjelde dem imellom», og fremhever at proformavurderingen «i det vesentlige [er] et bevissspørsmål».⁴³¹ At *Zimmer* anser *proforma* som et bevissspørsmål, trekker i retning at det skal anlegges en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen i skatteretten.

Så langt tilsier rettskildene at det *er* rom for proformaregelen også på skatterettens område. Forutsetningen synes imidlertid å være at det skal anlegges en *subjektiv* tilnærming til

⁴²⁸ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 302.

⁴²⁹ NOU 2016: 5 s. 12.

⁴³⁰ Zimmer (2021) s. 65.

⁴³¹ Zimmer (2021) s. 65. Se i samme retning Knoph, Irgens-Jensen og Andenæs (2019) s. 617: "Sier partene noe annet utad enn det som gjelder innad, må det reelle forhold mellom partene legges til grunn (pro forma)".

proformaregelen, hvor det avgjørende er hva partene mente med disposisjonen. Likevel kan det spørres om de skatterettslige rettskildene har hensyntatt den *utviklingen* som har skjedd i relasjon til proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.⁴³² Dessuten kan det tenkes at skattemyndighetene uansett må vurdere realiteten av disposisjonene for å fastlegge skattyters privatrettslige forhold, til tross for at denne vurderingen ikke *omtales* som *proforma*.⁴³³

I tillegg til forholdet mellom omgåelse og (subjektiv) *proforma*, sonderer skattelovens forarbeider mellom omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2, og en vurdering av «hva som er den rette privatrettslige karakteristikken av et rettsforhold».⁴³⁴ Det påpekes at dette utgjør «en del av den ordinære rettsanvendelsen i skattesaker og er altså *ikke* basert på anvendelsen av noen omgåelsesnorm» (min utheving).⁴³⁵ Utvalget mener at spørsmålet om rette privatrettslige karakteristikker «skal avgjøres etter ordinær juridisk metode, herunder normene om avtale-tolkning».⁴³⁶ Slik jeg leser forarbeidsuttalelsene, oppstilles det et tydelig skille mellom omgåelsesreglen i skatteloven § 13-2, og tilfeller hvor man gjennom alminnelig juridisk metode *tolker* disposisjonen for å fastslå hva som er den rettslige *realiteten* av denne. En vurdering av rette privatrettslige karakteristikker er derfor *noe annet* enn både (subjektiv) *proforma* og den skatterettslige omgåelsesregelen.

Etter mitt skjønn er det oppsiktsvekkende likheter mellom det som i skatteretten omtales som en vurdering av rette privatrettslige karakteristikker, og den objektive testen i proformaregelen.⁴³⁷ Begge disse vurderingene innebærer at rettsanvenderen må ta stilling til hva som er den *privatrettslige realiteten* av disposisjonen, hvor partsviljen *ikke* er det avgjørende vurderings-temaet.⁴³⁸ Det forhold at denne vurderingen i skatteretten (fortsatt) er utskilt som en separat vurdering, i stedet for å være «inkorporert» i proformaregelen, kan *ikke* være avgjørende. I *praksis* finnes derfor den «objektive testen» i proformaregelen allerede i skatterettslige tredjepartskonflikter, riktig nok under et annet navn. Hvorvidt man i etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* også i skatteretten «inkorporerer» denne vurderingen i en to-trinns

⁴³² Se om avklaringen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* i punkt 2.3.4 ovenfor.

⁴³³ Sammenlign med argumentasjonen til Sandvik (1967) s. 61 og Sverdrup (2013) s. 10-11 i relasjon til *proforma*, se punkt 2.3.2 ovenfor.

⁴³⁴ NOU 2016: 5 s. 12.

⁴³⁵ NOU 2016: 5 s. 12-13. Se også Zimmer (2021) s. 66: "Å finne frem til den rette karakteristikken av et rettsforhold, er en del av ordinær lovtolkning; man trenger ikke en omgåelsesnorm for å foreta denne vurderingen".

⁴³⁶ NOU 2016: 5 s. 13.

⁴³⁷ Se om den «objektive testen» i to-trinns proformaregelen i punkt 3.2.3 ovenfor.

⁴³⁸ Dette harmonerer med argumentasjonen til Sandvik (1967) s. 61 og Sverdrup (2013) s. 10-11 i relasjon til *proforma*, se punkt 2.3.2 ovenfor.

proformaregel, eller om vurderingen (fortsett) holdes atskilt under betegnelsen rette privatrettslige karakteristik, er av underordnet betydning. *Poenget* er at to-trinns proformaregelen i *praksis* allerede eksisterer i skatteretten.

Spørsmålene som da reiser seg, er i hvilke situasjoner omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 kommer til anvendelse, samt hva som skiller to-trinns proformaregelen fra den skatterettslige omgåelsesregelen.

I skattelovens forarbeider fremheves det at omgåelsesregelen først kommer til anvendelse «hvor det er tale om å rekarakterisere det privatrettslige rettsforholdet, dvs. *legge til grunn et annet privatrettslig forhold enn det som privatrettslig gjelder*» (min utheving).⁴³⁹ Skatteloven § 13-2 hjemler derfor «en rettsanvendelsesnorm som kommer *i tillegg* til det som følger av den ordinære lovtolkningen basert på alminnelig juridisk metode» (min utheving).⁴⁴⁰ Omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 er dermed noe som kan *supplere* en (subjektiv) proformavurdering og en vurdering av rette privatrettslige karakteristik. På bakgrunn av de nevnte grensdragningene mot både (subjektiv) *proforma* og vurderingen av rette privatrettslige karakteristik, understrekes det i forarbeidene at «spørsmålet skal drøftes under omgåelsesnormen overalt hvor det er aktuelt å *fravike* for skatteformål en disposisjon eller et transaksjonsmønster som *er* privatrettslig gyldig» (mine uthevninger).⁴⁴¹ Det man i praksis tar stilling til gjennom en to-trinns proformavurdering, er nettopp *hva som privatrettslig gjelder* mellom avtalepartene.⁴⁴² Skillet mellom proformaregelen og omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 er dermed at proformavurderingen foretas for å fastslå *om* disposisjonen privatrettslig sett er gyldig, mens den skatterettslige omgåelsesregelen foretas for å bestemme om det skal skattlegges *til tross for* at disposisjonen privatrettslig sett er gyldig. Det kan kanskje sies at omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2 befinner seg på et annet «nivå» enn proformaregelen.

Følgende tenkte scenario kan illustrere forholdet mellom den objektive (to-trinns) proformaregelen og den skatterettslige omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2: En far kjøper en leilighet for at sønnen hans skal bo i denne i studietiden. I løpet av årene faren eier boligen er det høy boligprisvekst. Ettersom faren selv *ikke* har bodd i leiligheten i 12 av de siste 24 månedene, blir en eventuell gevinst ved boligsalg skattepliktig, jf. skatteloven §§ 5-20 (1) og 9-3 (2). I et forsøk på å unngå skatteplikt på gevinsten av boligsalget, overdrar faren leiligheten til sønnen for samme beløp han selv kjøpte den for, omkring ett år før boligen skal selges til tredjepart. Ettersom faren *ikke* har gevinst på boligsalget til sønnen, slipper han å betale skatt. Ett år etter at sønnen fikk leiligheten overført til seg,

⁴³⁹ NOU 2016: 5 s. 13.

⁴⁴⁰ NOU 2016: 5 s. 14.

⁴⁴¹ NOU 2016: 5 s. 15.

⁴⁴² Se nærmere om *proforma* som ugyldighetsgrunn i punkt 2.2.2 ovenfor.

legges denne ut for salg til et betydelig høyere beløp enn sønnen selv betalte for leiligheten. Ettersom sønnen selv *har* bodd i leiligheten de siste 12 månedene, vil også boligsalget til tredjepart være unntatt gevinstbeskatning, jf. skatteloven § 9-3 (2). Avhengig av de nærmere omstendighetene i dette scenarioet kan skattemyndighetene påberope den objektive proformaregelen og/eller den skatterettslige omgåelsesregelen som grunnlag for (likevel) å kunne skattlegge boligsalget til tredjepart. Dersom overdragelsen i privatrettslig forstand har hatt liten privatrettslig *realitet* mellom far og sønn (faren er den som indirekte står for nedbetalingen av boliglånet, faren fortsetter som styremedlem i borettslaget og faren står for vedlikeholdskostnader og felleskostnader etc.), kan skattemyndighetene etter omstendighetene få medhold i at faren i privatrettslig forstand fortsatt *eier* boligen på bakgrunn av en objektiv proformavurdering, se punkt 3.2 ovenfor. I slike tilfeller er det *ikke* nødvendig med den skatterettslige omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2. Hvis overdragelsen derimot *har* hatt tilstrekkelig realitet i privatrettslig forstand, slik at den objektive proformaregelen *ikke* kan anvendes, kan den skatterettslige omgåelsesregelen etter omstendighetene *likevel* komme til anvendelse. Ved anvendelse av den skatterettslige omgåelsesregelen erkjennes det at sønnen i privatrettslig forstand *er* eier av boligen. Likevel skattlegges disposisjonen(e) som om boligsalget skjedde direkte fra far til tredjepart, ettersom hovedformålet bak overdragelsen fra far til sønn var å oppnå en skattefordel, og at denne disposisjonen etter en helhetsvurdering ikke er beskyttelsesverdig i skatterettslig forstand, se skatteloven § 13-2 (2). Enkelte vil kanskje innvende at det *i praksis* ikke er noen forskjell mellom rettsvirkningen av de to regelsettene, og at det derfor er *unaturlig* å operere med *både* objektiv *proforma* og den skatterettslige omgåelsesregelen. Dette er imidlertid *ikke* riktig. Ved anvendelsen av den objektive proformaregelen er rettsvirkningen at faren i privatrettslig forstand fremdeles *eier* boligen. Som følge av dette vil faren ha et vindikasjonskrav på tredjeparten som kjøpte leiligheten fra sønnen, med mindre tredjeparten har ekstingvert farens innsigelse i medhold av reglene om godtroerverv. Anvendes derimot den skatterettslige omgåelsesregelen i skatteloven § 13-2, legges det til grunn at *sønnen* eide leiligheten ved salget til tredjepart, men at overdragelsen likevel skal *skattlegges* som om salget skjedde direkte fra far til tredjepart. Rettsvirkningene av de to regelsettene er derfor vesensforskjellig, ettersom tredjeparten (eventuelt) erverver eiendomsrett på ekstinktivt grunnlag ved anvendelsen av proformaregelen, mens han erverver eiendomsrett på derivativt grunnlag ved anvendelsen av den skatterettslige omgåelsesregelen, se punkt 1.4.3 ovenfor.

Gjennom en proformavurdering tar som nevnt rettsanvenderen stilling til den privatrettslige gyldigheten av disposisjonen, mens han gjennom den skatterettslige omgåelsesregelen tar stilling til om det skal skattlegges på en *annen* måte enn det privatrettslige forholdet skulle tilsi. Jeg mener derfor, i motsetning til *Høgetveit Berg* og *Klungesøyr Kristiansen*, at det *er* plass til to-trinns proformaregelen på skatterettens område. At «man [i skatteretten] har en regel som fanger opp tilfeller der en skattyter søker å omgå skattereglene, og der man i tillegg ser hen til disposisjonens virkninger», er etter mitt skjønn ikke en tilfredsstillende begrunnelse for å begrense to-trinns proformaregelens anvendelsesområde i skatterettslige tredjeparts-

konflikter.⁴⁴³ I den anledning vil jeg trekke frem Høyesteretts egen argumentasjon i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*:

«At ett av flere sentrale hensyn også bak omstøtelsesreglene er å hindre kreditorunndragelse, utelukker ikke at dette motivet også kan inngå i vurderingen etter andre rettsregler. Omstøtelsesreglene har egne vilkår og egne rettsvirkninger, forskjellig fra *proforma*».⁴⁴⁴

Selv om sitatet direkte knytter seg til *proformaregelens* forhold til de beslagsrettslige *omstøtelsesreglene*, har uttalelsen etter mitt skjønn overføringsverdi til *proformaregelens* forhold til den skatterettslige omgåelsesregelen. At det sentrale hensynet bak den skatterettslige omgåelsesregelen er å hindre disposisjoner foretatt hovedsakelig for å oppnå en skattefordel, utelukker *ikke* at dette motivet også kan inngå i vurderingen etter andre regelsett. Den skatterettslige omgåelsesregelen har egne vilkår og rettsvirkninger, forskjellig fra *proforma*.⁴⁴⁵

4.4 Proformaregelens rekkevidde i forholdet mellom avtalepartene

Som nevnt i punkt 4.1 ovenfor, formulerte Høyesterett seg på en måte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* som tilsier at to-trinns *proformaregelen* var ment å ha generell rekkevidde – tilsynelatende også avtalepartene imellom. Høyesterett hadde dessuten noen særskilte uttalelser om anvendelsen av *proformaregelen inter partes*. Det ble blant annet fremholdt at *proformaregelen* «i prinsippet gjelder på samme måte mellom partene selv som i forholdet mellom dem og tredjeperson» og at «man [ikke] står ovenfor en annen *proformaregel*» *inter partes*.⁴⁴⁶ Disse formuleringene trekker klart i retning at to-trinns *proformaregelen skal* anlegges også avtalepartene imellom. Riktig nok nyanserte Høyesterett selv anvendelsen av regelen i en *inter partes*-konflikt, gjennom uttalelsen om at «bevisituasjonen gjerne [er] noe annerledes» enn dersom konflikten står mellom avtalepartene på den ene siden og en tredjepart på den annen.⁴⁴⁷ Med denne formuleringen sikter Høyesterett til at partene i en *inter partes*-konflikt normalt vil fremsette «hvert sitt syn på hva som i sin tid var den subjektive meningen med transaksjonen», og at bevisvurderingen derfor i større grad blir «hva partene har ment».⁴⁴⁸

⁴⁴³ Se Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 302, samt tidligere i punkt 4.3.3.

⁴⁴⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 84.

⁴⁴⁵ De to siste setningene i dette avsnittet er basert på sitatet ovenfor, men er omskrevet for å beskrive forholdet mellom *proformaregelen* og den skatterettslige omgåelsesregelen.

⁴⁴⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 83.

⁴⁴⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 83.

⁴⁴⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80.

Det er ikke lett å trekke sikre slutninger fra Høyesteretts (delvis motstridende) uttalelser. I den første uttalelsen insisterer Høyesterett på at proformaregelen gjelder på samme måte *inter partes* som overfor tredjepart, og i den neste uttaler retten langt på vei at det skal anlegges en subjektiv tilnærming avtalepartene imellom. Likevel må det fremheves at samtlige formuleringer i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* som direkte knytter seg til bruken av proformaregelen *inter partes*, utgjør *obiter dicta*-uttalelser (sidebemerkninger), ettersom disse ikke hadde direkte betydning for avgjørelsens resultat. *Obiter dicta*-uttalelser skal ikke tillegges like stor rettskildemessig vekt som premisser som direkte omhandler den rettssetning avgjørelsen bygger på.⁴⁴⁹ Dette åpner for i større grad å tillegges også andre rettskilder vekt i spørsmålet om rekkevidden av proformaregelen *inter partes*.

I avgjørelsene hvor Høyesterett direkte har vurdert en proformainnsigelse i forholdet mellom to avtaleparter, er det lite spor av den objektive testen i proformaregelen. Tvert imot anlegger Høyesterett en klar subjektiv proformavurdering i *inter partes*-konfliktene.⁴⁵⁰ Til illustrasjon kan det vises til Rt. 1956 s. 913 *Admiral Cruysgate*, hvor Høyesterett fremhevet at det avgjørende for proformas spørsmålet var avtalepartenes «hensikt og vilje» med overdragelsen,⁴⁵¹ Rt. 1994 s. 235 *Bokn*, hvor Høyesterett uttalte at «[e]n avtalebestemmelse er proforma når det er på det rene mellom partene at bestemmelsen ikke skal gjelde etter sitt innhold», og at «[d]et avgjørende [for proformas spørsmålet] er hva partene hadde avtalt»,⁴⁵² samt Rt. 2000 s. 1487 *Holmestrand*, hvor Høyesterett vurderte «den forståelse partene hadde».⁴⁵³ I motsetning til det som er tilfelle for beslagsrettslige proformainnsigelser, har det derfor ikke vært den samme inkonsistensen rundt proformaregelens vurderingstema i *inter partes*-konflikter, se punkt 2.3.3 ovenfor.⁴⁵⁴

I avtalerettslig litteratur anses *proforma* som en tilblivelsesmangel, og beskrives som tilfellet «hvor avtalepartene i samforstand utad gir uttrykk for noe annet enn den rettslige disposisjon de faktisk har foretatt».⁴⁵⁵ Denne formuleringen av vurderingstemaet trekker klart i retning en subjektiv tilnærming til proformaregelen i *inter partes*-konflikter. I beslagsrettslig litteratur er det imidlertid *delte meninger* om proformaregelens rekkevidde avtalepartene imellom.

⁴⁴⁹ Skoghøy (2018) s. 108, jf. s. 149-150.

⁴⁵⁰ Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 299.

⁴⁵¹ Rt. 1956 s. 913 *Admiral Cruysgate* på s. 914.

⁴⁵² Rt. 1994 s. 235 *Bokn* på s. 239.

⁴⁵³ Rt. 2000 s. 1487 *Holmestrand* på s. 1491.

⁴⁵⁴ Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 299.

⁴⁵⁵ Woxholth (2021) s. 315. Se også Hov og Høgberg (2009) s. 363: "[B]egge parter, også adressaten, alltid vil være klar over at det ikke er noen realitet i avtalen".

Høgetveit Berg mener at den objektive proformaregelen *kan* anvendes *inter partes*, gjennom uttalelsene om at «retten kreditor B har til å gjera ugyldigheiten [som følge av proforma] gjeldande overfor S [går] heller ikkje her lenger enn As rett overfor S», og at «den ugyldigheiten som følger av at ein transaksjon blir stempla som (objektiv) proforma, normalt også kunne gjerast gjeldande *inter partes*». ⁴⁵⁶ På motsatt side uttaler Klungsøyr Kristiansen at «det er vanskelig å se hvordan den objektive proformaregelen skal anvendes» i forholdet mellom avtalepartene. ⁴⁵⁷

Uklarheten i rettskildesituasjonen gjør det nødvendig å «ta et skritt tilbake», og vurdere en eventuell anvendelse av to-trinns proformaregelen opp mot de bakenforliggende regelsettene og prinsippene. Ettersom det overordnede vurderingstemaet etter den objektive testen i proformaregelen *ikke* knyttes til hva avtalepartene mente med overdragelsen, samt at det kreves høy grad av sannsynlighet etter den subjektive testen, åpner to-trinns proformaregelen for å kunne underkjenne en overdragelse som *proforma*, selv om det er sannsynlighetsovervekt for at overdragelsen *var* reelt ment, se punkt 3.2.3 ovenfor. Dersom dette hadde blitt resultatet i en proformatvist mellom avtalepartene, ville det samtidig innebære tilsidesettelse av det grunnleggende avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått («*pacta sunt servanda*»), se punktene 2.2.1 ovenfor og 5.2 nedenfor. At den objektive testen etter omstendighetene kan gi resultater som strider mot et så fundamentalt prinsipp, uten at dette er nærmere drøftet av Høyesterett, utgjør i seg selv et sterkt argument *mot* å anvende to-trinns proformaregelen i forholdet mellom avtalepartene. ⁴⁵⁸ Anvendelsen av to-trinns proformaregelen, nærmere bestemt den objektive testen, vil dessuten innebære stor mangel på forutberegnelighet i avtaleforholdet mellom partene. ⁴⁵⁹ Eksempelvis vil en erverver som tillater at avhender fortsetter å ha en viss rådighet over det overdratte formuesgodet, risikere å få overdragelsen tilsidesatt som *proforma*, under henvisning til at denne etter en helhetsvurdering ikke har hatt tilstrekkelig realitet.

Gjennomgangen viser at det *ikke* med sikkerhet kan fastslås hvilken tilnærming til proformaregelen som skal anlegges *inter partes*. Selv om uttalelsene i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* er noe inkonsekvent, er det nærliggende å tolke disse som at Høyesterett har tatt til orde for at to-trinns proformaregelen *skal* legges til grunn også i *inter partes*-konflikter. I motsatt retning

⁴⁵⁶ Høgetveit Berg (2017) s. 204 og 217. Også i etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* står han inne for dette synspunktet, se Høgetveit Berg (2021) s. 274.

⁴⁵⁷ Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 299.

⁴⁵⁸ Se i samme retning Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 300.

