



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Ektefellers avtalefrihet og grensene for den

- Setter ekteskapslovens regler skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte?

—
Iselin Stolpestad

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2015



Forord

Sommeren 2014 hadde jeg sommerjobb som fullmektig ved Løsøreavdelingen i Brønnøysundregistrene. Der ble jeg blant annet satt til å tinglyse, og til å besvare publikums henvendelser om ektepakter per telefon. Dette arbeidet gjorde meg oppmerksom på problemstillingen jeg har valgt å reise i avhandlingen.

En rekke ektefeller, representert av seg selv og ved advokat, ytret et ønske om å inngå forhåndsavtaler om fordelingen av konkrete gjenstander på et fremtidig skifte. Særlig ønsket de å avtale fordelingen av gjenstander av større verdi, som felles bolig, hytte, og bil. Ektepakter med slikt innhold ble imidlertid nektet tinglyst i henhold til Brønnøysundregistrenes tinglysningspraksis.

Henvendelsene jeg mottok, særlig de om tolkning av ekteskapsloven, fikk meg til å innse at ekteskapsloven kan fremstå som lite tilgjengelig, ikke bare for privatpersoner uten særlig juridisk kunnskap, men også for jurister. Den usikkerhet som råder rundt hvilke forhåndsavtaler ektefeller gyldig kan inngå, gir etter min mening inntrykk av at loven ikke åpenbart kan tolkes slik at den stenger for forhåndsavtaler om naturalutlegg.

På jusstudiet i Tromsø er vi som studenter vant til å løse både praktiske og teoretiske oppgaver. Å skrive en avhandling av større omfang, er imidlertid nytt territorium. Prosessen har til tider vært krevende, men også svært lærerik. Jeg vil takke min veileder, Kristine Korsnes, som under hele masterperioden har vært en svært god støttespiller. Jeg vil også takke Inge Unneberg for tilgang til upublisert materiale. Dette har vært til stor inspirasjon og veiledning i mitt arbeid.

Tromsø, mai 2015

Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	5
1.1 Prolog.....	5
1.2 Tema, problemstilling og aktualitet.....	5
1.3 Rettslig plassering og lovens system.....	8
1.4 Rettskildebildet	9
1.5 Avgrensninger	10
1.6 Fremstillingen videre.....	11
2 Begrepsavklaring.....	12
2.1 Innledning.....	12
2.2 Hva menes med begrepet "formuesordning"?	12
2.3 Hva menes med begrepet "naturalutlegg"?	15
2.4 Hva menes med begrepet "rådighetsdel"?	16
3 Sentrale prinsipper og hensyn som begrunner og begrenser ektefellers avtalefrihet ..	18
3.1 Innledning.....	18
3.2 Hvilke grunnleggende prinsipper på privatrettens gjør seg gjeldende når grenser for ektefellers avtalefrihet skal trekkes?.....	18
3.2.1 Privat autonomi	18
3.2.2 Forutberegnelighet.....	19
3.3 Hvilke hensyn begrunner begrensninger i ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordningen?	20
3.3.1 Hvorfor er det nødvendig med en regulering av ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordning?	21
3.3.2 Hvilke hensyn begrunner lovens normalordning og hovedregel om likedeling, jfr. el. § 56, jfr. § 58 første ledd første punktum?	22
3.3.2.1 Hensyn til rimelighet og rettferdighet.....	22
3.3.2.2 Rettstekniske hensyn.....	22
3.3.3 Hvilke hensyn begrunner begrensninger i ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?	23
3.3.3.1 Hensyn til ektefellene selv	23
3.3.3.2 Hensyn til kreditorenes interesser	23
3.3.3.3 Hensyn til ektefellenes livsarvinger	25
4 Setter ekteskapslovens regler skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte?	26
4.1 Innledning.....	26
4.2 Omfattes forhåndsavtaler om naturalutlegg av reglene om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?.....	27
4.2.1 Innledning	27
4.2.2 Faller forhåndsavtaler om naturalutlegg inn under reglene om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?	27
4.3 Er en forhåndsavtale om naturalutlegg det samme som en ordinær formuerettslig avtale?.....	31
4.3.1 Innledning	31
4.3.2 Hva er en ordinær formuerettslig avtale?	33
4.3.3 Sondring mellom ordinære formuerettslige avtaler og familierettslige avtaler av økonomisk art	34