⁴⁵⁹ Klungsøyr Kristiansen (2020) s. 300.

trekker høyesterettspraksis *før* HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, bakenforliggende avtalerettslige regler og prinsipper, samt forutberegnelighetshensyn. For min egen del synes jeg det er betenkelig dersom to-trinns proformaregelen skal anvendes i en sak avtalepartene imellom. Den objektive testen åpner for at en avtalepart kan få «overprøvd» avtalens ordlyd og partenes felles forståelse, under henvisning til at overdragelsen etter en helhetsvurdering ikke har hatt tilstrekkelig realitet.⁴⁶⁰ En eventuell anvendelse av den objektive testen avtalepartene imellom kan derfor, slik jeg ser det, føre til omfattende avtalerettslige ringvirkninger, se punkt 5.2.3 nedenfor. Når Høyesterett *ikke* i tilfredsstillende grad har drøftet disse problematiske forholdene, har det *formodningen mot seg* at to-trinns proformaregelen skal legges til grunn *inter partes*. Etter mitt skjønn *bør* det derfor anlegges en *subjektiv* proformaregel mellom avtalepartene, hvor det avgjørende vurderingstemaet er hva partene egentlig mente med overdragelsen.

⁴⁶⁰ Denne problematikken behandles inngående i punkt 5.2.3 nedenfor.

5 ET KRITISK BLIKK PÅ PROFORMAREGELEN

5.1 Innledning

I kapittel 2 redegjorde jeg for proformaregelens *rettslige plassering*, hvor det blant annet ble fremhevet at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gav anvisning på en objektiv proformaregel. Videre drøftet jeg kapittel 3 det nærmere *innholdet* i proformaregelen, herunder at regelen etter mitt skjønn best systematiseres som en to-trinns vurdering med en «subjektiv test» og en «objektiv test». Deretter analyserte jeg i kapittel 4 proformaregelens *rekkevidde*, henholdsvis i beslagsrettslige tredjepartskonflikter, i tredjepartskonflikter utenfor beslagsretten, og avtalepartene imellom.

I kapittel 5 rettes et *kritisk blikk* på proformaregelen, slik denne ble formulert av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Formålet er å utfordre Høyesteretts betraktninger rundt proformaregelen, særlig når regelen ses i sammenheng med tilgrensende regelsett og bakenforliggende prinsipper. Kapittelet er derfor *ikke* en fremstilling av rettstilstanden *de lege lata*, men utgjør *systembetraktninger* eller *rettspolitiske vurderinger* rundt proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

Først drøftes forholdet mellom proformaregelen og den bakenforliggende avtaleretten i punkt 5.2. Deretter vil jeg i punkt 5.3 undersøke forholdet mellom en proformavurdering og en vurdering av eiendomsrettens overgang. Videre peker jeg i punkt 5.4 på at proformaregelen, slik denne ble formulert av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, åpner for at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde. Til slutt vil jeg i punkt 5.5 undersøke grensedragningen mellom proformaregelen og en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer.

5.2 Forholdet mellom proformaregelen og den bakenforliggende avtaleretten

5.2.1 Introduksjon

Som nevnt i punktene 2.2.1 og 2.2.2 ovenfor, er det klare sammenhenger mellom proformaregelen og alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper. Etter å ha analysert to-trinns proformaregelen i de foregående kapitlene, har jeg identifisert enkelte forhold som ikke helt stemmer overens med de bakenforliggende avtalerettslige reglene og grunnprinsippene.

Med dette som bakteppe vil jeg foreta en nærmere drøftelse av sammenhengen mellom proformaregelen og avtaleretten. Ettersom avtalerettens systematikk ikke tidligere er omtalt, vil jeg redegjøre kort for dette i punkt 5.2.2. Deretter vil jeg i punkt 5.2.3 diskutere proformaregelens rettslige «plassering» som innsigelsesgrunn i avtaleretten.

5.2.2 Kort om systematiseringen av avtaleretten

Begrepet «avtalerett» har ikke noe entydig innhold, men kan sies å utgjøre en *samlebetegnelse* på de rettsspørsmål som oppstår i forbindelse med, og i forlengelsen av, en avtaleinngåelse.⁴⁶¹ Fra et pedagogisk ståsted er det hensiktsmessig å systematisere avtaleretten inn i ulike stadier, for lettere å kunne redegjøre for innholdet i de enkelte rettsspørsmålene. Det utgjør et skjønns- spørsmål hvordan avtaleretten nærmere bestemt inndeles, men én systematikk med bred tilslutning er å sondre mellom reglene og prinsippene om avtalebinding, ugyldighet og avtale- tolkning.⁴⁶² Denne systematikken representerer et kronologisk hendelsesforløp i avtaleretten, og er den fremstillingen som legges til grunn i det følgende.⁴⁶³

Avtalebindingsstadiet omhandler spørsmålet om partene er *bundet* av avtalen, og i tilfelle fra hvilket tidspunkt.⁴⁶⁴ Partene er bundet idet de har oppnådd *enighet* om inngåelse av en avtale med et gitt innhold, for eksempel gjennom dispositive utsagn med et etterfølgende håndtrykk, eller ved undertegnelse av et avtaledokument.⁴⁶⁵ Videre omhandler *ugyldighetsstadiet* reglene og prinsippene om avtalens *gyldighet*, og gjelder tilfellet hvor partene tilsynelatende har inngått en avtale, men hvor avtalen likevel *ikke forplikter* på grunn av «feil» på inngåelses- tidspunktet.⁴⁶⁶ For at ugyldighetsstadiet skal aktualiseres forutsettes det at avtalebindingsstadiet allerede er passert. Det er imidlertid viktig å holde fast ved at sontringen mellom avtale- bindingsstadiet og ugyldighetsstadiet bare er av pedagogisk formål. Det som på avtalebindings- stadiet tilsynelatende fremstår som en bindende avtale, er likevel *ikke* på noe tidspunkt bindende selv om ugyldigheten først påvises på et senere tidspunkt – ugyldighetsgrunnen har i realiteten vært til stede helt siden avtalebindingsstadiet.⁴⁶⁷ Det siste stadiet, *tolkningsstadiet*, omhandler reglene og prinsippene for å *fastlegge avtalens innhold*.⁴⁶⁸ På tolkningsstadiet er spørsmålet «hvilke rettigheter og forpliktelser avtalen innebærer for avtalepartene, og rettighetenes og forpliktelsesens innhold».⁴⁶⁹ For at tolkningsstadiet skal aktualiseres, forutsettes det at de to tidligere stadiene er til stede. Partene *har* disponert slik at de har inngått en avtale, og det

⁴⁶¹ Giertsen (2021) s. 5 uttaler at betegnelsen "peker på den delen av kontraktsretten som dreier seg om avtalers inngåelse, tolking, ugyldighet, lemping og representasjon". Se også Elvevold (2019) s. 39: "Problematiske konflikter gjelder spørsmål om partene er bundet, hva de er bundet til eller hvorvidt avtalen kan kjennes ugyldig".

⁴⁶² Elvevold (2019) s. 194, Woxholth (2021) s. 37 og 41-42 og Giertsen (2021) s. 5. Se også Hov og Høgberg (2009), som inndeles kapitlene i samsvar med denne systematikken.

⁴⁶³ At det er mulig å sondre mellom disse stadiene utgjør imidlertid bare et utgangspunkt, og det er i praksis ikke alltid lett å trekke klare grenser mellom de ulike stadiene.

⁴⁶⁴ Woxholth (2021) s. 42 og Hov og Høgberg (2009) s. 78.

⁴⁶⁵ Giertsen (2021) s. 143.

⁴⁶⁶ Hov og Høgberg (2009) s. 304 og Woxholth (2021) s. 42.

⁴⁶⁷ Woxholth (2021) s. 42 og Hov og Høgberg (2009) s. 304.

⁴⁶⁸ Hov og Høgberg (2009) s. 249, Woxholth (2021) s. 43, Elvevold (2019) s. 4 og Giertsen (2021) s. 149.

⁴⁶⁹ Woxholth (2021) s. 43.

foreligger *ikke* noen ugyldighetsgrunner som gjør at avtalen likevel ikke er bindende.⁴⁷⁰ Også tolkningsstadiet knytter seg til tidspunktet for avtalebindingen, ettersom det avgjørende for avtalens innhold er hva partene ble enige om på dette tidspunktet.⁴⁷¹ Uansett hvilket av de avtalerettslige stadiene eller problemstillingene rettsanvenderen står overfor, er derfor *parts-viljen* det sentrale vurderingstemaet.⁴⁷²

5.2.3 Proformaregelens rettslige plassering i avtalerettens systematikk

Et proformas spørsmål kjennetegnes ved at avtalepartene har inngått en formell avtale, men at én av avtalepartene eller en tredjepart fremmer innsigelse om at overdragelsen er gjort *proforma*. Det foreligger dermed en avtale som tilsynelatende er bindende avtalepartene imellom. I samsvar med systematiseringen av avtaleretten i punkt 5.2.2 ovenfor, er det *ikke* naturlig å knytte proformavurderingen til avtalebindingsstadiet.

Proforma kan derimot knyttes til det avtalerettslige *ugyldighetsstadiet*, se punkt 2.2.2 ovenfor. I avtalerettslig litteratur blir *proforma* (eller simulasjon) gjennomgående omtalt som en ugyldighetsgrunn. *Hov og Høgberg* behandler *proforma* under kapittelet om falsk, tvang, svik og beslektede ugyldighetsgrunner,⁴⁷³ mens *Geir Woxholth* omtaler *proforma* i kapittelet om tilblivelsesmangler.⁴⁷⁴ Også Høyesterett knytter i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* proformavurderingen til dette stadiet, gjennom uttalelsen om at *proforma* «gjernes [omtales] som en ugyldighetsgrunn».⁴⁷⁵

Det kan imidlertid problematiseres om det er helt treffende å karakterisere *proforma* som en ugyldighetsgrunn.⁴⁷⁶ Som nevnt i punkt 2.2.2 ovenfor, er rettsvirkningen av *proforma* at «det er det reelle, [og] ikke det formelle rettsforhold som skal legges til grunn mellom partene og overfor tredjemann».⁴⁷⁷ Det simulerte (*proforma*) forholdet er dermed ugyldig, mens det reelle forholdet er gyldig.⁴⁷⁸ På denne bakgrunn er det i prinsippet *ikke feil* å systematisere *proforma* som en ugyldighetsgrunn, ettersom *én* del av rettsvirkningen er at den simulerte avtalen settes

⁴⁷⁰ Giertsen (2021) s. 149.

⁴⁷¹ Woxholth (2021) s. 43 og Giertsen (2021) s. 54-55 og 149. Se også Elvevold (2019) s. 56, hvor sammenhengen mellom de to stadiene beskrives slik: "For å tolke en avtale, må den være inngått, og for å finne ut om det er inngått en avtale, må den tolkes".

⁴⁷² Elvevold (2019) s. 196.

⁴⁷³ Hov og Høgberg (2009) s. 363-364: "For alle tilfelle av simulerte avtaler gjelder derfor at den simulerte avtale er ugyldig. Det dissimulerte forhold er derimot gyldig".

⁴⁷⁴ Woxholth (2021) s. 315-316: "Det simulerte forhold er ugyldig, det reelle forhold legges til grunn".

⁴⁷⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 70. Se også Rt. 1999 s. 865 *Bugge* på s. 869, samt punkt 2.2.2 ovenfor.

⁴⁷⁶ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 156, som diskuterer problematikken i en beslagsrettslig kontekst: "Dersom *proforma* skal anses som en forlengelse av dekningsloven § 2-2, synes det lite treffende å omtale *proforma* som en ugyldighetsgrunn".

⁴⁷⁷ Sandvik (1967) s. 53.

⁴⁷⁸ Hov og Høgberg (2009) s. 364 og Woxholth (2021) s. 316. Se også punkt 2.2.2 ovenfor.

til side som ugyldig. Likevel mener jeg at systematiseringen av *proforma* som ugyldighetsgrunn er *upresis* eller *utilstrekkelig* for å gi en dekkende beskrivelse av regelens innhold. Årsaken er den andre delen av rettsvirkningen, nemlig at *det reelle forholdet skal legges til grunn* mellom avtalepartene. For at det reelle rettsforholdet skal kunne legges til grunn mellom avtalepartene, må rettsanvenderen nødvendigvis ta stilling til *hva* som er det reelle rettsforholdet. Dette bringer meg over til neste trinn i avtalerettens systematikk, nemlig *tolkningsstadiet*.⁴⁷⁹

Det forhold at rettsvirkningen av *proforma* nødvendiggjør at rettsanvenderen tar stilling til *hva* som er det reelle rettsforholdet mellom avtalepartene, impliserer klare kontaktflater mellom *proforma* og det avtalerettslige *tolkningsstadiet*. Dette gjør det interessant å undersøke sammenhengen mellom *proformavurderingen* og alminnelig avtalerettslige tolkningsprinsipper.

På det avtalerettslige *tolkningsstadiet* er formålet å fastlegge innholdet i partenes rettigheter og forpliktelser, jf. punkt 5.2.2 ovenfor.⁴⁸⁰ Dette beror på en tolkning av partenes muntlige og/eller skriftlige utsagn, samt eventuelle øvrige omstendigheter.⁴⁸¹ Læren om avtaletolkning er utviklet i et samspill mellom høyesterettspraksis og avtalerettslig litteratur.⁴⁸² Det siste århundre har det vært diskusjoner i juridisk litteratur om hvilket tolkningsprinsipp som skal være retningsgivende for den avtalerettslige tolkningen. Først og fremst har striden stått mellom «subjektiv» og «objektiv» avtaletolkning.⁴⁸³ Å redegjøre inngående for hva de ulike juridiske forfatterne har argumentert med, utgjør en omfattende og omstendelig øvelse som krever mye spalteplass. Dessuten finnes det omtrent like mange beskrivelser av hva som nærmere bestemt ligger i begrepene «subjektiv» og «objektiv» avtaletolkning, som det finnes tekster som omtaler dem. Jeg vil *ikke* forsøke å «nøste opp» i denne rettsteoretiske diskusjonen, og vil heller *ikke* fremsette mine betraktninger rundt avtaletolkningsstadiet.⁴⁸⁴ Likevel anser jeg det som nødvendig å gi en overordnet omtale av tolkningsprinsippenes hovedinnhold.

⁴⁷⁹ Se om tolkningsstadiet i punkt 5.2.2 ovenfor.

⁴⁸⁰ Woxholth (2021) s. 43 og 475 og Giertsen (2021) s. 149.

⁴⁸¹ Giertsen (2021) s. 149-150.

⁴⁸² Giertsen (2021) s. 150. Se også Elvevold (2019) s. 250: "Å hevde at tolkningslæren bygger på Høyesteretts praksis, samtidig som det er til teorien man bør gå for å se hva som egentlig følger av rettspraksis, er typisk for avtaletolkningsteorien".

⁴⁸³ Hov og Høgberg (2009) s. 251, Giertsen (2021) s. 151-152 og Woxholth (2021) s. 479-480.

⁴⁸⁴ *Lisa Mattea Elvevold* har i sin doktoravhandling 'Om avtaletolkningens vesen: teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen' analysert og sammenliknet ulike teoretiske fremstillinger av tolkningslæren, og kommet med sine refleksjoner rundt «avtaletolkningens vesen». Avhandlingen er forventet utgitt i bokform desember 2022.

Dersom tolkningen er *subjektiv*, er drøftelsen orientert rundt hva avtalepartene *har ment* med en bestemt formulering eller avtalen som helhet.⁴⁸⁵ Hvis tolkningen derimot er *objektiv*, setter rettsanvenderen seg i en utenforståendes sted, og spør «hvordan en forstandig person med samme kjennskap som partene til bakgrunnen for kontrakten» ville oppfatte formuleringen som tolkningstvilen omhandler.⁴⁸⁶ I juridisk litteratur er det bred enighet om at det subjektive tolkningsprinsipp i sin rene form er fortrent som hovedregel for tolkningen, og at det skal anlegges et *objektivt* tolkningsprinsipp i norsk avtalerett.⁴⁸⁷ Det objektive tolkningsprinsipp har dessuten fått tilslutning av Høyesterett, jf. for eksempel Rt. 1980 s. 84, hvor førstvoterende uttaler at det må anlegges «en objektiv fortolkning» som innebærer en «helhetsvurdering».⁴⁸⁸ At det skal anlegges et objektivt tolkningsprinsipp innebærer imidlertid *ikke* at rettsanvenderen utelukkende skal foreta en ordlydsfortolkning av avtalen eller avtalevilkåret. Avtalens ordlyd «må blant annet forstås med referanse til de formål den skal ivareta, reelle hensyn og andre tolkningsmomenter».⁴⁸⁹ Dessuten må det objektive tolkningsprinsipp forstås med den begrensning at hvis avtalepartene på bindingstidspunktet hadde en felles forståelse av avtalens innhold, og at dette med tilstrekkelig sannsynlighet kan påvises, er *alltid den felles oppfatningen avgjørende*.⁴⁹⁰ *Hov og Høgberg* uttrykker dette som at «[p]artenes beviselige enighet på kontraktsinngåelsestiden vil ved fortolkningen av kontrakten gå foran enhver annen mulig forståelse av kontrakten».⁴⁹¹

Hvis avtalepartene på stiftelsestidspunktet hadde en felles forståelse av avtalens innhold, vil det bare reises sak for domstolene i tilfeller hvor det på et senere tidspunkt har oppstått uenighet mellom partene. I slike tilfeller er domstolens primære oppgave å ta stilling til om avtalepartene opprinnelig faktisk hadde en felles forståelse.⁴⁹² *Johan Giertsen* oppstiller dette slik:

«Tvist kan oppstå hvis part A sier at parten mente 'x' da avtalen ble inngått, og hevder at den andre parten B mente det samme. Hvis B i ettertid hevder 'y', og A anfører at B i så

⁴⁸⁵ Giertsen (2021) s. 151, Hov og Høgberg (2009) s. 251 og Woxholth (2021) s. 480.

⁴⁸⁶ Se Giertsen (2021) s. 151 og 157.

⁴⁸⁷ Hov og Høgberg (2009) s. 251, Giertsen (2021) s. 152 og Woxholth (2021) s. 480. Se også Alf Petter Høgberg (2006) s. 16: "Bare en av tolkningsteoriene er 'gjengs mynt' blant dagens avtalerettsteoretikere i Norge, nemlig den objektive tolkningsteori".

⁴⁸⁸ Rt. 1980 s. 84 på s. 89-90.

⁴⁸⁹ Woxholth (2021) s. 481. Se også Rt. 2010 s. 961 *Skanska I* avsnitt 44: «Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer ... ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn».

⁴⁹⁰ Giertsen (2021) s. 154, Woxholth (2021) s. 481 og Hov og Høgberg (2009) s. 251.

⁴⁹¹ Hov og Høgberg (2009) s. 266.

⁴⁹² Woxholth (2021) s. 481.

fall hevder et annet standpunkt enn da avtalen ble inngått, er det opp til domstolene å avgjøre hva partene var enige om».⁴⁹³

Hva avtalepartene faktisk var enige om på stiftelsestidspunktet utgjør et *bevisspørsmål*.⁴⁹⁴ Den klare hovedregelen i sivile saker er at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.⁴⁹⁵ Hvorvidt det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt gjelder også for tolkningslæren ble aktualisert i Rt. 2011 s. 1553 *Bergen Group*, hvor Høyesterett uttalte følgende:

«Dersom det er *klart* at partene hadde en felles forståelse av teksten i et avtaledokument, kan den vanligvis legges til grunn uten at det er nødvendig å gå nærmere inn på tolkingen av ordlyden. Men det må ... kreves *nokså klare holdepunkter* [sic] for at partene har en omforent forståelse som avviker fra ordlyden» (mine uthevinger).⁴⁹⁶

Uttalelsene om at det må være «klart» at avtalepartene hadde en felles forståelse av avtalen, samt at «det må ... kreves nokså klare holdepunk[t]er», tilsier at det objektive tolkningsprinsipp bare kan utgå dersom det er *høy sannsynlighet* for at partene hadde en felles forståelse av avtalen. Domstolene må derfor i prinsippet først vurdere om partene hadde en felles forståelse på stiftelsestidspunktet, og kan bare gå videre til en objektiv tolkning hvis det *ikke* kan påvises en felles forståelse. Likevel må domstolene normalt gå videre til en objektiv tolkning, ettersom det i praksis er vanskelig å bevise høy grad av sannsynlighet for en felles enighet.⁴⁹⁷

Sondringen mellom det subjektive og det objektive tolkningsprinsipp er egnet til å skape forvirring. Selv etter det subjektive tolkningsprinsipp må partenes meninger nødvendigvis tolkes på bakgrunn av objektivt konstaterbare forhold. *Lisa Mattea Elvevold* beskriver dette slik:

«Viljen som et psykologisk faktum kan man raskt konstatere er noe vi ikke har direkte adgang til. En søken etter denne fysisk-psykologiske størrelsen, utenfor og forut for teksten, kan ingen med vettet i behold begi seg ut på. Det er derfor enighet om at man må se etter ytre holdepunkter for viljen – faktumet vi ikke har tilgang til og som derfor må bevises med andre fakta, for så eventuelt å kunne bli lagt til grunn som avtalens innhold hvis bevisene er sterke nok».⁴⁹⁸

⁴⁹³ Giertsen (2021) s. 154.

⁴⁹⁴ Giertsen (2021) s. 154.

⁴⁹⁵ Se for eksempel Rt. 1992 s. 64 *P-pille II* på s. 70 og HR-2019-2344-A avsnitt 30.

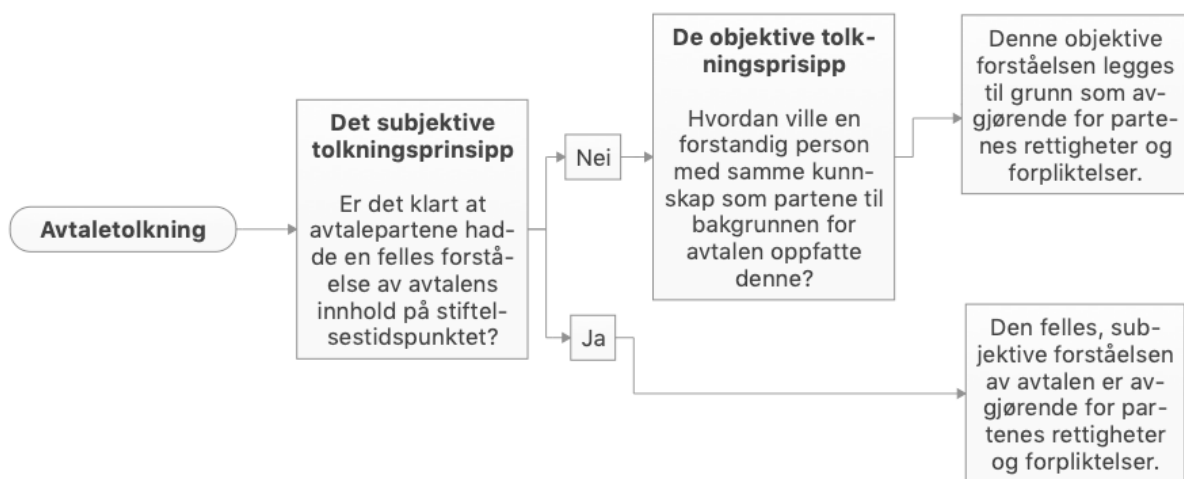
⁴⁹⁶ Rt. 2011 s. 1553 *Bergen Group* avsnitt 48.

⁴⁹⁷ Giertsen (2021) s. 156.

⁴⁹⁸ Elvevold (2019) s. 89.

Uavhengig av den rettsteoretiske diskusjonen om det skal anlegges et «subjektivt» eller et «objektivt» tolkningsprinsipp, viser høyesterettspraksis at «[d]et primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment».⁴⁹⁹ På denne bakgrunn har *Elvevold* argumentert for at man «sterkt [bør] vurdere å oppgi skillet mellom objektiv og subjektiv tolkning», og at det heller bør settes «likhetstegn mellom partsviljen og avtaleinnholdet».⁵⁰⁰ Også *Giertsen* har uttalt at det er kunstig å forholde seg til én av disse tolkningslærene, og at problemet i stedet bør formuleres som «hva som er den rimelige forståelsen, eller mest nærliggende forståelsen, alle forhold tatt i betraktning».⁵⁰¹

For min egen del mener jeg det er treffende å si at det subjektive tolkningsprinsipp utgjør «startpunktet» for avtaletolkningen, ettersom det objektive tolkningsprinsipp bare kommer til anvendelse i de tilfeller det *ikke* med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kan påvises at avtalepartene hadde en felles oppfatning av avtalen på stiftelsestidspunktet.⁵⁰² Skjematisk kan dette oppstilles som i Figur 4 nedenfor:



Figur 4: Den avtalerettslige tolkningslæren

Etter mitt skjønn er det iøynefallende likheter mellom to-trinns proformaregelen Høyesterett oppstilte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, og alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. En første likhet er at det for begge regelsettene har vært en langvarig diskusjon i juridisk litteratur om henholdsvis hvilket vurderingstema som gjelder for proformaregelen, og hvilket

⁴⁹⁹ Rt. 1993 s. 564 på s. 569. Se også Elvevold (2019) s. 91: "[V]ed all avtaletolkning skal [man] tolke seg frem til meningen – partsviljen".

⁵⁰⁰ Elvevold (2019) s. 93.

⁵⁰¹ Giertsen (2021) s. 152.

⁵⁰² Se i samme retning Rt. 2010 s. 961 *Skanska I* avsnitt 44: «Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse ... Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning».

tolkningsprinsipp som gjelder for avtaletolkningen.⁵⁰³ I begge disse diskusjonene har det vært sentralt om det skal anlegges en «subjektiv» eller en «objektiv» tilnærming, og hvor det objektive etter hvert har «vunnet terreng» på bekostning av det subjektive, se kapittel 7 nedenfor.

En annen likhet mellom *proforma* og avtaletolkning er systematiseringen av de to regelsettene. Begge regelsettene fordrer at rettsanvenderen – i alle fall i prinsippet – først må ta stilling til om det med høy grad av sannsynlighet kan påvises hva partene *mente* med avtalen på stiftelsestidspunktet.⁵⁰⁴ Både proformaregelen og avtaletolkningen forutsetter derfor en innledende bevisvurdering av hva partene har ment. Bare dersom bevistemaet under henholdsvis den subjektive testen i proformaregelen og det subjektive tolkningsprinsipp i avtaleretten *ikke* med tilstrekkelig sannsynlighet kan påvises, skal rettsanvenderen gå videre til en bredere objektiv vurdering av situasjonen, se punkt 3.2 ovenfor.

Videre er det tilnærmet sammenfall mellom den subjektive testen i proformaregelen og det subjektive tolkningsprinsipp. Begge disse innledende «trinnene» innebærer en *bevisvurdering*, hvor det kreves høy grad av sannsynlighet for at den subjektive vurderingen i seg selv er tilstrekkelig for å stadfeste henholdsvis *proforma* eller rettsforholdet mellom avtalepartene.⁵⁰⁵ Til tross for disse likhetene, er det én vesentlig forskjell mellom vurderingstemaene i de to regelsettene. Mens vurderingstemaet i det subjektive tolkningsprinsipp er hva avtalepartene har ment helt *generelt*, er vurderingstemaet etter den subjektive testen i proformavurderingen begrenset til om partene har ment at overdragelsen *er proforma*.⁵⁰⁶ I samsvar med systematikken i to-trinns proformaregelen er partsviljen *ikke* nødvendigvis avgjørende for proformas spørsmålet. Selv om det kan påvises høy sannsynlighet *for* at avtalepartene mente at overdragelsen var *reell*, må rettsanvenderen uansett gå videre med en bred objektiv vurdering av overdragelsen, se punkt 3.2.2 ovenfor.⁵⁰⁷ Dette skiller de to regelsettene, ettersom det *er* tilstrekkelig for den avtalerettslige tolkningen dersom det kan påvises at partene *var enige* på stiftelsestidspunktet.

En ytterligere likhet mellom de to subjektive vurderingene, er at disse ofte er utilstrekkelig ettersom det ikke med høy sannsynlighet lar seg *bevise* hva partene var enige om på stiftelsestidspunktet, se punkt 3.2.2 ovenfor. Det er dermed *vanskeligheter med bevissituasjonen* som er

⁵⁰³ Se om diskusjonen i relasjon til proformaregelen i punkt 2.3.2 ovenfor.

⁵⁰⁴ Se om proformaregelens systematikk i punkt 3.2 ovenfor.

⁵⁰⁵ Se om den «subjektive testen» i proformavurderingen i punkt 3.2.2 ovenfor.

⁵⁰⁶ Se punkt 3.2 ovenfor.

⁵⁰⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnittene 79 og 85.

begrunnelsen for å gå videre til en bredere, objektiv vurdering av situasjonen – både i relasjon til proformaregelen og den avtalerettslige tolkningslæren.

Videre er det enkelte likheter mellom den objektive testen i proformaregelen og det objektive tolkningsprinsipp i avtaleretten. Begge regelsettene omtales som «objektive», og bygger på en bred vurdering av den aktuelle avtalen, hvor en rekke momenter kan være aktuell.⁵⁰⁸ Likevel er det én fundamental forskjell mellom disse to regelsettene. Mens partsviljen *ikke* er det overordnede vurderingstemaet etter den objektive testen i proformaregelen, utgjør partenes mening det overordnede vurderingstemaet etter det objektive tolkningsprinsipp i avtaleretten.⁵⁰⁹ Både det subjektive og det objektive tolkningsprinsipp faller dermed inn under vurderingstemaet i den *subjektive* testen i proformavurderingen.

En annen vesentlig forskjell mellom den objektive testen i proformaregelen og det objektive tolkningsprinsipp, er den *faktiske situasjonen* vurderingene aktualiserer. I en proformasituasjon har avtalepartene typisk inngått en formell avtale for å oppnå en fordelaktig rettsvirkning, mens det hele tiden er på det rene mellom partene at avtalen ikke skal gjelde dem imellom, men bare overfor tredjeparter, se punkt 3.3.3 ovenfor. I en typisk avtaletolkningssituasjon har partene derimot inngått en avtale, og tilsynelatende vært enige om innholdet, men hvor det *i etterkant* av bindingstidspunktet oppstår uenigheter om avtalens nærmere innhold. Mens rettsanvenderen i en objektiv avtaletolkning vil legge stor vekt på avtalens ordlyd, er det *ikke* samme grunn til å vektlegge avtalens ordlyd i den objektive testen i proformavurderingen, ettersom proforma-innsigelsen nettopp er at avtalen er simulert for å oppnå en fordelaktig rettsvirkning, se punkt 3.3.2 ovenfor.⁵¹⁰

Det er imidlertid grunn til å fremheve at to-trinns proformaregelen Høyesterett oppstilte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, ikke begrenser seg til tilfeller hvor avtalepartene bevisst har inngått en proformaavtale. Den objektive testen i proformavurderingen åpner for at også overdragelser som mellom avtalepartene var reelt ment, likevel kan settes til side som *proforma* under henvisning til at denne ikke har hatt tilstrekkelig «realitet» til å bli stående som gyldig, se punkt 3.2.3 ovenfor. På denne bakgrunn kan det spørres om den objektive testen i proformaregelen kommer på kant med den avtalerettslige tolkningslæren. Årsaken er at flere situasjoner som omfattes av det objektive tolkningsprinsipp i avtaleretten, tilsynelatende også omfattes av den objektive testen i proformaregelen. Ettersom det sentrale formålet med *både* det subjektive

⁵⁰⁸ Se om den «objektive testen» i proformavurderingen i punkt 3.2.3 ovenfor.

⁵⁰⁹ Rt. 1993 s. 564 på s. 569 og Elvevold (2019) s. 91.

⁵¹⁰ Giertsen (2021) s. 158 og Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 596.

og det objektive tolkningsprinsipp er å finne ut hva partene har ment, inngår begge disse tolkningsprinsippene i den subjektive testen i proformaregelen. Den objektive testen i proformavurderingen er derfor noe som (eventuelt) kommer *i tillegg* til den avtalerettslige tolkningslæren.

I forlengelsen av denne observasjonen kan det kanskje hevdes at den objektive testen i proformaregelen utgjør et *særskilt avtalerettslig tolkningsprinsipp*. Årsaken er at den objektive testen muliggjør å tilsidesette partsviljen som det avgjørende for tolkningen, ved at rettsanvenderen hovedsakelig «tolker» avtalen ut fra hvilken objektiv realitet denne *faktisk* har fått avtalepartene imellom, se punkt 3.2.3 ovenfor. Som drøftet i punkt 4.4 ovenfor, vil anvendelsen av den objektive testen i forholdet mellom avtalepartene kunne tilsidesette det grunnleggende prinsippet om at avtaler skal holdes («*pacta sunt servanda*»), samt innebære stor mangel på forutberegnelighet ved stiftelse og etterlevelse av avtaler. Dessuten fremstår det som merkelig dersom en avtalepart skal være henvist til de alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsippene, med mindre parten påberoper proformaregelen når saken bringes inn for domstolene. Ved å anføre at avtalen er *proforma*, vil den objektive testen utgjøre en «siste utvei» for å få medhold, dersom retten *ikke* finner holdepunkter for den ønskede rettsvirkningen gjennom den avtalerettslige tolkningslæren/den subjektive testen i proformavurderingen. Det har derfor *formodningen mot seg* at den objektive testen i proformaregelen skal anlegges i *inter partes*-konflikter, se punkt 4.4 ovenfor.

Forutsatt at det *skal* anlegges en *subjektiv* proformaregel i forholdet mellom avtalepartene, vil dette harmonere svært godt med de bakenforliggende avtalerettslige reglene og (tolknings)prinsippene, ettersom vurderingstemaet ved en subjektiv proformaregel langt på vei sammenfaller med den alminnelige avtalerettslige tolkningslæren. Forskjellen mellom vurderingene er først og fremst at partene i en proformasituasjon påstår at de bevisst har formulert et annen innhold i stiftelsesgrunnlaget enn det de *egentlig* er enige om, mens partene i en alminnelig avtaletolkningssituasjon tilsynelatende hadde samme forståelse av avtalens innhold på stiftelsestidspunktet, men at det i ettertid har oppstått uenigheter. Det avgjørende etter begge regelsettene er imidlertid å finne frem til hva partene *mente* på stiftelsestidspunktet, se punktene 2.3 og 5.2.3 ovenfor.

Gjennomgangen viser at proformaregelen har (minst) like mye til felles med det avtalerettslige tolkningsstadiet, som ugyldighetsstadiet. Dessuten har jeg fremhevet at anvendelsen av den objektive testen i proformaregelen i en *inter partes*-tvist, etter omstendighetene kan medføre et resultat som kommer i konflikt med grunnleggende avtalerettslige prinsipper. Nøyaktig hvor

proformaregelen «passer» i den avtalerettslige systematikken, er kanskje av underordnet betydning. Det er imidlertid ikke til å komme unna at proformavurderingen, særlig den subjektive testen, langt på vei sammenfaller med avtalerettslige tolkningsprinsipper. I forlengelsen av denne observasjonen kan det kanskje hevdes at en proformavurdering *egentlig* innebærer en *særskilt form for avtaletolkning*.

5.3 Forholdet mellom en proformavurdering og en vurdering av eiendomsrettens overgang

5.3.1 Introduksjon

Som nevnt i punkt 2.2.3 ovenfor, er fordringshavernes beslagsrett (i utgangspunktet) begrenset til formuesgoder som «tilhører» skyldneren på beslagstiden, jf. dekningsloven § 2-2.⁵¹¹ Det er nærliggende å tolke begrepet «tilhører» som en henvisning til hvem som har *eiendomsretten* til det aktuelle formuesgodet.⁵¹² I HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* ble også proformaregelen utledet av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2: «Er overføringen proforma, 'tilhører' formuesgodet fortsatt debitor».⁵¹³ Ettersom begge disse rettslige vurderingene tilsynelatende kan utledes av «tilhører»-begrepet i dekningsloven § 2-2, vil jeg i det følgende undersøke sammenhengen mellom en proformavurdering og en vurdering av eiendomsrettens overgang. Kan det være at Høyesterett, gjennom å formulere proformaregelen slik de gjorde i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, i *realiteten* oppstilte et vurderingstema for om eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver?

For å kunne drøfte sammenhengen mellom disse to vurderingene, vil jeg i punkt 5.3.2 redegjøre for norsk retts tilnærming til eiendomsretten og dennes overgang. Formålet med dette punktet er *ikke* å gi en dyptgående analyse av «problemet» eiendomsrettens overgang, ettersom dette utgjør en omfattende og kompleks problemstilling som *i seg selv* er et egnet tema for en master- eller doktoravhandling.⁵¹⁴ For min egen del begrenser jeg redegjørelsen til en kort introduksjon av de to rådende tilnærmingene til eiendomsretten og dennes overgang, og vinkler fremstillingen slik at den i størst mulig grad kaster lys over sammenhengen med proforma-

⁵¹¹ Jf. også tvangsfullbyrdsloven § 7-1 annet ledd.

⁵¹² Se Høgetveit Berg (2021) s. 32: «Det må nærast vere sjølvstgt at utgangspunktet for kreditoranes beslagsrett er utleidd frå debitors eigedomsrett», Falkanger og Falkanger (2016) s. 75: "[L]ovgiveren har [i dekningsloven] valgt å knytte rettsvirkninger direkte til eiendomsretten" og Hilde Hauge (2016) s. 93: "Ordlyden 'tilhører' tilsier at en løsoreting som er avhendt, ikke kan beslaglegges dersom eiendomsretten er gått over til erververen".

⁵¹³ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68. Se også punkt 2.2.3 ovenfor.

⁵¹⁴ Erlend Baldersheim har i boken «Til tingsrettens teori» analysert norsk retts tilnærming til eiendomsretten og dennes overgang. Av andre som helt eller delvis har behandlet problematikken, kan nevnes Salvesen (2021) s. 78-121, Lilleholt (2018) s. 51-56, Marthinussen (2019) s. 25-43, Erlend Baldersheim (2012) s. 137-167 og Falkanger og Falkanger (2016) s. 74-77.

vurderingen. Videre vil jeg i punkt 5.3.3 drøfte om proformaregelen som utledes av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, i *realiteten* innebærer en vurdering av eiendomsrettens overgang.

5.3.2 Kort om norsk retts tilnærming til eiendomsretten

Opp gjennom årene har *eiendomsretten* vært sentral i diskusjoner om hvilken metodisk fremgangsmåte rettsanvendere skal anlegge ved løsningen av rettslige problemstillinger som springer ut av rettighetskollisjoner til et formuesgode.⁵¹⁵ Det er særlig to tilnærminger til eiendomsretten som har vært fremtredende: Den «substansielle» og den «funksjonelle».⁵¹⁶ Kjernen i den *substansielle* tilnærmingen er at eiendomsretten utgjør *én rettighet*, og at det kan fikseres ett bestemt tidspunkt for *når* eiendomsretten går over fra avhender til erverver.⁵¹⁷ Etter den substansielle tilnærmingen går dermed erverver fra ikke å ha noen eiendomsrett til et formuesgode i det ene øyeblikket, til i det neste å fullt ut være eier av formuesgodet – med alle rettigheter og plikter dette innebærer.⁵¹⁸

Etter den *funksjonelle* tilnærmingen anses derimot eiendomsretten bare som «et koblingsord mellom stiftelsesgrunnlaget og de ulike rettsvirkningene som utløses gjennom ervervet», og brukes derfor først og fremst for å systematisere rettsregler.⁵¹⁹ Ved den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten unnlater rettsanvenderen å drøfte *hvem* som har eiendomsrett til det aktuelle formuesgodet, og vurderer heller eiendomsrettens overgang som «en rekke enkeltspørsmål som må undergis særskilt drøftelse».⁵²⁰ Innholdet i begrepet *beføyelser* er sentralt for å forstå den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten. *Brækhus* omtaler begrepet slik:

«At A eier en eiendom (eller gjenstand), innebærer på den ene side at han har rett til å utøve en viss faktisk rådighet over eiendommen, og på den annen side at han er pålagt visse plikter vedrørende eiendommen [...] Vi taler om positive og negative eierbeføyelser (eller -funksjoner), og oppfatter eiendomsretten som summen av disse beføyelser».⁵²¹

⁵¹⁵ Brækhus og Hærem (1964) s. 500-503. Se om konfliktsituasjoner og kollisjonsmodeller i punkt 1.5 ovenfor.

⁵¹⁶ Salvesen (2021) s. 83 og 85, Baldersheim (2012) s. 137, Marthinussen (2019) s. 25, Sjur Brækhus (1998) s. 6-10 og Baldersheim (2017) s. 21.

⁵¹⁷ Marthinussen (2019) s. 25, Baldersheim (2017) s. 21, Salvesen (2021) s. 86 og Brækhus og Hærem (1964) s. 376-377.

⁵¹⁸ Hauge (2016) s. 58, Brækhus og Hærem (1964) s. 376, Salvesen (2021) s. 86 og Lilleholt (2018) s. 51.

⁵¹⁹ Salvesen (2021) s. 93-94. Se også Falkanger og Falkanger (2016) s. 40, Løtveit (2021) s. 63, Baldersheim (2017) s. 65-66, Lilleholt (2018) s. 71 og Høgetveit Berg (2017) s. 209-210.

⁵²⁰ Brækhus og Hærem (1964) s. 381. Se også Marthinussen (2019) s. 38: "Det sentrale er like fullt at vi stort sett eliminerer spørsmålet når eiendomsretten går over" og Baldersheim (2017) s. 22: "[E]iendomsretten som omgrep [har] ingen plass i transaksjonen mellom partane".

⁵²¹ Brækhus (1998) s. 3.

De ulike beføyelsene grupperes ofte opp i faktisk og rettslig rådighet, og for begge vedkommende i positiv og negativ forstand.⁵²² Positiv faktisk rådighet innebærer retten til å bruke formuesgodet som man selv ønsker, mens negativ faktisk rådighet handler om retten til å nekte andre å bruke formuesgodet.⁵²³ Den positive rettslige rådigheten gjelder blant annet muligheten til å forføye rettslig over formuesgodet, for eksempel gjennom å selge, pantsette eller stifte bruksrettigheter i dette, mens den negative rettslige rådigheten innebærer retten til å hindre andre i å forføye rettslig over formuesgodet.⁵²⁴ Det sentrale er imidlertid at det er den totale *summen av disse eierbeføyelsene*, som samlet utgjør «eiendomsretten» etter den funksjonelle tilnærmingen.⁵²⁵ Særlig i *overføringsfasen* er beføyelsene av sentral betydning ved den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten.⁵²⁶ De ulike beføyelsene overføres ikke nødvendigvis fra avhender til erverver på ett og samme tidspunkt, men *kan gå over på ulike tidspunkter*.⁵²⁷

I juridisk litteratur fremheves det ofte at både norsk og øvrig nordisk rett bygger på den *funksjonelle* tilnærmingen til eiendomsretten, noe som skiller oss fra resten av Europa som stort sett anlegger en *substansiell* tilnærming.⁵²⁸ Bakgrunnen er at den rådende oppfatningen det siste århundre er at den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten gir den beste beskrivelsen av eiendomsrettens funksjon i nordisk rett.⁵²⁹ Den *funksjonelle* tilnærmingen legges derfor «nærmest uten videre ... til grunn som dekkende for norsk rett».⁵³⁰ Noe av årsaken er at den substansielle tilnærmingen i flere tiår har vært under *sterk kritikk* i juridisk litteratur.⁵³¹ Til illustrasjon omtalte *Brækhus* den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten som «irrasjonelt» og mente at tilnærmingen bygger på «åpenbare logiske feil».⁵³² Dessuten har det vært hevdet at den substansielle tilnærmingen gir anvisning på rene begrepslutninger, slik at

⁵²² Marthinussen (2019) s. 13, Salvesen (2021) s. 94, Falkanger (2016) s. 33 og Falkanger og Falkanger (2016) s. 40.

⁵²³ Falkanger og Falkanger (2016) s. 41, Salvesen (2021) s. 94 og Marthinussen (2019) s. 13.

⁵²⁴ Marthinussen (2019) s. 13, Falkanger og Falkanger (2016) s. 41 og Salvesen (2021) s. 94-95.

⁵²⁵ Salvesen (2021) s. 95, Falkanger og Falkanger (2016) s. 40, Brækhus (1998) s. 3 og Brækhus og Hærem (1964) s. 377 (forutsetningsvis).

⁵²⁶ Brækhus og Hærem (1964) s. 20: "At retten overføres, betyr at de forskjellige aktive og passive eierbeføyelsene skifter subjekt", og s. 374: "Rettens overgang er en overgang av en rekke aktive og passive beføyelser ... fra A til B".

⁵²⁷ Baldersheim (2012) s. 144, Brækhus og Hærem (1964) s. 20 og 381-382, Salvesen (2021) s. 95, Hauge (2016) s. 59, Falkanger og Falkanger (2016) s. 74-75 og Carl August Fleischer (1995) s. 131-132.

⁵²⁸ Høgetveit Berg (2017) s. 209, Marthinussen (2019) s. 25, Falkanger og Falkanger (2016) s. 74-77, Lilleholt (2018) s. 51-56, Salvesen (2021) s. 93 og Brækhus (1998) s. 3.

⁵²⁹ Salvesen (2021) s. 100-109.

⁵³⁰ Salvesen (2021) s. 100. Se også Stig H. Solheim (2006) s. 106-107, Brækhus (1998) s. 5-10, Høgetveit Berg (2021) s. 26-27, Salvesen (2021) s. 85, Hauge (2016) s. 58-59 (særlig fotnote 111) og Marthinussen (2019) s. 25.

⁵³¹ Lilleholt (2018) s. 71.

⁵³² Brækhus og Hærem (1964) s. 377.

rettsanvenderen må utlede juridiske argumenter direkte fra *eiendomsbegrepet*.⁵³³ De siste årene har imidlertid enkelte forfattere forsøk å nyansere kritikken som har vært fremsatt mot den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten, og har fremhevet at også den funksjonelle tilnærmingen åpner for spørsmål som ikke på en fullgod måte lar seg besvare uten substansielle innslag.⁵³⁴ *Salvesen* konkluderer med at «verken den funksjonelle eller den substansielle tilnærmingen er irrasjonell eller basert på logiske feilslutninger».⁵³⁵ Det er dessuten grunn til å understreke at de to ulike tilnærmingene til eiendomsretten ikke nødvendigvis medfører forskjellige resultater – de forutsetter bare ulike rettslige innfallsvinkler og argumentasjonsmønstre.⁵³⁶

Selv om det i juridisk litteratur skilles skarpt mellom den substansielle og den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, må eiendomsretten tolkes og forstås i den sammenheng den benyttes.⁵³⁷ *Stig Solheim* formulerer dette slik:

«Generelt mener jeg at det kan stilles spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten av å operere med ... absolutte definisjonsmodeller. Dette har sammenheng med at *eiendomsbegrepet alltid må forstås i den sammenheng det brukes*, og at det er svært vanskelig, kanskje til og med umulig å definere eiendomsbegrepet allmenngyldig og tidsuavhengig» (min utheving).⁵³⁸

Også *Salvesen* har tatt til orde for at det er rettskildene, og *ikke* en rettsteoretisk debatt om eiendomsrettens rettslige betydning, som må være styrende for hvordan kreditorenes beslagsrett avgrenses.⁵³⁹ *Salvesen* mener det *ikke* er noe prinsipielt i veien med at en lovbestemmelse gir anvisning på et vurderingstema som best forstås i lys av den substansielle tilnærmingen til eiendomsretten.⁵⁴⁰ Etter å ha gjennomgått og vurdert de ulike standpunktene om eiendoms-

⁵³³ Alf Ross (1935) s. 27-28.

⁵³⁴ Baldersheim (2017) s. 163 og Salvesen (2021) s. 100-109. Se også Lilleholt (2018) s. 71: "Å seie at eigedomsretten ikke er noko anna enn det innhaldet som følgjer av reglane, er ikkje meir enn eit nokså uskyldig sirkelresonnement ... Oppfatninga om eigedomsretten som koblingsord står ikkje i motsetnad til karakteristikkene av eigedomsretten som den mest omfattande – og negativt avgrensa – retten til ein ting".

⁵³⁵ Salvesen (2021) s. 120.

⁵³⁶ Baldersheim (2017) s. 163 og Salvesen (2021) s. 92.

⁵³⁷ Solheim (2006) s. 107, Lilleholt (2018) s. 69, Løvteit (2021) s. 63, Salvesen (2021) s. 84 og Baldersheim (2017) s. 163.

⁵³⁸ Solheim (2006) s. 107. Se også Baldersheim (2017) s. 163: «[K]ampen mellom ei 'funksjonell' og 'substansiell' tilnærming i læra om eigedomsrettens overgang synes å koka ned til eit sterkt avgrensa territorium, nemleg spørsmålet om korleis ein metodisk skal tilnærma seg tvistetypar som lov og rettspraksis så langt ikkje har uttala seg om».

⁵³⁹ Salvesen (2021) s. 108 og 110.

⁵⁴⁰ Salvesen (2021) s. 102. Se også Lilleholt (2018) s. 55: "Den som meiner at reglane er lettare å skjønne med eitt tidspunkt for når eigedomsretten går over, må gjerne nytte den ordlegginga, om han berre forklærer kva som ligg i dette i dei ulike konfliktane".

rettens betydning i juridisk litteratur, tar *Salvesen* til orde for at norsk rett kan være tjent med en «hybridmodell», hvor man «anse[r] den substansielle og funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten som *alternative* tilnærminger til eiendomsretten – og ikke gjensidig ekskluderende tilnærminger – som begge kan tilby nyttige innfallsvinkler når en rettighetskollisjon skal løses».⁵⁴¹

Til tross for at enkelte forfattere de siste årene har hatt innvendinger om hensiktsmessigheten med å holde fast på en rendyrket funksjonell tilnærming til eiendomsretten, virker debattklimaet fremdeles å være ganske «betent», ettersom innvendingene strider mot «etablerte sannheter» fra det siste århundre.⁵⁴² Det er med dette som bakteppe jeg i punkt 5.3.3 går over til å vurdere om to-trinns proformavurderingen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, i *realiteten* innebærer en vurdering av eiendomsrettens overgang.⁵⁴³

5.3.3 Innebærer proformavurderingen i *realiteten* en vurdering av eiendomsrettens overgang?

Høyesterett antydte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* at en proformavurdering *egentlig* innebærer en vurdering av hvem som har eiendomsretten til det overdratte formuesgodet, blant annet gjennom uttalelsen om at *proforma* «er nært knyttet til mer allmenne spørsmål om eiendomsrettens overgang».⁵⁴⁴ Formålet med proformavurderingen var dessuten å avklare om det hadde skjedd «en reell overgang [av] eiendomsretten»,⁵⁴⁵ mens vurderingstemaet for proformas spørsmålet var hvem som skulle anses som «reell eier» av formuesgodet.⁵⁴⁶ Disse uttalelsene trekker i retning at proformavurderingen *egentlig* innebærer en vurdering av om eiendomsretten til formuesgodet har gått over fra avhender til erverver.⁵⁴⁷

Også i juridisk litteratur i etterkant av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* finnes uttalelser som tilsier at proformavurderingen har klare kontaktflater til eiendomsrettens overgang. *Salvesen*

⁵⁴¹ Salvesen (2021) s. 121.

⁵⁴² Lilleholt (2018) s. 71.

⁵⁴³ Se om to-trinns proformaregelen i punkt 3.2 ovenfor.

⁵⁴⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 70. Se også kjennelsens avsnitt 58, hvor Høyesterett uttaler at kreditors beslagsrett i ulovlig utdelte formuesgoder er «et spørsmål om en gjenstand som en tredjeperson besitter etter å ha fått overført *eiendomsretten* fra debitor ved en ugyldig transaksjon, fortsatt 'tilhører' debitor», samt avsnitt 67, hvor Høyesterett oppstiller spørsmålet «om lagmannsretten bygget på en uriktig generell forståelse av reglene om *proformaoverføringer* da den kom til at det forelå en *reell overføring av eiendomsretten*» (mine uthevinger).

⁵⁴⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 70.

⁵⁴⁶ Jf. sitatet fra lagmannsrettens kjennelse i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 88, som Høyesterett i all hovedsak sluttet seg til i avsnitt 89.

⁵⁴⁷ Se også Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* avsnitt 19, hvor Høyesterett formulerte vurderingstemaet for proformas spørsmålet slik: «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».

uttrykker at «[p]roformaregelen oppstiller vurderingsmomenter som er med å klargjøre når et formuesgode kan sies å ‘tilhøre’ skyldneren».⁵⁴⁸ Også *Kristiansen* uttaler følgende:

«Poenget [med proformavurderingen] er at transaksjonen skal bedømmes etter sitt reelle innhold, og at avtalepartene – med virkning for kreditor – ikke fritt kan avgjøre hvor mye som skal til for at erververen skal anses som eier».⁵⁴⁹

Som drøftet i punkt 3.3.7 ovenfor, er det usikkert om det er adgang til å legge vekt på forbeholdene i overdragelseserklæringen som et argument *for* at overdragelsen er *proforma*. Det finnes imidlertid eksempler fra høyesterettspraksis hvor forbeholdene *er* tatt til inntekt for at overdragelsen er *proforma*.⁵⁵⁰ Å vektlegge forbeholdene i stiftelsesgrunnlaget som et argument *for* at overdragelsen er *proforma*, er imidlertid ikke helt i tråd med Høyesteretts formulering av proformaregelens vurderingstema, se punktene 3.2.3 og 3.3.7 ovenfor.⁵⁵¹ Forutsettes det derimot at det *er* adgang til å gjøre dette, vil grensdragningen mot en vurdering av eiendomsrettens overgang, slik jeg ser det, være tilnærmet utvisket.⁵⁵² Også *Høgetveit Berg* berører denne tematikken:

«Om ein tenkjer eigedomsretten oppdelt i funksjonar – til dømes faktisk og rettsleg rådvelde, skatteplikt og risiko for kreditorbeslag – ser ein straks at partane ikkje kan ‘overdra’ eit formuesgode med rettsverknaden som følgjer av dekningslova § 2-2 dersom den einaste funksjonen som går over er nettopp risikoen for kreditorbeslag. Dersom overføringa *berre* får verknad overfor kreditorane, må ein i beslagssamanheng konstatere *proforma*».⁵⁵³

Videre kan det hevdes at vurderingstemaet- og momentene den objektive testen i proformaregelen gir anvisning på, er *velegnet* for å vurdere om eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver. Omformulert ville vurderingen av om eiendomsretten har gått over, bero på en «helhetlig vurdering av den påberopte overføringen, der særlig graden av formell gjennomføring, [motivet bak overdragelsen], samt – ofte avgjørende – de faktiske og rettslige virkninger [overdragelsen] har hatt for partene, er sentrale momenter for å avgjøre om [eiendomsretten har

⁵⁴⁸ Salvesen (2021) s. 152.

⁵⁴⁹ Kristiansen (2020) s. 115. Se også Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 284 og Høgetveit Berg (2021) s. 283-284.

⁵⁵⁰ Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene* på s. 821-822 og Rt. 1912 s. 107 *Hauge* på s. 109. Se også punkt 3.3.7 ovenfor.

⁵⁵¹ Se HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

⁵⁵² Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 286: "Denne bruken av omfattende forbehold til å begrunne objektiv *proforma* har en side til [spørsmålet om] eiendomsrettens overgang".

⁵⁵³ Høgetveit Berg (2021) s. 283-284. Se også s. 280: "Ei formell overføring av retten frå A til S, samstundes som A tek atterhald om å framleis å utøve alle funksjonane, er difor ikkje ei reell overføring».

gått over fra avhender til erverver].⁵⁵⁴ Til sammenligning hevder *Thor Falkanger* og *Aage Thor Falkanger* at «når det skal avgjøres hvem som har ... eiendomsretten, er det tale om en bred konkret vurdering hvor et omfattende og variert materiale vedrørende faktum og rettslige oppfatninger kan være relevant».⁵⁵⁵

I forlengelsen av denne observasjonen kan det spørres hvorfor ikke Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* tok utgangspunkt i ordlyden i dekningsloven § 2-2, og formulerte tolkningsspørsmålet som en vurdering av hvem som er den reelle eieren av formuesgodet.⁵⁵⁶ Én tenkelig forklaring er av *prosessuell* karakter. Høyesteretts kompetanse var, etter rettens eget syn, begrenset til å «ta stilling [til] lagmannsrettens generelle forståelse av reglene om proforma», under henvisning til tvisteloven § 30-6 bokstav c.⁵⁵⁷ Det kan imidlertid innvendes at dette er en upresis avgrensning av Høyesteretts kompetanse. Ordlyden i tvisteloven § 30-6 bokstav c er at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å vurdere «den generelle rettslige forståelse av *en skreven rettsregel*» (min utheving). Den skrevne rettsregelen Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* hadde kompetanse til å vurdere den generelle rettslige forståelsen av, var nettopp dekningsloven § 2-2.⁵⁵⁸ Det var derfor *ikke* tvisteloven § 30-6 bokstav c som hindret Høyesterett å på generelt grunnlag ta stilling til hvordan «tilhører»-vurderingen skal gjennomføres, uten å knytte denne opp mot proformas spørsmålet. Den kanskje mest nærliggende forklaringen på hvorfor Høyesterett likevel ikke oppstilte tolkningsspørsmålet på denne måten, er at dette ville ligget utenfor «de påstandsgrunnlag som er påberopt», og at avgjørelsen i tilfelle hadde gått utenfor Høyesteretts kompetanse etter tvisteloven § 11-2 første ledd annet punktum. Ettersom denne forklaringen er av sivilprosessuell karakter og heller ikke er særlig egnet til å oppklare sammenhengen mellom proformaregelen og eiendomsrettens overgang, vil jeg ikke gå ytterligere inn i denne tematikken her, jf. også avgrensningen i punkt 1.3 ovenfor.

En *materiell* årsak til at Høyesterett ikke formulerte tolkningstemaet som et spørsmål om hvem den reelle eieren av formuesgodet er, *kan* være at eiendomsrettens overgang som sådan ikke utgjør et relevant rettsspørsmål etter den *funksjonelle* tilnærmingen til eiendomsretten, se punkt 5.3.2 ovenfor. Dersom vurderingstemaet hadde blitt formulert som skissert ovenfor, ville

⁵⁵⁴ Omskrevet sitat fra HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se originalsitat i punkt 3.2.3 ovenfor.

⁵⁵⁵ Falkanger og Falkanger (2016) s. 50-51.

⁵⁵⁶ Høyesterett sluttet seg riktig nok i all hovedsak til lagmannsrettens formulering av proformaregelen, som gir anvisning på en vurdering av «[h]vem som er den reelle eier», se HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 88-89.

⁵⁵⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68, jf. avsnitt 50.

⁵⁵⁸ Tvangsfullbyrdsloven § 7-1 annet ledd henviser eksplisitt til dekningsloven § 2-2, og «tilhører»-vilkåret skal forsås på samme måte i begge bestemmelsene, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 142.

Høyesterett samtidig anlagt en *substansiell* tilnærming til eiendomsrettens overgang.⁵⁵⁹ Høyesterett ville da «blandet seg» inn i en betent rettsteoretisk diskusjon, ettersom kjennelsen ville gitt implikasjoner i strid med den rådende tilnærmingen til eiendomsretten, se punkt 5.3.2 ovenfor. Det er nærliggende å tenke at Høyesterett, i stedet for å ta stilling til hvordan eiendomsrettens overgang skal systematiseres i relasjon til «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, anså det som mindre kontroversielt å «inkorporere» vurderingen i en objektiv test i proformaregelen, ettersom dette i større grad er forenelig med den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten. Det var tross alt flere i juridisk litteratur som argumenterte for en slik løsning, herunder høyesterettsdommer *Høgetveit Berg*, se punkt 2.3.2 ovenfor.⁵⁶⁰

Denne observasjonen gjør det fristende å reise spørsmålet Høyesterett ikke oppstilte, nemlig om «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 på generelt grunnlag gir anvisning på en funksjonell eller substansiell vurdering av eiendomsrettens overgang. Siden denne problemstillingen både er omfattende og omdiskutert, samt at den tematisk ligger utenfor denne masteravhandlingens kjerne, vil jeg ikke foreta en inngående drøftelse av dette. Likevel vil jeg fremheve at vurderingstemaet- og momentene i den objektive testen i proformaregelen, illustrerer at det *er* mulig å ta stilling til om det har skjedd en reell overdragelse av eiendomsretten, uten å knytte vurderingen opp mot overgangen av de enkelte eierbeføyelsene.⁵⁶¹ Selv om jeg *ikke* tar et tydelig standpunkt i diskusjonen om eiendomsretten og dennes overgang, mener jeg at «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 har klare substansielle implikasjoner.⁵⁶²

Jeg er i prinsippet *ikke uenig* med Høyesterett i at proformavurderingen inngår i forståelsen av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2. Dersom avtalepartene *ikke* har ment at eiendomsretten til det aktuelle formuesgodet skal gå over fra debitor til suksessor, så «tilhører» dette fremdeles debitor i dekningsloven § 2-2 sin forstand. Likevel mener jeg at proformavurderingen

⁵⁵⁹ Salvesen (2021) s. 118: "Hvorvidt det er dekkende å knytte proforma til spørsmålet om eiendomsrettens overgang, vil være avhengig av om man anlegger en substansiell eller funksjonell tilnærming til dekningsloven § 2-2 ... For min egen del mener jeg en substansiell tilnærming til eiendomsretten kan gi en mer dekkende beskrivelse av hvordan proformaregelen forholder seg til dekningsloven § 2-2".

⁵⁶⁰ Høyesterettsdommer *Borgar Høgetveit Berg* publiserte i september 2017 artikkelen «Proforma i beslagsretten» i *Jussens venner* (Vol. 52, Utg. 4, pp. 203-221), hvor han argumenterte for en objektiv tilnærming til proformaregelen, se punkt 2.3.2 ovenfor. *Høgetveit Berg* satt selv som én av de fem dommerne i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, se kjennelsens avsnitt 105.

⁵⁶¹ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 119.

⁵⁶² Salvesen (2021) s. 118-119. Se også Falkanger og Falkanger (2016) s. 75-76: "I gjeldende rett finner man en nokså variert teknikk. I betydelig utstrekning er reglene funksjonelle ... Men det er også mange eksempler på at lovgiveren har valgt å knytte rettsvirkninger direkte til eiendomsretten. På dette vis er hovedregelen i dekn. § 2-2 formulert: Kreditorer kan legge beslag på de verdier som 'tilhører skyldneren', dvs. det han eier. Det er ikke ett enkelt kriterium som blir avgjørende her. Det må spørres om debitor har en så sterk tilknytning til objektet at eierkarakteristikken er på sin plass".

ikke i seg selv bør være avgjørende for om et formuesgode anses å «tilhøre» skyldneren eller en tredjepart, se kapittel 7 nedenfor.

Problemstillingen i dette punktet var hvorvidt to-trinns proformavurderingen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, i *realiteten* innebærer en vurdering av eiendomsrettens overgang. Svaret på problemstillingen beror trolig på hvordan proformaregelen blir praktisert i fremtiden. Likevel mener jeg at vurderingstemaet i to-trinns proformaregelen *åpner for* at rettsanvenderen i *realiteten* tar stilling til om eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver. I tilfelle blir ikke betegnelsen *proforma* noe annet enn «navnet på resultatet» av at formuesgodet i *realiteten* «tilhører» noen andre enn de formelle forholdene tilsier, se kapittel 7 nedenfor.⁵⁶³

5.4 Proformaregelen åpner for at kreditor får en bedre rett enn debitor

Erik Martin Vik anførte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* at «[e]t objektivt proformabegrep vil innebære at kreditorene kan påberope *proforma* i tilfeller der partene selv ikke kan påberope dette overfor hverandre», og at «[d]ette er feil forståelse av ... dekningsloven § 2-2».⁵⁶⁴ Det er nærliggende å tolke anførselen som en henvising til det grunnleggende beslagsrettslige utgangspunkt at kreditor utleder sin rettsstilling fra debitor, og derfor verken får større eller mindre rett enn debitor hadde, se punkt 2.2.1 ovenfor.⁵⁶⁵ Som utslag av dette utgangspunktet bør heller ikke kreditor ha adgang til å bygge sin beslagsrett på at overdragelsen mellom debitor og suksessor er *proforma*, dersom debitor ikke hadde kunnet gjøre *proforma* gjeldende overfor suksessor (*inter partes*). Anførselen til Erik Martin Vik ble så vidt drøftet i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Høyesterett uttalte at «*proforma* i prinsippet gjelder på samme måte mellom partene selv som i forholdet mellom dem og tredjeperson».⁵⁶⁶ Uttalelsen tilsier at Høyesteretts *intensjon* var å utforme en proformaregel som kunne anvendes både *inter partes* og overfor tredjeparter, samt at Høyesterett selv mener at to-trinns proformaregelen *ikke* innebærer et unntak fra utgangspunktet om at kreditor utleder sin rett fra debitors rettsstilling.

Som drøftet i punktene 4.4 og 5.2.3 ovenfor, taler de beste grunner for at det skal anlegges en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen avtalepartene imellom. Årsaken er i korthet at det vil

⁵⁶³ Se i samme retning LB-2017-26988 og LB-2017-37829.

⁵⁶⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 34.

⁵⁶⁵ Sandvik (1967) s. 73, Salvesen (2021) s. 44 og 159, Baldersheim (2012) s. 138, Lilleholt (2018) s. 34 og Andenæs (2009) s. 157-158. Sammenlign med Marthinussen (2019) s. 30: «[B]oet blir satt i samme rettsposisjon som konkursdebitor», Rune Sæbø (1996) s. 126: «[K]reditor i alle fall som utgangspunktet trer inn i debitors posisjoner» og Brækhus og Hærem (1964) s. 494: "At A's kreditorer i alle tilfelle er ubundet av overdragelser som er skjedd *proforma*, følger av at deres rett går like langt som A's egen rett".

⁵⁶⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 83.

stride mot grunnleggende avtalerettslige regler og prinsipper dersom partsviljen *ikke* utgjør det overordnede vurderingstemaet for avtalens innhold *inter partes*. Dersom den aktuelle avtalen innebærer overdragelse av et formuesgode mot en bestemt motytelse, er debitor avtalerettslig forpliktet til å overdra formuesgodet til suksessor, såfremt avtalepartene har inngått en gyldig avtale, suksessor har ytt sin del av forpliktelsen og partene faktisk mener at avtalen er reell.⁵⁶⁷ I slike tilfeller kan ikke debitor få avtalen kjent ugyldig ved å påberope *proforma*.⁵⁶⁸

I forlengelsen av utgangspunktet om at kreditor utleder sin beslagsrett fra debtors rettsstilling, bør også kreditor være henvist til en subjektiv tilnærming til proformaregelen.⁵⁶⁹ I HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gav imidlertid Høyesterett anvisning på en to-trinns proformaregel som skal anlegges i beslagsrettslige tredjepartskonflikter, se punktene 3.2 og 4.2 ovenfor. I en proformatvist mellom avtalepartene på den ene siden og kreditor på den annen, er det «ikke nok å spørre om partene rent subjektivt mente at transaksjonen ikke skulle være reell – man må foreta en objektiv vurdering».⁵⁷⁰ Ettersom avtalepartenes subjektive oppfatning *ikke* er det avgjørende vurderingstemaet for den objektive testen i to-trinns proformaregelen, åpner regelen for at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde.⁵⁷¹ Fra et teoretisk ståsted er dette lite tilfredsstillende, ettersom et slikt resultat *ikke* er forenelig med utgangspunktet om at kreditor utleder sin rett fra debitor.⁵⁷²

Et ytterligere argument *mot* å operere med en ulik proformaregel i forholdet mellom avtalepartene, og mellom avtalepartene på den ene siden og en tredjepart på den annen, er at dette åpner for ulike resultater avhengig av *hvem* som påberoper at overdragelsen er *proforma*. Følgende tenkte scenario kan illustrere dette: Det foreligger en overdragelse av et formuesgode mellom avhender A og erverver S. Dersom proformas spørsmålet kommer opp i en sak *inter partes*, altså der A anfører at overdragelsen av formuesgodet var *proforma*, mens S fastholder at overdragelsen var reell, må proformavurderingen begrenses til hva partene egentlig mente med overdragelsen – den subjektive tilnærmingen, se punktene 4.4 og 5.2 ovenfor. Hvis domstolen ikke med tilstrekkelig grad av sannsynlighet finner det bevist at overdragelsen var ment *proforma*, blir overdragelsen stående som gyldig. Kommer derimot anførselen om *proforma* opp i en tvist mellom avtalepartene på den ene siden, og en tredjepart på den annen side, vil domstolen kunne vurdere proformas spørsmålet etter den objektive tilnærmingen, og derfor etter en helhetsvurdering komme til at overdragelsen er *proforma*, se punktene 3.2 og 4.2.1 ovenfor. Eksempelet illustrerer at proformaregelen kan føre til ulikt resultat avhengig av hvem som først anlegger sak med påstand om *proforma*. Hvis det allerede har vært fremsatt proformainnsigelse i en tvist avtalepartene imellom, vil dessuten reglene om rettskraft sette

⁵⁶⁷ Marthinussen (2019) s. 37 og Salvesen (2021) s. 160.

⁵⁶⁸ Sandvik (1967) s. 73-74.

⁵⁶⁹ Kristiansen (2020) s. 110-111, Sandvik (1967) s. 73 og Salvesen (2021) s. 160.

⁵⁷⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 85.

⁵⁷¹ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 159-160.

⁵⁷² Sandvik (1967) s. 73 og Salvesen (2021) s. 160-161.

en effektiv stopper for kreditorenes proformainnsigelse, ettersom kreditorene er bundet av avgjørelsen mellom avtalepartene, jf. tvisteloven § 19-15 (1) annet punktum. Dette understreker det problematiske ved å operere med en ulik tilnærming til proformaregelen avhengig av om innsigelsen fremsettes i en tvist avtalepartene imellom, eller avtalepartene på den ene siden og kreditor (eller annen tredjepart) på den annen.

Det kan selvsagt innvendes at Høyesterett vurderte disse forholdene som så lite tungtveiende at det *ikke* kunne få avgjørende betydning for utformingen av proformaregelen. Som *Høgetveit Berg* uttrykker det, er «setninga om at kreditoranes beslagsrett ikkje går lenger enn debtors rett til det aktuelle formuesgodet, [kun] ein karakteristikk av reglane på eit omfattande rettsområde, og ikkje ein absolutt regel som stengjer for dei unntaka som reelle omsyn gjer nødvendig». ⁵⁷³ Hvis Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* faktisk *mente* å oppstille et unntak fra dette grunnleggende utgangspunktet, burde Høyesterett, etter mitt skjønn, drøftet problemstillingen eksplisitt, samt begrunnet standpunktet nærmere. Å oppstille en proformaregel som innebærer et unntak fra et grunnleggende beslagsrettslig prinsipp, og samtidig (tilsynelatende) fremstille det som at regelen *ikke* utgjør et unntak, er etter mitt skjønn en uheldig juridisk metode. Fremtidige rettsanvendere kan utlede utilsiktede slutninger fra slike inkonsistenser i rettskildet bildet, noe som kan gi uheldige rettslige implikasjoner for den videre rettsutviklingen.

5.5 Grensedragningen mot en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditor

5.5.1 Introduksjon

I HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* anførte Erik Martin Vik at en objektiv tilnærming til proformaregelen «i realiteten [vil] innebære innføring av en ulovfestet omstøtelsesadgang eller gjennomskjæringsadgang» for enkeltforfølgende kreditor, noe lovforarbeider og høyesterettspraksis eksplisitt tar avstand fra. ⁵⁷⁴ Førstvoterende drøftet problemstillingen kort, men fremhevet at han «ikke [kunne] se at en objektiv proformaregel kommer i strid med [rettskildene som tilsier] at enkeltforfølgende kreditorer ikke bør ha adgang til å omstøte illojale disposisjoner slik et konkursbo kan», ettersom «[o]mstøtelsesreglene har egne vilkår og egne rettsvirkninger, forskjellig fra proforma». ⁵⁷⁵

Etter å ha undersøkt og drøftet to-trinns proformaregelen Høyesteretts oppstilte i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, fremstår ikke grensedragningen mot en ulovfestet omstøtelsesadgang like opplagt som førstvoterende her gir uttrykk for, da proformaregelen har flere likhetstrekk

⁵⁷³ Høgetveit Berg (2017) s. 217.

⁵⁷⁴ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 34.

⁵⁷⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 84.

med de objektive omstøtelsesreglene.⁵⁷⁶ Dette kan potensielt være problematisk, ettersom både dekningslovens forarbeider og høyesterettspraksis tar avstand fra en ulovfestet omstøtelsesregel for enkeltforfølgende kreditorer.⁵⁷⁷ Hvis to-trinns proformaregelen i praksis ligger tett opp mot omstøtelsesreglene, vil Høyesterett langt på vei ha inntatt en lovgiverposisjon.⁵⁷⁸ Dette aktualiserer en nærmere drøftelse av grensdragningen mellom proformaregelen og en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer, se punkt 5.5.3 nedenfor. Ettersom omstøtelsesreglene ikke tidligere er omtalt, vil jeg først gi en kort redegjørelse for disse i punkt 5.5.2 umiddelbart nedenfor.

5.5.2 Kort om omstøtelsesreglene

Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 gjør det mulig for et *konkursbo* å, dersom vilkårene er oppfylt, få tilsidesatt en allerede gjennomført disposisjon fra skyldner til suksessor.⁵⁷⁹ Hensynet bak omstøtelsesreglene er å beskytte kreditor mot illojale disposisjoner fra debitor og øvrige kreditorer.⁵⁸⁰ Hovedformålet er å motvirke at boet tømmes for formuesgoder i forkant av boåpningen.⁵⁸¹ I motsetning til rettsvernsreglene, hvor adgangen til kreditorekstinksjon er til stede helt frem til suksessor etablerer rettsvern, er omstøtelsesreglene tidsmessig avgrenset.⁵⁸² Det er bare disposisjoner som skjer en viss tid før fristdagen som rammes av reglene.⁵⁸³

Det sondres gjerne mellom «subjektive» og «objektive» omstøtelsesregler, selv om disse betegnelsene ikke benyttes i dekningsloven.⁵⁸⁴ De *objektive omstøtelsesreglene* finnes i dekningsloven §§ 5-2 til 5-8, og rammer bare forholdsvis avgrensede disposisjoner. For å forenkle bevisetemaet bygger de objektive omstøtelsesreglene på en presumsjon om at bestemte typer disposisjoner som skjer i tidsrommet før en konkursåpning, er illojal overfor kreditorene.⁵⁸⁵ Retts-

⁵⁷⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73 og punkt 3.2 ovenfor.

⁵⁷⁷ NOU 1972: 20 s. 284-285: «Til tross for [en rekke argumenter i motsatt retning] vil Utvalget ikke foreslå at det åpnes en omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer» og Rt. 2014 s. 922 avsnitt 19: «Lovgiver har tatt et bevisst valg om at omstøtelsesreglene i dekningsloven ikke skal gjelde ved enkeltforfølgning».

⁵⁷⁸ Se i samme retning Høyesterett i Rt. 2014 s. 922 avsnitt 19: «Lovgiver har tatt et bevisst valg om at omstøtelsesreglene i dekningsloven ikke skal gjelde ved enkeltforfølgning. Det må da være opp til lovgiver å ta stilling til om det skal innføres en regel om gjennomskjæring eller omstøtelse utenfor konkurs».

⁵⁷⁹ Omstøtelsesreglene gjelder ved konkurs, tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo, og kan *ikke* anvendes av enkeltforfølgende kreditorer, jf. dekningsloven § 5-1, jf. også NOU 1972: 20 s. 284-285.

⁵⁸⁰ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg (2014) s. 75 og Høgetveit Berg (2021) s. 249.

⁵⁸¹ Andenæs (2009) s. 286.

⁵⁸² Andenæs (2009) s. 286. Se om rettsvernsreglene i punkt 1.4.4 ovenfor.

⁵⁸³ Fristdagen ved konkurs er i utgangspunktet «dagen da den begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten», jf. dekningsloven § 1-2 første ledd. Dersom konkurs åpnes etter forutgående gjeldsforhandling eller begjæring om gjeldsforhandling gjelder det imidlertid enkelte særregler for fastsettelse av fristdagen, se dekningsloven § 1-2 annet ledd nr. 1-4.

⁵⁸⁴ Salvesen (2021) s. 68 og Andenæs (2009) s. 287.

⁵⁸⁵ Brækhus og Høgetveit Berg (2014) s. 111, Andenæs (2009) s. 288-289 og Salvesen (2021) s. 68.

virkingen av objektiv omstøtelse er at mottakeren må fralegge seg «den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon», jf. dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum.

I motsetning til de objektive omstøtelsesreglene, er ikke *den subjektive omstøtelsesregelen* avgrenset til å gjelde nærmere bestemte disposisjonstyper. Regelen ivaretar behovet for en «generalklausul» som rammer utilbørlige eller uaktsomme disposisjoner overfor skyldnerens øvrige kreditorer.⁵⁸⁶ Dekningsloven § 5-9 første ledd oppstiller *tre vilkår* for subjektiv omstøtelse. For det første må skyldnerens økonomiske stilling være svak eller bli alvorlig svekket av disposisjonen. Disposisjonen må for det andre ha medført at én av fordringshaverne «på en utilbørlig måte» har blitt begunstiget på bekostning av øvrige kreditorer.⁵⁸⁷ Dekningslovens forarbeider klargjør at ordlyden «utilbørlig» gir anvisning på en helhetlig vurdering, og at vilkåret som hovedregel bare omfatter disposisjoner som er «klart kritikkverdige».⁵⁸⁸ Vilåret omtales i forarbeidene som en «rettslig standard» med et dynamisk innhold.⁵⁸⁹ For det tredje krever den subjektive omstøtelsesregelen at erververen av disposisjonen «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig», jf. dekningsloven § 5-9 første ledd. Den subjektive omstøtelsesregelen kan sies å supplere de objektive reglene.⁵⁹⁰ Rettsvirkningen av subjektiv omstøtelse utgjør et erstatningskrav, ved at konkursboet kan «kreve at den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon», jf. dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum.

5.5.3 Forholdet mellom proformaregelen og omstøtelsesreglene

Ettersom to-trinns proformaregelen Høyesterett utpenslet i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* åpner for å tilsidesette en overdragelse som avtalepartene selv har ment skulle være reell, har regelen enkelte kontaktflater med de *objektive* omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5. Årsaken er først og fremst at avtalepartenes subjektive oppfatning av overdragelsen *ikke* utgjør det avgjørende vurderingstemaet verken etter den objektive proformaregelen eller de objektive omstøtelsesreglene.⁵⁹¹ Riktig nok kan det pekes på vel så mange ulikheter mellom regelsettene, særlig hva angår vilkårene for å konstatere henholdsvis *proforma* og omstøtelse. Der den objektive testen i proformaregelen beror på en rettslig helhetsvurdering av overdragelsens «realitet», hvor en rekke vurderingsmomenter kan være av betydning, er de objektive omstøtelsesreglene avgrenset til nærmere bestemte typetilfeller, se punktene 3.2.3 og 5.5.2

⁵⁸⁶ Andenæs (2009) s. 289.

⁵⁸⁷ For en nærmere redegjørelse av «utilbørlig»-vilkåret i dekningsloven § 5-9, se Thor Falkanger (1998).

⁵⁸⁸ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170-171.

⁵⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170-171.

⁵⁹⁰ Andenæs (2009) s. 289.

⁵⁹¹ Salvesen (2021) s. 157.

ovenfor. I motsetning til proformaregelen, beror ingen av de objektive omstøtelsesreglene på en rettslig helhetsvurdering av overdragelsen, men tvert imot på *konkrete vilkår* med et avgrenset anvendelsesområde. Til tross for disse forskjellene på «vilkårssiden», er det ikke utenkelig at to-trinns proformaregelen i fremtiden blir praktisert mer «objektivisert» enn det vurderings-temaet i dag legger opp til, for eksempel gjennom oppstilling av presumsjoner om at bestemte typetilfeller utgjør en proformaoverdragelse.⁵⁹² *Brækhus* antyder til illustrasjon en presumsjon, gjennom uttalelsen om at «[s]ærlig overdragelser innen familien kan det være grunn til å se på med en del skepsis».⁵⁹³ En annen tenkelig presumsjon er at overdragelser som blir foretatt *etter* at debitor har blitt utsatt for kreditorpågang, er *proforma*.⁵⁹⁴ Skulle det i fremtiden utvikles slike presumsjoner på «vilkårssiden», vil grensedragningen mellom proformaregelen og de objektive omstøtelsesreglene bli ytterligere utvisket.⁵⁹⁵

Også på «følgessiden» kan det identifiseres enkelte likheter mellom *proforma* og objektiv omstøtelse, ettersom begge regelsettene omhandler innsigelser fra kreditor som ønsker å beslaglegge formuesgoder som er overdratt fra skyldner til suksessor. Samtidig er det tydelige ulikheter mellom rettsvirkningene av de to regelsettene. Ved *proforma* i medhold av dekningsloven § 2-2 konstateres det at eiendomsoverdragelsen mellom debitor og suksessor er ugyldig, og at formuesgodet derfor fremdeles «tilhører» debitor, se punkt 2.2.3 ovenfor.⁵⁹⁶ Ved omstøtelse har det imidlertid skjedd en (i utgangspunktet) privatrettslig gyldig eiendoms- overdragelse, men denne kan tilsidesettes som følge av omstendighetene rundt overdragelsen, og tidspunktet overdragelsen skjedde, se punkt 5.5.2 ovenfor. Rettsvirkningen av objektiv omstøtelse er at erverver «fraligger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon», jf. dekningsloven § 5-11 første ledd første punktum og punkt 5.5.2 ovenfor.

Som nevnt i punkt 5.5.1 ovenfor, ble forholdet mellom *proforma* og omstøtelse kort omtalt i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, men Høyesterett understreket at reglene innebærer to adskilte regelsett.⁵⁹⁷ Førstvoterende begrunnet standpunktet med å henvise til Rt. 1999 s. 865 *Bugge*, som etter hans mening la opp til en objektiv tilnærming til proformaregelen.⁵⁹⁸ Etter mitt skjønn fremstår imidlertid *ikke* dette som en fullverdig begrunnelse for konklusjonen om at «det er forskjell mellom *proforma* og omstøtelse», ettersom forholdet mellom *objektiv om-*

⁵⁹² Salvesen (2021) s. 157.

⁵⁹³ Brækhus og Hærem (1964) s. 494.

⁵⁹⁴ Se om tidsaspektet som moment i proformavurderingen i punkt 3.3.5 ovenfor.

⁵⁹⁵ Salvesen (2021) s. 157.

⁵⁹⁶ Høgetveit Berg (2017) s. 206.

⁵⁹⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 84.

⁵⁹⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 84.

støtelse og *proforma ikke* ble drøftet i den avgjørelsen Høyesterett viste til.⁵⁹⁹ Kjæremålsutvalget kom riktig nok i Rt. 1999 s. 865 *Bugge* til at *subjektiv* omstøtelse i medhold av dekningsloven § 5-9 og *proforma* utgjør ulike krav i prosessuell forstand.⁶⁰⁰ Ettersom det kan pekes på flere forskjeller mellom den subjektive omstøtelsesregelen på den ene siden, og de objektive omstøtelsesreglene og *proforma* på den annen, undersøkes denne sontringen nærmere i det følgende.

En første forskjell mellom henholdsvis subjektiv omstøtelse på den ene siden, og de objektive omstøtelsesreglene og *proforma* på den annen, kan identifiseres på «vilkårssiden». Til forskjell fra den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9, krever verken de objektive omstøtelsesreglene eller den objektive proformaregelen at avtalepartene har vært i ond tro på overdragelsestidspunktet, se punktene 3.3 og 5.5.2 ovenfor.⁶⁰¹ Riktig nok kan avtalepartenes subjektive oppfatning av overdragelsen inngå som et moment i en objektiv proformavurdering, men utgjør *ikke* et selvstendig vilkår for å konstatere *proforma*, se punktene 3.2.3 og 3.3.4 ovenfor.⁶⁰² Heller ikke de objektive omstøtelsesreglene er uten subjektive vurderingsmomenter. Etter dekningsloven § 5-2, som hjemler omstøtelse av gaver, er det for eksempel relevant å vurdere om formålet med overdragelsen var å berike mottakeren.⁶⁰³ Et ytterligere eksempel på at objektive omstøtelsesregler kan inneholde subjektive vurderingsmomenter, er regelen om omstøtelse av motregning i dekningsloven § 5-6 første ledd annet punktum. Bestemmelsen utvider adgangen til omstøtelse av motregning dersom erververen «visste eller burde vite at skyldneren var insolvent» på tidspunktet fordringen som gir adgang til motregning ble ervervet. Etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 første ledd, utgjør derimot mottakerens aktsomhet rundt skyldnerens økonomiske stilling et *selvstendig vilkår* for omstøtelse, jf. formuleringen «den annen part kjente eller burde kjent».⁶⁰⁴

Videre utgjør det et selvstendig vilkår for subjektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 første ledd, at disposisjonen er «utilbørlig», se punkt 5.5.2 ovenfor. Dette understreker ulikhetene på «vilkårssiden» mellom henholdsvis subjektiv omstøtelse på den ene siden, og objektiv omstøtelse og *proforma* på den annen, ettersom den sistnevnte gruppen *ikke* krever at det kan kon-

⁵⁹⁹ Rt. 1999 s. 865 *Bugge* er nærmere omtalt i punkt 2.3.2 ovenfor.

⁶⁰⁰ Jf. begrensningene i adgangen til å fremsette nye «krav» i ankerunden etter (dagjeldende) tvistemålsloven § 366. En tilsvarende bestemmelse finnes i dag i tvisteloven § 29-4.

⁶⁰¹ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 158.

⁶⁰² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

⁶⁰³ Andenæs (2009) s. 292-294.

⁶⁰⁴ Se også punkt 5.5.2 ovenfor.

stateres klanderverdige forhold ved den aktuelle disposisjonen.⁶⁰⁵ Riktig nok er de objektive omstøtelsesreglene i dekningsloven §§ 5-2 til 5-8 utslag av en presumsjon om at formålet bak de aktuelle disposisjonstypene er å unndra midler fra kreditorene, slik at det ikke er nødvendig å konstatere et slikt motiv i den konkrete saken, se punkt 5.5.2 ovenfor. Heller ikke den objektive testen i proformaregelen *krever* at det kan konstateres utilbørlige forhold ved overdragelsen, selv om dette *kan* utgjøre et moment i den avsluttende helhetsvurderingen, se punkt 3.3.3 ovenfor.

Videre er også *rettsvirkningen* av subjektiv omstøtelse forskjellig fra de objektive omstøtelsesreglene. Rettsvirkningen etter den subjektive regelen utgjør et *erstatningskrav*, ved at «den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon», se dekningsloven § 5-12 første ledd første punktum og punkt 5.5.2 ovenfor. Ettersom verken proformaregelen eller de objektive omstøtelsesreglene åpner for erstatning, har *proforma* også på «følgessiden» mer til felles med de *objektive* omstøtelsesreglene, enn den *subjektive* omstøtelsesregelen.⁶⁰⁶

Gjennomgangen viser at den objektive proformaregelen, både på vilkårs- og følgessiden, har større kontaktflater med objektiv omstøtelse, enn med subjektiv omstøtelse. Ettersom Høyesteretts henvisning til Rt. 1999 s. 865 *Bugge* bare belyser sammenhengen mellom *proforma* og *subjektiv* omstøtelse, mener jeg at sontringen mellom de *objektive* omstøtelsesreglene og proformareglene hadde «fortjent» en grundigere drøftelse av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Det er for så vidt *ikke uriktig* når Høyesterett nøyer seg med å konstatere at «[o]mstøtelsesreglene har egne vilkår og egne rettsvirkninger, forskjellig fra proforma», og at de på denne bakgrunn «ikke [kan] se at en objektiv proformaregel kommer i strid med [rettskildene som tilsier] at enkeltfølgende kreditorer ikke bør ha adgang til å omstøte illojale disposisjoner slik et konkursbo kan».⁶⁰⁷ Likevel *bør* Høyesterett – som *Salvesen* uttrykker det – «utvise forsiktighet med å gå for langt i retning av å objektivere proformaregelen ... ettersom regelen da fort kan få karakter av en ulovfestet omstøtelsesregel».⁶⁰⁸ Dersom proformaregelen i praksis ligger tett opp mot omstøtelsesreglene, vil dette stride mot uttalelsene i dekningslovens forarbeider og høyesterettspraksis.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Salvesen (2021) s. 158.

⁶⁰⁶ Se i samme retning Salvesen (2021) s. 159.

⁶⁰⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 84.

⁶⁰⁸ Salvesen (2021) s. 159.

⁶⁰⁹ Se særlig NOU 1972: 20 s. 284-285 og Rt. 2014 s. 922 avsnitt 19.

6 DEN VIDERE UTVIKLINGEN AV PROFORMAREGELEN

6.1 Innledning

På bakgrunn av de funn jeg har gjort i de foregående kapitlene, vil jeg i kapittel 6 foreta noen *de lege ferenda*-refleksjoner rundt *den videre utviklingen* av proformaregelen. Siktemålet er å komme frem til en effektiv proformaregel som både løser de «problemene» som er skissert ovenfor, samt på en tilfredsstillende måte ivaretar hensynet til avtalepartene på den ene siden, og kreditor og andre tredjeparter på den andre.

Jeg vil i det følgende redegjøre for et utvalg mulige «løsninger» for den videre utviklingen av proformaregelen, samt reflektere rundt virkningen av de ulike løsningene. I punkt 6.2 kommenteres kort løsningen at Høyesterett *holder fast på en objektiv tilnærming* til proformaregelen.⁶¹⁰ Deretter vil jeg i punkt 6.3 undersøke løsningen å *falle tilbake på en subjektiv tilnærming* til proformaregelen – i en eller annen variant. Til slutt drøftes i punkt 6.4 mulighetsrommet for å *supplere en subjektiv proformaregel* med en regel som ivaretar «dimensjonen» man mister ved å forlate den objektive tilnærmingen.

6.2 Holde fast ved en objektiv tilnærming til proformaregelen?

Det kanskje mest *sannsynlige* utfallet for den videre utviklingen av proformaregelen, er at Høyesterett, til tross for de problematiske forholdene jeg har pekt på i kapitlene 4 og 5, *holder fast ved en objektiv tilnærming* til proformaregelen.⁶¹¹ Som prejudikatsdomstol har Høyesterett langt på vei tolkningsautoritet hva gjelder forståelsen av både proformaregelen og dekningsloven § 2-2.⁶¹² Dette er Høyesteretts kanskje største privilegium sammenlignet med en (rettsdogmatisk) forsker: Høyesterett kan i større grad overse inkonsistenser og brister i rettskildebildet som helhet, og heller utpensle en regel de mener er hensiktsmessig og praktisk gjennomførbar, se punkt 1.2.1 ovenfor.

Det er imidlertid ikke til å komme unna at det *er* flere forhold ved den objektive tilnærmingen til proformaregelen som ikke helt «passer», når disse holdes opp mot tilgrensede regelsett og bakenforliggende regler og prinsipper.⁶¹³ Fra et teoretisk ståsted er dette lite tilfredsstillende, ettersom slike inkonsistenser i rettskildebildet lett kan gi grobunn for utilsiktede rettslige implikasjoner som fremtidens rettsanvendere må forholde seg til, se kapitlene 4 og 5 ovenfor.

⁶¹⁰ Årsaken til at dette gjøres kort er at avhandlingens kapittel 4 og 5 berører denne tematikken inngående.

⁶¹¹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se også punkt 3.2 ovenfor.

⁶¹² Skoghøy (2018) s. 40 og 105-106. Se også Grunnloven § 88 første ledd første punktum: «Høyesterett dømmer i siste instans».

⁶¹³ Se særlig kapitlene 4 og 5 ovenfor.

Etter mitt skjønn er det derfor *ikke* en god løsning å holde fast ved den objektive tilnærmingen til proformaregelen som Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*.

6.3 Falle tilbake på en subjektiv tilnærming til proformaregelen?

6.3.1 Anvende en alminnelig subjektiv proformaregel?

Én løsning for å imøtegå de problematiske forholdene jeg har trukket frem i kapitlene 4 og 5 ovenfor, er å *falle tilbake på en subjektiv tilnærming* til proformaregelen.⁶¹⁴ Dersom proformaregelens overordnede vurderingstema er hva avtalepartene *egentlig mente* med overdragelsen, vil dette umiddelbart løse opp i spenningsforholdet med tilgrensede regelsett samt bakenforliggende regler og prinsipper. Proformaregelen vil for det første harmonere med de avtalerettslige tolkningsprinsippene, ettersom vurderingstemaet for begge regelsettene er hva avtalepartene mente med overdragelsen, se punktene 3.2.2 og 5.2.3 ovenfor. Videre vil *ikke* en subjektiv proformavurdering som utslag av dekningsloven § 2-2, i realiteten ligge tett opp mot en vurdering av eiendomsrettens overgang, se punkt 5.3.3 ovenfor. Dessuten vil heller ikke en subjektiv tilnærming til proformaregelen åpne for at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde, ettersom vurderingstemaet er det samme uavhengig av om proformainnsigelsen fremsettes i en tvist *inter partes* eller i en tredjepartskonflikt, se punkt 5.4 ovenfor. Ved å falle tilbake på en subjektiv tilnærming vil dessuten proformaregelen distanseres fra en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer, og dermed unngå spenningsforholdet med uttalelsene i dekningslovens forarbeider, se punkt 5.5.3 ovenfor.

Til tross for at en subjektiv tilnærming til proformaregelen vil imøtegå de problematiske forholdene jeg har pekt på i kapitlene 4 og 5 ovenfor, vil samtidig de svakhetene som var årsaken til at Høyesterett valgte å gå bort fra denne tilnærmingen, umiddelbart komme tilbake. Den sentrale begrunnelsen for at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* gav anvisning på en objektiv tilnærming til proformaregelen, var at en subjektiv tilnærming – etter Høyesteretts skjønn – er utilstrekkelig, ettersom det er *vanskelig å bevise* hva avtalepartene egentlig har ment med overdragelsen, se punktene 2.3.4 og 3.2.3 ovenfor.⁶¹⁵

Likevel kan det spørres om Høyesterett *i for stor grad* problematiserte de forholdene som tilsa at det var grunn til å forlate den subjektive tilnærmingen til proformaregelen, og heller operere med den objektive tilnærmingen. Da Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* innledningsvis beskrev forskjellen mellom de to tilnærmingene, ble det fremhevet at

⁶¹⁴ Den subjektive tilnærmingen til proformaregelen er omtalt i punktene 2.3 og 3.2.2 ovenfor.

⁶¹⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 81.

«forskjellen på en subjektiv og [en] objektiv lære ... ikke er stor i praksis».⁶¹⁶ Bakgrunnen for dette standpunktet var at rettsanvenderen ved en subjektiv tilnærming «gjerner må støtte seg på de samme holdepunktene som ved en objektiv tilnærming for å finne frem til» hva avtalepartene mente med overdragelsen.⁶¹⁷ Underveis i Høyesteretts drøftelse ble det dessuten understreket at «holdepunktene for hva partene har ment [etter den subjektive tilnærmingen], i det store og hele [vil] være de samme omstendighetene som ved en objektiv proformaregel er grunnlaget for vurderingen av om det reelle innholdet i transaksjonen svarer til den formelle rammen», og at de to tilnærmingene dermed «lett [kan] gli noe over i hverandre i praksis».⁶¹⁸ Forskjellen mellom den subjektive og den objektive tilnærmingen beror derfor først og fremst på om proformaregelen innebærer en bevisvurdering av hva avtalepartene egentlig mente med overdragelsen, eller en rettslig helhetsvurdering av overdragelsens realitet.⁶¹⁹ Dette er et helt essensielt poeng som ikke kan gjentas ofte nok. Gitt at det skal anlegges en *subjektiv* tilnærming til proformaregelen, så innebærer *ikke* dette at rettsanvenderen må legge avtalepartenes anførsler om deres subjektive oppfatning opprøvd til grunn. Også etter den subjektive tilnærmingen må proformavurderingen baseres på objektive holdepunkter – men disse blir da «elementer i en bevisvurdering, [og] ikke momenter i en rettslig vurdering».⁶²⁰

Ettersom Høyesterett selv fremhever at det i praksis ikke er så stor forskjell mellom de to tilnærmingene til proformaregelen, er det nærliggende å innvende at den tilnærmingen som i størst grad harmonerer med tilgrensede regelsett, samt bakenforliggende hensyn og prinsipper, *bør* anvendes. Fra et teoretisk ståsted mener jeg at dette *i seg selv* taler for å forkaste den objektive tilnærmingen til proformaregelen, og heller falle tilbake på den subjektive tilnærmingen. Et ytterligere argument for å falle tilbake på en subjektiv tilnærming, er at selve proformakarakteristikken, som Sandvik uttrykker det, har en «viss bismak av illojalitet», se punkt 2.3.2 ovenfor.⁶²¹ At en overdragelse blir tilsidesatt som *proforma* gir assosiasjoner på at avtalepartene har spekulert i hvordan de kan omgå et regelsett for å oppnå en fordelaktig rettsvirkning – ofte på bekostning av tredjeparter. Denne assosiasjonen «lar seg bare forsvare der det virkelig er på det rene mellom partene at den formelle overdragelsen ikke skal ha virkning etter sitt

⁶¹⁶ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 86. Se også avsnitt 80: «De to formene for proformavurdering kan dermed lett gli noe over i hverandre i praksis», og avsnitt 83: «Forskjellen til en subjektiv lære er ... ikke så stor i praksis».

⁶¹⁷ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

⁶¹⁸ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 80. Se også kjennelsens avsnitt 86, hvor Høyesterett minner om at «forskjellen på en subjektiv og objektiv lære ... ikke er stor i praksis».

⁶¹⁹ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73. Se også punkt 3.2 ovenfor.

⁶²⁰ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

⁶²¹ Sandvik (1967) s. 57.

innhold». ⁶²² Et siste argument som med styrke taler *for* å «reservere» proformakarakteristikken til de tilfellene avtalepartene faktisk har ment at overdragelsen skulle være *proforma*, er at det etter mitt skjønn finnes løsninger som ivaretar dimensjonen man «mister» ved *ikke* å holde fast ved den objektive tilnærmingen, se punkt 6.4 og kapittel 7 nedenfor.

6.3.2 Anse vurderingsmomentene som bevispresumsjoner?

Selv om Høyesteretts argumentasjon *mot* å anlegge en subjektiv tilnærming til proformaregelen etter mitt skjønn er overdrevet, har jeg likevel forståelse for rettens standpunkt. ⁶²³ Spørsmålet som da oppstår er om det er mulig å komme frem til en «hybridløsning», som *både* ivaretar de argumentene som taler *for* å anvende en objektiv tilnærming, men samtidig imøtegår argumentene *mot* en slik tilnærming.

Salvesen har tatt til orde for at momentene som ble fremhevet som relevante for den objektive proformaregelen, «bør anses som bevispresumsjoner for at partene har ment/ikke ment at det har skjedd en reell rettighetsoverføring mellom dem». ⁶²⁴ Slik jeg tolker uttalelsen, mener *Salvesen* at det bør tas utgangspunkt i en subjektiv tilnærming til proformaregelen, hvor det avgjørende er hva avtalepartene egentlig mente med disposisjonen, men at den tradisjonelle tilnærmingen må *suppleres med bevispresumsjoner* for hva som var partsviljen. Ved en slik forståelse av proformaregelen vil rettsanvenderen fremdeles måtte vurdere de momentene som ble oppstilt av Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, men disse blir da bevispresumsjoner for hva avtalepartene egentlig har ment, og ikke momenter i en rettslig helhetsvurdering. ⁶²⁵

En slik «bevispresumsjonsregel» vil, til forskjell fra den rettslige helhetsvurderingen som den objektive tilnærmingen legger opp til, i større grad harmonere med tilgrensede regelsett, samt bakenforliggende hensyn og prinsipper. ⁶²⁶ På samme måte som ved en alminnelig subjektiv tilnærming, er det overordnede vurderingstemaet hva avtalepartene mente med overdragelsen, slik at de fleste problemene jeg pekte på i kapitlene 4 og 5 imøtegår, se punkt 6.3.1 ovenfor. Det kan likevel reises innvendinger om hensiktsmessigheten av en slik bevispresumsjonsregel, ettersom det ikke er noen forskjeller mellom det overordnede vurderingstemaet sammenholdt med en alminnelig subjektiv tilnærming. Slik jeg ser det, er den største forskjellen mellom den

⁶²² Sandvik (1967) s. 73. Se i samme retning Sverdrup (2013) s. 10-11: "[P]roforma-karakteristikken bør forbeholdes tilfeller hvor det foreligger en bevisst uoverensstemmelse mellom avtalen innad og avtalen utad" ettersom *proforma* er en "belastende karakteristikk", jf. også punkt 2.3.2 ovenfor.

⁶²³ Se punkt 6.3.1 ovenfor.

⁶²⁴ *Salvesen* (2021) s. 162.

⁶²⁵ HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 73.

⁶²⁶ *Salvesen* (2021) s. 162.

tradisjonelle, subjektive tilnærmingen og bevispresumsjonsregelen følgende: Mens den tradisjonelle, subjektive tilnærmingen bygger på det alminnelige sivilprosessuelle prinsippet om fri bevisbedømmelse, setter bevispresumsjonsregelen i større grad en «ramme» for hvordan rettsanvenderen skal tolke de ulike holdepunktene. En bevispresumsjonsregel vil dermed lette bevisbedømmelsen noe sammenliknet med den alminnelige, subjektive tilnærmingen. På denne måten imøtegår Høyesteretts hovedargument *for* å operere med en objektiv tilnærming, nemlig at den tradisjonelle, subjektive tilnærmingen fører med seg vanskelige bevissspørsmål.⁶²⁷

Umiddelbart fremstår kanskje dette som et godt kompromiss mellom den subjektive og den objektive tilnærmingen til proformaregelen, ettersom vurderingen knyttes opp mot det subjektive vurderingstemaet, samtidig som de objektive vurderingsmomentene får sentral betydning i proformavurderingen. Etter mitt skjønn vil imidlertid innføringen av en bevispresumsjonsregel føre proformaregelen i feil retning. Årsaken er først og fremst at den delen av den objektive tilnærmingen som gav rettsanvenderen en viss fleksibilitet, nemlig at proformavurderingen utgjør en rettslig helhetsvurdering, er fraværende i en bevispresumsjonsregel. Tvert imot vil en bevispresumsjonsregel innebære at rettsanvenderen blir enda mer «bundet» i proformavurderingen, slik at mulighetsrommet for å vektlegge rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger innskrenkes ytterligere sammenliknet med *både* en subjektiv og en objektiv tilnærming.⁶²⁸ Dessuten kan det innvendes at anvendelsen av en slik bevispresumsjonsregel vil gjøre at proformaregelen nærmer seg en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer, se punkt 5.5.3 ovenfor. Selv om proformavurderingen knyttes til hva avtalepartene mente, vil «vilkårssiden» for både bevispresumsjonsregelen og de objektive omstøtelsesreglene bero på objektive omstendigheter som (i utgangspunktet) enten skal eller ikke skal tas til inntekt for henholdsvis *proforma* eller omstøtelse, se punktene 3.2.3 og 5.5.2 ovenfor. En subjektiv proformaregel supplert med bevispresumsjoner for hva partene har ment vil derfor, slik jeg ser det, *ikke* imøtegå denne problematikken. Riktig nok åpner en bevispresumsjonsregel for at avtalepartene kan føre bevis *imot* at de aktuelle holdepunktene (presumsjonene) skal tale for eller imot *proforma*. I praksis innebærer derfor en bevispresumsjonsregel at *bevisbyrden påhviler avtalepartene*, noe som fraviker utgangspunktet om at «det er den som hevder at det foreligger *proforma*, som har bevisbyrden for dette».⁶²⁹ Dersom presumsjonen for eksempel er at overdragelser som blir foretatt *etter* at kreditorpågangen har begynt, er *proforma*, vil det være opp til avtalepartene å føre (mot)bevis for at overdragelsen

⁶²⁷ Se punktene 2.3.4 og 3.2.2 ovenfor.

⁶²⁸ Se om rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger som moment i proformavurderingen i punkt 3.3.8 ovenfor.

⁶²⁹ Fosmark i Bergby m.fl. (2016) s. 596.

ikke er *proforma*.⁶³⁰ Det kan kanskje hevdes at en slik «omvendt bevisbyrde» er fornuftig i tredjepartskonflikter om *proforma*, ettersom det er avtalepartene som sitter på bevismaterialet, og dermed er nærmest å føre bevis for om overdragelsen er reell eller *proforma*. Likevel har jeg vanskelig for å se at hensynet til kreditor eller andre tredjeparter er så tungtveiende at det rettferdiggjør at avtalepartene skal bli stående med de (potensielt) vanskelige bevis-spørsmålene for å påvise at overdragelsen *ikke* er *proforma*.

På denne bakgrunn mener jeg at en bevispresumsjonsregel, hvor man anser de objektive momentene som bevispresumsjoner for hva avtalepartene har eller ikke har ment, vil ha større ulemper enn fordeler. Etter mitt skjønn er det derfor et bedre alternativ å falle tilbake på en alminnelig, subjektiv tilnærming til *proforma*, se punkt 6.3.1 ovenfor.

6.4 Oppstille en regel som kan supplere en subjektiv proformaregel?

6.4.1 Introduksjon

Som drøftet i punktene 6.2 og 6.3 ovenfor, mener jeg at den objektive tilnærmingen til proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, bør forkastes, og at man bør vende tilbake til den tradisjonelle, subjektive tilnærmingen. Forutsatt at Høyesterett velger å gjøre dette, vil samtidig en dimensjon ved den objektive tilnærmingen som unektelig er hensiktsmessig for å ivareta kreditors eller andre tredjeparters interesser, forsvinne.

Spørsmålet som da oppstår, er om det finnes en måte å ivareta dimensjonen man «mister» ved å forlate den objektive tilnærmingen til proformaregel. «Dimensjonen» det her siktes til, er kreditor eller andre tredjeparters mulighet til å få «overprøvd» en overdragelse mellom avtalepartene, på bakgrunn av en rettslig helhetsvurdering hvor de motstående interessene avveies mot hverandre – altså den «objektive testen» i proformavurderingen.⁶³¹ I punktene 6.4.2 til 6.4.4 vil jeg undersøke mulighetsrommet for å *supplere* en subjektiv tilnærming til proformaregelen med en regel som ivaretar samme hensyn som den objektive tilnærmingen.

For ordens skyld vil jeg understreke at en slik regel etter mitt skjønn *egentlig* ikke er nødvendig, da kreditor allerede *bør* være tilstrekkelig ivaretatt gjennom en alminnelig tolkning av «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, se kapittel 7 nedenfor.

⁶³⁰ Se om tidsaspektet som moment i proformavurderingen i punkt 3.3.5 ovenfor.

⁶³¹ Se om den «objektive testen» i proformavurderingen i punkt 3.2.3 ovenfor.

6.4.2 Gjeninnføre en omstøtelsesregel for enkeltforfølgende kreditorer?

En første løsning for å ivareta dimensjonen man mister ved å forlate den objektive tilnærmingen til proformaregelen, er å *gjeninnføre en omstøtelsesregel* for enkeltforfølgende kreditorer – enten gjennom lovgivning eller rettspraksis. Tidligere kunne også enkeltforfølgende kreditorer påberope den subjektive omstøtelsesregelen, det vil si någjeldende dekningsloven § 5-9, se punkt 5.5.2 ovenfor.⁶³² I dag fremgår det forutsetningsvis av dekningsloven § 5-1, samt eksplisitt av både dekningslovens forarbeider og høyesterettspraksis, at det *ikke* lengre er ønskelig med en omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer.⁶³³ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om dette er en hensiktsmessig rettstilstand. Høyesterett har tross alt tillatt den objektive proformaregelen, som har visse likhetstrekk med omstøtelsesreglene, se punkt 5.5 ovenfor. I enkelte tilfeller kan det fremsettes gode argumenter for at også en enkeltforfølgende kreditor *bør* kunne omstøte en disposisjon. I første rekke ville en slik bestemmelse hatt en preventiv effekt for å motvirke kreditorskadelige disposisjoner.⁶³⁴ Videre ville en omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer medført at kreditorene i færre tilfeller så seg nødt til å erklære skyldneren konkurs, for å få omstøtt disposisjonen på denne måten.⁶³⁵ Til tross for at Konkurslovutvalget så verdien av en omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer, særlig i tilfeller hvor debitor bare har én kreditor av betydning og en konkursbegjæring syntes uforholdsmessig, var utvalget klar på at det *ikke* var ønskelig å videreføre en slik regel. Standpunktet ble begrunnet med at den mest rettferdige løsningen totalt sett, etter utvalgets syn, var at midlene blir fordelt på kreditorfellesskapet av et ansvarlig konkursbo.⁶³⁶

Samlet sett er det ikke til å komme unna at både loven, forarbeidene og høyesterettspraksis har tatt avstand fra en omstøtelsesregel for enkeltforfølgende kreditorer, og at det i tilfelle bør være opp til lovgiver å vurdere om de har endret standpunkt i lys av rettsutviklingen eller endrede samfunnsbehov. Etter mitt skjønn bør Høyesterett være varsom med å ta initiativ til å gjeninnføre en slik regel i strid med lovgiverviljen. Å gjeninnføre en omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer er derfor, slik jeg ser det, *ikke* en farbar vei for å ivareta dimensjonen man «mister» ved å falle tilbake på en subjektiv proformaregel.

⁶³² Høgetveit Berg (2021) s. 255.

⁶³³ NOU 1972: 20 s. 284-285, Rt. 1994 s. 1487 og Rt. 2014 s. 992. Se også Høgetveit Berg (2021) s. 255 og punkt 5.5.1 ovenfor.

⁶³⁴ Høgetveit Berg (2021) s. 255.

⁶³⁵ Høgetveit Berg (2021) s. 255.

⁶³⁶ NOU 1972: 20 s. 284-285.

6.4.3 Innføre en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel?

En neste tenkelig løsning for å ivareta dimensjonen man mister ved å forlate den objektive tilnærmingen til proformaregelen, er å innføre en lovfestet eller ulovfestet *gjennomskjærings- eller omgåelsesregel*.⁶³⁷ Den objektive testen i proformaregelen viser at det i beslagsretten kan være behov for, til tross for hva avtalepartene har ment med overdragelsen, å kunne «skjære gjennom» disposisjonen, under henvisning til at denne ikke har hatt tilstrekkelig «realitet», se punkt 3.2.3 ovenfor.⁶³⁸

En mulig innvending *mot* innføringen av en slik gjennomskjærings- eller omgåelsesregel er at det *i praksis* vil innebære liten forskjell fra den objektive testen i proformaregelen. Dette er for så vidt riktig. Likevel er det fra et *teoretisk* ståsted klare forskjeller mellom de to alternative løsningene. Dersom man forholder seg til en subjektiv tilnærming til proformaregelen supplert med en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel, i stedet for den objektive tilnærming til proformaregelen Høyesterett gav anvisning på i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, vil man unngå de fleste problemene jeg har pekt på i kapitlene 4 og 5. Årsaken er at en forutsetning for i det hele tatt å kunne anvende gjennomskjærings- eller omgåelsesregelen, er at det privatrettslige forholdet forutsettes å *være* gyldig og reelt gjennomført. Dette er derimot ikke tilfelle ved den objektive testen i proformaregelen, hvor selve proformavurderingen knyttes til *om* det privatrettslige forholdet er gyldig og reelt gjennomført, se punktene 3.2 og 4.3.3 ovenfor.

Ved å velge løsningen med en subjektiv tilnærming til proformaregelen supplert med en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel, vil man som nevnt unngå flere problemer som aktualiseres ved en objektiv tilnærming til proformaregelen. For det første vil denne løsningen innebære at rettsanvenderen skal benytte samme proformavurdering uavhengig av om tvisten oppstår avtalepartene imellom, eller mellom avtalepartene på den ene siden og en tredjepart på den annen, se punkt 5.4 og kapittel 4 ovenfor. Videre vil denne løsningen harmonere bedre med de bakenforliggende avtalerettslige reglene og prinsippene, ettersom det avgjørende for det privatrettslige forholdet (i utgangspunktet) er hva avtalepartene mente med den aktuelle overdragelsen, se punkt 5.2.3 ovenfor. En eventuell gjennomskjæring skjer først *i etterkant* av de avtalerettslige stadiene om binding, ugyldighet og tolkning. Etter mitt skjønn vil løsningen med en subjektiv proformaregel supplert med en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel også distansere proformaregelen fra en vurdering av eiendomsrettens overgang, se punkt 5.3.3

⁶³⁷ Sammenlign med den skatterettslige omgåelsesregelen, se punkt 4.3.3 ovenfor.

⁶³⁸ Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 298, som omtaler den objektive proformaregelen for "en form for gjennomskjæringsregel".

ovenfor. Tvert imot erkjenner man at eiendomsretten i privatrettslig forstand *har gått over* fra avhender til erverver, men til tross for dette skjæres det gjennom det privatrettslige forholdet, under henvisning til at overdragelsen ikke har hatt tilstrekkelig realitet til å bli stående overfor et konkurrerende kreditorbeslag. Her skinner imidlertid løsningens store svakhet gjennom, nemlig at denne ikke imøtegår «problemet» med at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde, se punkt 5.4 ovenfor. En forutsetning for en slik gjennomskjærings- eller omgåelsesregel må være at denne bare kan påberopes av kreditor eller andre tredjeparter. Dersom regelen også kunne påberopes av avtalepartene selv, ville regelen, på sammen måte som den objektive testen i proformaregelen, innebære motstrid med grunnleggende avtalerettslige regler og prinsipper, se punktene 2.2.1 og 5.2 ovenfor.

Selv om innføringen av en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel derfor *ikke* hadde løst problematikken om at kreditor får en bedre rett enn debitor hadde, ville enten Høyesterett eller Stortinget *måtte* ta stilling til om det er grunnlag til å fravike dette utgangspunktet. At kreditor ikke skal få en bedre rett enn debitor hadde utgjør tross alt bare et utgangspunkt, og det er ikke noe prinsipielt i veien med å oppstille unntak fra dette, noe både rettsvernsreglene og omstøtelsesreglene tydeliggjør.⁶³⁹ *Poenget* er at innføringen av en slik gjennomskjærings- eller omgåelsesregel hadde fordret en eksplisitt vurdering av de motstående hensynene, noe som *ikke* ble gjort ved utpenslingen av den objektive proformaregelen i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, se punkt 2.3.4 ovenfor. Det er vanskelig å spekulere i om Høyesterett eller Stortinget, etter en avveining av de motstående hensynene, hadde vurdert det som hensiktsmessig å innføre en slik gjennomførings- eller omgåelsesregel, og dermed oppstille et unntak fra utgangspunktet om at kreditor ikke får bedre rett enn debitor hadde. Likevel kan det forhold at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* anså det som nødvendig å «endre» proformaregelen til å (også) omfatte en objektiv test, tas til inntekt for at en slik regel *er* nødvendig for å i tilstrekkelig grad hindre kreditorskadelige disposisjoner.⁶⁴⁰

En innvending *mot* innføringen av en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel, er at også en slik regel vil ligge tett opp mot en ulovfestet omstøtelsesadgang for enkeltfølgende kreditorer, og derfor kunne komme i konflikt med uttalelsene i dekningslovens forarbeider og etterfølgende høyesterettspraksis, se punkt 5.5.1 ovenfor.⁶⁴¹ I Rt. 2014 s. 922 slo dessuten

⁶³⁹ Høgetveit Berg (2017) s. 217: "[S]etninga om at kreditoranes beslagsrett ikkje går lenger enn debitors rett til det aktuelle formuesgodet, er ein karakteristikk av reglane på eit omfattande rettsområde, og ikkje ein absolutt regel som stengjer for dei unntaka som reelle omsyn gjer nødvendig".

⁶⁴⁰ Se i samme retning Klungsoyr Kristiansen (2020) s. 298, som omtaler den objektive proformaregelen for "en form for gjennomskjæringsregel".

⁶⁴¹ Se NOU 1972: 20 s. 284-285 og Rt. 2014 s. 922 avsnitt 19.

Høyesteretts ankeutvalg uttrykkelig fast at en «regel om gjennomskjæring» utenfor konkurs *ikke* kan oppstilles på ulovfestet grunnlag, og at dette i tilfelle må innføres av lovgiver.⁶⁴² Det er derfor opp til Stortinget å avgjøre om det skal oppstilles en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel. En slik løsning *kan* imidlertid ivareta «dimensjonen» man mister ved å forlate den objektive tilnærmingen til proformaregelen.

6.4.4 Anvende avtaleloven § 36?

En tredje tenkelig løsning som kan supplere en subjektiv proformaregel og samtidig ivareta dimensjonen man mister ved å forlate den objektive proformaregelen, er å *anvende avtaleloven § 36*. Bestemmelsen muliggjør at en avtale «helt eller delvis [kan] settes til side eller endres» dersom det vil «virke urimelig» å gjøre den gjeldende, jf. avtaleloven § 36 første ledd første punktum. I urimelighetsvurderingen skal det tas hensyn til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse», samt «senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig», jf. avtaleloven § 36 annet ledd. På samme måte som en gjennomskjærings- eller omgåelsesregel, fordrer avtaleloven § 36 at det foreligger en i utgangspunktet bindende og gyldig avtale mellom avtalepartene.⁶⁴³ Bestemmelsen legger opp til en avveining av prinsippet om at avtaler skal holdes og hensynet til forutberegnelighet på den ene siden, opp mot hensynet til den som påstår at avtalen vil «virke urimelig» på den andre siden.⁶⁴⁴

Det er ikke opplagt om også forhold som rammer *andre enn avtalepartene* kan vektlegges i urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36, ettersom bestemmelsens ordlyd ikke utelukker dette.⁶⁴⁵ Av bestemmelsens forarbeider fremgår det at «regelen også i noen utstrekning [kan] anvendes analogisk utenfor sitt direkte virkeområde».⁶⁴⁶ Dette taler for at det kan være relevant å ta hensyn til også tredjeparters interesser i urimelighetsvurderingen. På den annen side er formålet bak bestemmelsen «å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts mulige misbruk av avtalefriheten».⁶⁴⁷ Det er vanskelig å hevde at kreditor i en gjeldsinndrivelses-situasjon utgjør en svak kontraktspart. En tungtveiende innvending *mot* at tredjeparters interesser kan vektlegges i urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36, er at denne retts-tilstanden vil være svært *lite forutberegnelig* for avtalepartene.⁶⁴⁸ Hvorvidt også virkninger for andre enn avtalepartene kan vektlegges i urimelighetsvurderingen er heller ikke omtalt i

⁶⁴² Rt. 2014 s. 922 avsnitt 19.

⁶⁴³ Giertsen (2021) s. 289 og Woxholth (2021) s. 392.

⁶⁴⁴ Rt. 2013 s. 769 *IF* avsnitt 44, Giertsen (2021) s. 261-262 og Woxholth (2021) s. 392.

⁶⁴⁵ Giertsen (2021) s. 194.

⁶⁴⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 41.

⁶⁴⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 3, jf. tilsvarende i NOU 1979: 32 s. 39.

⁶⁴⁸ Sammenlign med punktene 5.2.3 og 5.4 ovenfor.

bestemmelsens forarbeider. Likevel kan det fremheves at avtaleloven § 36 i hovedsak var ment å sammenfalle med resten av de nordiske landenes lempningsregler.⁶⁴⁹ I forarbeidene til den *svenske* avtaleloven § 36 fremgår det at bestemmelsen *ikke* kan anvendes for urimelighet som rammer tredjepart.⁶⁵⁰ Hva som kan utledes av dette i relasjon til den norske bestemmelsen er imidlertid usikkert. Videre har jeg ikke lyktes å finne noen høyesterettsavgjørelse hvor forholdet til tredjeparter er tatt til inntekt for at en avtale er urimelig i medhold av avtaleloven § 36. Dette innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at bestemmelsen ikke *kan* benyttes i slike tilfeller, men bare at problemstillingen aldri har kommet på spissen for Høyesterett.

Samlet sett fremstår det *uavklart* om avtaleloven § 36 kan anvendes i tilfeller hvor avtalen vil «virke urimelig» overfor kreditor eller andre tredjeparter. Likevel mener jeg at rettskildesituasjonen *åpner for* at Høyesterett, dersom de anser det som formålstjenlig, *kan* benytte bestemmelsen for å tilsidesette eller endre avtaler som får urimelige virkninger for andre enn avtalepartene, for eksempel en dekningsøkende kreditor. Avtaleloven § 36 kan derfor *tenkes* å supplere en subjektiv proformaregel, og dermed ivareta «dimensjonen» man mister ved å forlate den objektive tilnærmingen til proformaregelen.

⁶⁴⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 41 og Giertsen (2021) s. 194 (fotnote).

⁶⁵⁰ SOU 1974: 83 s. 161 og Prop. 1975/76: 81 s. 130.

7 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

Som nevnt i kapittel 6 ovenfor, mener jeg at Høyesterett bør forkaste den objektive tilnærmingen til proformaregelen, og heller falle tilbake på en subjektiv tilnærming. Årsaken er i korthet at den objektive tilnærmingen i for stor grad «kolliderer» med tilgrensede regelsett, samt bakenforliggende hensyn og prinsipper, se kapitlene 4 og 5 ovenfor. I dette kapittelet vil jeg komme med noen *avsluttende betraktninger* om proformaregelen i lys av HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*. Det er i hovedsak to forhold jeg ønsker å trekke frem.

Det første forholdet knytter seg til at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank*, slik jeg ser det, langt på vei *egentlig* oppstilte et vurderingstema for om eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver, selv om dette *omtales* som *proforma*, se punkt 5.3.3 ovenfor. For min egen del har jeg mer sansen for hvordan forholdet mellom *proforma* og «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2 beskrives av Borgarting lagmannsrett i LB-2017-26988:

«Lagmannsretten vil påpeke at det relevante vurderingstemaet – slik det er gjengitt ovenfor – er hvem som er den reelle eier. At man karakteriserer den som fremstår som registrert eier – men som ikke er reell eier – som *proforma* eier, blir et *navn på resultatet* av vurderingen ...

Vår sak gjelder tolkningen av dekningsloven § 2-2 og tvangsfullbyrdelsesloven § 7-14. Etter lagmannsrettens syn er det i den sammenheng ikke grunnlag for – verken i rettspraksis eller i andre kilder – å gjøre et skille mellom de tilfellene der en annen enn den registrerte eier blir ansett som reell eier på grunn av at registrert eier kun er *proforma* eier, og de tilfellene der dette skjer ved en ‘bred og konkret bevisbedømmelse’. Som nevnt blir *proforma*-karakteristikken kun *navnet på resultatet* av vurderingen av dekningslovens og tvangsfullbyrdelseslovens [sic] bestemmelser. Vurderingstemaet er uansett *hvem som er reell eier*, og det må det [sic] foretas en *helhetsvurdering* hvor alle relevante momenter får betydning.

Lagmannsretten vil i det følgende benytte begrepet *proforma* eier som et *hjelpebegrep* for den situasjonen at den registrerte eier ikke er den reelle eier» (mine uthevinger).⁶⁵¹

Som det fremgår av sitatet fra lagmannsrettens kjennelse, blir betegnelsen *proforma* i relasjon til «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2, bare brukt som «hjelpebegrep» for de tilfellene at den som tilsynelatende fremstår som eier, ikke i realiteten er eieren. Proformakarakteristikken

⁶⁵¹ LB-2017-26988, under punktet «Rettslige utgangspunkter». Se tilsvarende formuleringer i LB-2017-37829 *Deutsche Bank I*, under kjennelsens punkt «6.3 Er overføringen reell eller var Alexander Vik *proforma* eier?»

benyttes derfor bare som «navnet på resultatet» av den vurderingen som må gjøres i medhold av dekningsloven § 2-2. Uavhengig av om betegnelsen *proforma* benyttes eller ikke, er vurderingstemaet, slik lagmannsretten ser det, *hvem som er den reelle eieren* av formuesgodet.

Jeg deler for det meste lagmannsrettens syn på forholdet mellom *proforma* og «tilhører»-vilkåret i dekningsloven § 2-2. Likevel mener jeg at det i fremtiden *bør* sondres tydeligere mellom de to rettslige vurderingene. Etter mitt skjønn beskrives forholdet mellom reglene best slik: Dekningsloven § 2-2 gir anvisning på en vurdering av hvem som er den reelle eieren av det omtvistede formuesgodet. Hvorvidt overdragelsen av formuesgodet er (subjektiv) *proforma*, utgjør *én del* av vurderingen av eiendomsrettens overgang. Dersom overdragelsen er *proforma*, så er dette tilstrekkelig for å fastslå at eiendomsretten *ikke* har gått over fra avhender til erverver.⁶⁵² Denne rettsvirkningen kan imidlertid *ikke* leses antitetisk. Med dette mener jeg at dersom rettsanvenderen finner at overdragelsen *var* reelt ment, så innebærer *ikke* dette *i seg selv* at eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver. Vurderingen av eiendomsrettens overgang omfatter følgelig *noe mer* enn en (subjektiv) *proformavurdering*. Det må *i tillegg* foretas en rettslig helhetsvurdering av hvem som objektivt sett er den reelle eieren – uten at dette knyttes opp til *proformavurderingen*.⁶⁵³ At overdragelsen *ikke* er (subjektiv) *proforma*, utgjør derfor en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for at eiendomsretten har gått over fra avhender til erverver.

En mulig forklaring på at Høyesterett i HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* valgte å behandle vurderingen av eiendomsrettens overgang bak hjelpebegrepet *proforma*, er at eiendomsrettens overgang som sådan ikke utgjør et selvstendig rettsspørsmål etter den funksjonelle tilnærmingen til eiendomsretten, se punkt 5.3.3 ovenfor. Etter mitt skjønn *bør* imidlertid Høyesterett og andre rettsanvendere i fremtiden oppstille det rettslige vurderingstemaet slik den aktuelle lovbestemmelsen gir anvisning på. Dekningsloven § 2-2 gir unektelig anvisning på en vurdering av hvem det omtvistede formuesgodet «tilhører», og *ikke* på en vurdering av om overdragelsen var *proforma*. Som *Salvesen* uttrykker det, *bør* kreditorenes beslagsrett «styres av rettskildene, og ikke av en rettsteoretisk debatt om eiendomsrettens rettslige betydning».⁶⁵⁴

Det neste forholdet jeg ønsker å knytte noen betraktninger rundt, er betydningen av å sette «merkelapper» foran rettslige vurderingstemaer, i den hensikt å gi en kortfattet beskrivelse av

⁶⁵² HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* avsnitt 68 og punkt 3.2 ovenfor.

⁶⁵³ Denne forståelsen av sammenhengen mellom *proforma* og eiendomsrettens overgang er i det vesentlige i tråd med argumentasjonen til Sandvik (1967) og Sverdrup (2013), se punkt 2.3.2 ovenfor.

⁶⁵⁴ *Salvesen* (2021) s. 110. Se også punkt 5.3.2 ovenfor.

innholdet i vurderingen. I denne masteravhandlingen har jeg berørt to par med slike merkelapper, henholdsvis «subjektiv» og «objektiv», samt «funksjonell» og «substansiell». Begrepsparet *subjektiv* og *objektiv* ble omtalt både i tilknytning til proformaregelen, avtalerettslige tolkningsprinsipper og omstøtelsesreglene, mens begrepsparet *funksjonell* og *substansiell* ble omtalt i forbindelse med spørsmålet om eiendomsrettens overgang. Bak begge disse begrepsparene ligger en langvarig rettsteoretisk debatt om hva som er det rettslige vurderingstemaet for de bakenforliggende regelsettene.⁶⁵⁵ Er proformaregelen «subjektiv» eller «objektiv»? Skal det anlegges en «subjektiv» eller «objektiv» tolkningslære i avtaleretten? Og skal rettsanvenderen forholde seg til en «funksjonell» eller «substansiell» tilnærming til eiendomsretten ved vurderingen av hvem som eier et formuesgode?

Slik jeg leser diskusjonene i juridisk litteratur fremstår det som de ulike forfatterne normalt oppstiller samme problemstilling, men at argumentasjonen i stor grad varierer fra forfatter til forfatter. Dette innebærer at selv om flere forfattere konkluderer med at avtaletolkningen skal skje på bakgrunn av et «objektivt» tolkningsprinsipp, betyr ikke dette nødvendigvis at de er enige i hvordan tolkningen nærmere bestemt skal foretas. Bruken av betegnelsene «subjektiv» og «objektiv» for å beskrive innholdet i henholdsvis *proforma* og avtaletolkning, er dermed bare *teoretiske konstruksjoner* for å beskrive en praktisk virksomhet. At ulike forfattere i prinsippet kan være *enige* i at tolkningen skal være «objektiv», samtidig som de er rivende *uenig* i hva dette nærmere bestemt innebærer, er egnet til å skape forvirring både for Høyesterett og andre rettsanvendere. Ved å benytte slike merkelapper for å beskrive tolkningslæren, risikerer man at ulike rettsanvendere «snakker forbi hverandre».

Videre setter slike merkelapper langt på vei en «ramme» for diskusjonen av den bakenforliggende problemstillingen. I stedet for at forfatterne forsøker å beskrive hva Høyesterett i praksis foretar seg, sentreres diskusjonen rundt de nevnte begrepsparene. Særlig begrepsparet «subjektiv» og «objektiv» er egnet til å gi rettsanvenderen (feilaktige) forestillinger om hva som utgjør legitime tolkningsmomenter i den aktuelle vurderingen. Det er unektelig slik at partenes *subjektive* oppfatning er relevant i en *objektiv* vurdering, og at *objektive* holdepunkter er relevant i en *subjektiv* vurdering – både i relasjon til *proforma* og avtaletolkning, se punktene 3.3.1 og 5.2.3 ovenfor.

I løpet av avhandlingsarbeidet har jeg diskutert avhandlingens tema og problemstillinger med både jusstudenter og erfarne jurister. Når jeg har fortalt at Høyesterett etter mitt skjønn bør forkaste den objektive tilnærmingen, og heller falle tilbake på en subjektiv tilnærming til proformaregelen, har de

⁶⁵⁵ Se punktene 2.3.2, 5.2.3 og 5.3.2 ovenfor.

fleste umiddelbart respondert med vantro. Ved nærmere diskusjon viser det seg imidlertid at omtrent samtlige har vært av den oppfatning at rettsanvenderen *ikke* kan se hen til objektive holdepunkter for å finne frem til partenes subjektive mening – verken i proformavurderingen eller tolkningslæren. Dette illustrerer at selv flinke jurister og nesten-jurister lar seg *forvirre* av merkelappene «subjektiv» og «objektiv» for å beskrive det nærmere bestemte vurderingstemaet.

Merkelappen «objektiv» gir dessuten anvisning på forskjellige ting i henholdsvis proforma-vurderingen og avtaletolkningslæren. Mens den «objektive» proformaregelen åpner for å tilsidesette partsviljen som det avgjørende vurderingstemaet, er partenes subjektive mening fortsatt det avgjørende vurderingstemaet etter den «objektive» tolkningslæren, se punkt 5.2.3 ovenfor. At merkelappen «objektiv» dermed gir anvisning på ulike vurderingstemaer innen et beslektet rettsområde, er etter mitt skjønn uheldig, og egnet til å skape uklarhet og misforståelser blant rettsanvendere.

Personlig mener jeg at de rettsvitenskapelige diskusjonene i mindre grad bør handle *om* en rettslig vurdering er *enten* det ene *eller* det andre, og i større grad bør sentreres rundt *hva* som er innholdet i den aktuelle regelen. Dessuten bør det utvises forsiktighet med bruken av «merkelapper» for å beskrive innholdet i ulike rettslige vurderinger, ettersom man risikerer at diskusjonen blir fastlåst i en rettsteoretisk «runddans», og derfor ledes bort fra det som driver rettsvitenskapen fremover.⁶⁵⁶ Etter mitt skjønn kan dette sies å være tilfelle både for den avtale-rettslige tolkningslæren, spørsmålet om eiendomsrettens overgang og proformaregelen.

⁶⁵⁶ Jeg erkjenner at denne masteravhandlingen i en viss utstrekning utgjør ytterligere et bidrag i denne rettsteoretiske «runddansen», ettersom ordet «subjektiv» er benyttet 248 ganger, mens ordet «objektiv» er benyttet 334 ganger.

KILDELISTE

Lover

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Arveloven	Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Dokumentavgiftsloven	Lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift
Domstolloven	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
Ekteskapsloven	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Norske Lov – NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687
Panteloven	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant
Skatteforvaltningsloven	Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Tinglysingsloven	Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Tvistemålsloven	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (opphevet)
Utlendingsloven	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
Verdipapirregisterloven	Lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter (opphevet)
Verdipapirsentralloven	Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv.
Vergemålsloven	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål

Forarbeider

Innstillinger

Innst. 24 L (2019-2020) Innstilling fra finanskomiteen om Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel)

Proposisjoner

Prop. 98 L (2018-2019) Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel)

Prop. 107 L (2017-2018) Lov om arv og dødsboskifte

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang I sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring

Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) Om lov om ekteskap

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)

Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

Prop. 1975/76: 81 Med forslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m. (Sverige)

Ot.prp. nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Offentlige utredninger

NOU 2016: 5 Omgåelsesregel i skatteretten – Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten

NOU 2014: 1 Ny arvelov

NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 1982: 17 Ny tinglysingslov

NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel

SOU 1974: 83 Generalklausul i förmögenhetsrätten (Sverige)

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

Utkast til lov om vergemaal for mindreårige og umyndiggjorte (1919)

Litteratur

- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg. M.H. Andenæs 2009.
- Asland, John, *Arverett*, Gyldendal 2021.
- Baldersheim, Erlend, «Til spørsmålet om eighedsrettens overgang» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1-02, 2012, s. 137-163.
- Baldersheim, Erlend, *Til tingsrettens teori*, Cappelen Damm akademisk 2017.
- Bergby, Gunnar, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øye, *Rettsavklaring og rettsutvikling : festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Universitetsforlaget 2016.
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget 1964.
- Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse» *Jussens Venner*, 49, nr. 2, 2014, s. 61-120. DOI: 10.18261/ISSN1504-3126-2014-02-01 ER.
- Brækhus, Sjur og Hans Petter Lundgaard, *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett : referat av Sjur Brækhus' forelesninger*, 4. utg. Universitetsforlaget 1968.
- Brækhus, Sjur og Hans Petter Lundgaard, *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett i utdrag : referat av Sjur Brækhus' forelesninger*, 4. utg. Universitetsforlaget 1971.
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 & 4 : Omsetningskollisjoner I & II*, Universitetsforlaget 1998.
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg. Universitetsforlaget 2001.
- Elvevold, Lisa Mattea, *Om avtaletolkningens vesen: teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen*: UiT The Arctic University of Norway 2019 (Upublisert doktoravhandling, forventet utgitt i bokform desember 2022).
- Falkanger, Aage Thor, «Sjur Brækhus: Omsetning og kreditt 3 og 4 Omsetningskollisjoner I og II» *Lov og rett*, nr. 1, 2000, s. 56-64.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg. Universitetsforlaget 2016.
- Falkanger, Thor, «Utilbørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9» *Jussens Venner*, nr. 3, 1998, s. 105-131.
- Falkanger, Thor, *Fast eiendoms rettsforhold*, 5. utg. Universitetsforlaget 2016.
- Fleischer, Carl August, *Privatrettslige emner*, Universitetsforlaget 1995.
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utg. Universitetsforlaget 2021.
- Graver, Hans Petter, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 2, 2011, s. 230-249.
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg. Universitetsforlaget 2011.
- Hauge, Hilde, *Løsøreerverters kreditorvern*, Fagbokforlaget 2016.
- Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget 2009.
- Høgberg, Alf Petter, *Kontraktstolkning : særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Oslo: Universitetsforlaget 2006.

- Høgetveit Berg, Borgar, «Beslagsretten i heimelskonflikten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 111, nr. 5, 1998, s. 817-873. DOI: 10.18261/ISSN1504-3096-1998-05-01 ER.
- Høgetveit Berg, Borgar, «Proforma i beslagsretten» *Jussens Venner*, 52, nr. 4, 2017, s. 203-221. DOI: 10.18261/issn.1504-3126-2017-04-01.
- Høgetveit Berg, Borgar, *Beslagsretten : beslagsretten til kreditorane i konkurranse med rettane til tredjemann*, Universitetsforlaget 2021.
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Papinian 2009.
- Klungesøyr Kristiansen, Mari, «Objektiv proforma» - med særlig fokus på kreditorbeslag» *Jussens Venner*, nr. 5, 2020, s. 275-303. DOI: 10.18261/issn.1504-3126-2020-05-02.
- Knoph, Ragnar, Harald Irgens-Jensen og Mads Andenæs, *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utg. Universitetsforlaget 2019.
- Kristiansen, Henning, «Proformavurderingen ved kreditorskadelige disposisjoner mellom ektefeller og samboere» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 18, nr. 2, 2020, s. 108-125. DOI: 10.18261/issn.0809-9553-2020-02-03.
- Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett : fleire rettar til same formuesgode*, 2. utg. Universitetsforlaget 2018.
- Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utg. Universitetsforlaget 1999.
- Løtveit, Bjørn, *Pantsettelse av immaterialrettigheter*, Universitetsforlaget 2021.
- Madsen, Leif Petter, Siv Sandvik og Kristoffer Aasebø, *Dekningsloven : med kommentarer*, Gyldendal juridisk 2015.
- Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2 utg. Gyldendal juridisk 2017.
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner*, 39, nr. 5-06, 2004, s. 329-342. DOI: 10.18261/ISSN1504-3126-2004-05-06-04 ER.
- Magnussen, Roger Stelander, *Ulovfestede ekstintive godtroerverv : Bind 1*, UiT Norges arktiske universitet - Det juridiske fakultet 2015 (Upublisert doktoravhandling).
- Marthinussen, Hans Fredrik, «Ulovfestet ekstinksjon» *Jussens Venner*, nr. 1, 2006, s. 1-29.
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene : om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2. utg. Cappelen Damm akademisk 2019.
- Mortensen, Peter, *Indledning til tingsretten : tredjemandskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utg. Thomson Reuters 2009.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. Universitetsforlaget 2004.
- Pedersen, Jussi Erik og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.
- Ross, Alf, *Ejendomsret og ejendomsovergang: med særligt henblik paa dansk retspraksis*, Levin & Munksgaard 1935.
- Sæbø, Rune, «Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs» *Lov og rett*, 35, nr. 2, 1996, s. 123-141. DOI: 10.18261/ISSN1504-3061-1996-02-06 ER.
- Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, *Kreditorvern*, Cappelen Damm akademisk 2021.

Sandvik, Tore, «Proforma-overdragelse av fast eiendom» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1967, s. 48-75, 1967.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Factoringpant : om samlet pantsettelse av enkle pengekrav som næringsdrivende har og/eller får i sin næringsvirksomhet*, Universitetsforlaget 1990.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 4. utg. Universitetsforlaget 2018.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utg. Universitetsforlaget 2017.

Solheim, Stig H., «Eiendomsrettsbegrepet - refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» *Tidsskrift for eiendomsrett*, nr. 2, 2006, s. 105-109.

Stang, Fredrik, *Innledning til formueretten*, 3. utg. Aschehoug 1935.

Sverdrup, Tone, «Kreditors proforma-innsigelse mot samboeravtaler. Borgating lagmannsretts kjennelse (LB-2013-28578)» *Nytt i privatterten*, nr. 4, 2013, s. 9-11.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 11. utg. Gyldendal 2021.

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 9. utg. Universitetsforlaget 2021.

Nettsider

<https://juridika.no/innsikt/nytt-i-konkursretten-i-2020> (sist lest 16. mai 2022 kl. 13:42)

<https://www.skatteetaten.no/person/utenlandsk/skal-du-arbeide-i-norge/skattemeldingen/hva-er/> (sist lest 16. mai 2022 kl. 13:50)

<https://lanekassen.no/nb-NO/stipend-og-lan/inntekt-og-formue/> (sist lest 16. mai 2022 kl. 16:02)

<https://capitalmind.com/sale-lease-back-as-a-financing-alternative/> (sist lest 16. mai 2022 kl. 16:08)

Rettsavgjørelser

Norges Høyesterett

- HR-2019-2344-A Rt. 1956 s. 913 *Admiral Cruysgate*
- HR-2018-1265-A *Deutsche Bank* Rt. 1948 s. 523 *Helleveien*
- Rt. 2014 s. 922 Rt. 1939 s. 653
- Rt. 2013 s. 769 *IF* Rt. 1937 s. 443 *Panama*
- Rt. 2011 s. 1553 *Bergen Group* Rt. 1935 s. 835
- Rt. 2010 s. 961 *Skanska I* Rt. 1934 s. 853 *Baldersheim*
- Rt. 2007 s. 209 *Hex* Rt. 1933 s. 835 *Ytreflø*
- Rt. 2005 s. 1476 *Sæle* Rt. 1929 s. 601 *Skadberg*
- Rt. 2004 s. 256 Rt. 1928 s. 1091
- Rt. 2001 s. 187 *Media Bergen* Rt. 1928 s. 1087
- Rt. 2000 s. 1487 *Holmestrand* Rt. 1928 s. 449 *Kleivkaas*
- Rt. 2000 s. 585 *Karlsøy* Rt. 1924 s. 1168 *Gyldenpris*
- Rt. 1999 s. 901 *Skjeldal* Rt. 1917 s. 1019 *Tenden*
- Rt. 1999 s. 865 *Bugge* Rt. 1915 s. 967 *Undeberg*
- Rt. 1999 s. 74 Rt. 1912 s. 107 *Hauge*
- Rt. 1998 s. 1565 Rt. 1901 s. 811 *Sande*
- Rt. 1998 s. 728 *Askøy* Rt. 1900 s. 821 *Fodnesbergene*
- Rt. 1994 s. 1487 Rt. 1897 s. 62
- Rt. 1994 s. 235 *Bokn*
- Rt. 1993 s. 564
- Rt. 1992 s. 64 *P-pille II*
- Rt. 1982 s. 722
- Rt. 1980 s. 1558
- Rt. 1980 s. 84
- Rt. 1976 s. 638
- Rt. 1970 s. 1506 *Haddeland*
- Rt. 1966 s. 961 *Mindehagen*
- Rt. 1966 s. 1
- Rt. 1960 s. 1502
- Rt. 1959 s. 1106
- Rt. 1959 s. 892

Lagmannsrettene

LB-2020-1546-5

LB-2018-105251-2 *Deutsche Bank II*

LB-2017-37829 *Deutsche Bank I*

LB-2017-26988

Sak 47/1983 Gulating Lagmannsrett
(upublisert)