4.3.4 Har forhåndsavtaler om naturalutlegg tilstrekkelig grunnlag i ekteskapsloven?	39
4.3.4.1 Innledning.....	39
4.3.4.2 Nærmere om kravet til hjemmel slik det fremgår av forarbeidene.....	39
4.3.4.3 Er el. § 31 første ledd tilstrekkelig hjemmel for å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg?.....	43
4.3.4.4 Setter bestemmelser i el. kapittel 13 skranke for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg?.....	46
4.3.4.5 Kan sammenhengen mellom forhåndsavtaler om naturalutlegg og lovens regler om verdideling og naturalutlegg i seg selv utgjøre en skranke for avtalefriheten, jfr. Rt. 2006 s. 168?	50
4.4 Mine funn i lys av reelle hensyn	53
4.5 Oppsummering	57
5 Kildeliste.....	58
5.1 Lover og konvensjoner	58
5.2 Forarbeider.....	58
5.3 Rettspraksis.....	59
5.4 Litteratur	59
5.4.1 Bøker.....	59
5.4.2 Artikler	60

1 Innledning

1.1 Prolog

Ektefellene Lise og Karl har bestemt seg for å flytte til et lite tettsted på Helgelandskysten hvor Karl er oppvokst. De skal overta barndomshjemmet til Karl fra foreldrene hans som er gamle og ønsker å flytte til en eldrebolig. Karl har flere søsken, og foreldrene ønsker ikke å gi ham huset som forskudd på arv da de ikke har midler nok til å gi tilsvarende til hans søsken. Karl har ikke råd til å betale sine foreldre, men det har Lise. Lise kjøper huset av foreldrene til Karl. I forbindelse med kjøpet oppretter ektefellene en avtale som gir Karl rett til å overta huset for markedspris dersom ekteskapet skulle oppløses ved skilsmisse. Karl og Lise avtaler ingen endringer i formuesordningen. Formålet med avtalen er å sikre at Lise får de verdier hun har krav på og at Karl ved et eventuelt opphør av ekteskapet blir eier av huset som han har en nær tilknytning til.

1.2 Tema, problemstilling og aktualitet

Tema for masteravhandlingen er ektefellers avtalefrihet og grensene for den. Problemstillingen for avhandlingen er om ekteskapslovens¹ regler setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

Om, og i hvilket omfang, lovens regler om formuesordningen² setter grenser for ektefellers adgang til å inngå avtaler med samlivsbrudd som vilkår for at avtalen får rettsvirkning, har lenge vært uavklart.³

Problemstillingen har fått ny aktualitet med to avgjørelser avsagt av Høyesterett.

I Rt. 2006 s. 168 avsa Høyesterett dom i en sak som har flere likehetstrekk med problemstillingen avhandlingen reiser. Ektefellene A og B eide hver sin bolig. Ved ektepakt overførte hver av ektefellene en ideell halvpart av sin bolig til den andre. I forbindelse med overføringen inngikk ektefellene en sameiekontrakt. Sameiekontrakten

¹ Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (el.).

² Jfr. el. kapittel 9.

³ Se blant annet Vera Holmøy og Peter Lødrup, *Ekteskapsloven*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 266 – 268 og Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 183 – 184.

inneholdt blant annet en tilbakekjøpsrett satt til en nærmere fastsatt pris. Avtalen skulle få virkning dersom samlivet opphørte. Spørsmålet i saken var om sameieavtalen var gyldig, og det springende punkt for Høyesterett var om avtalen kunne anses som en "ordinær formuerettslig avtale" som derfor ikke falt inn under de begrensninger i avtalefriheten som følger av ekteskapsloven.⁴

Høyesterett kom til at sameieavtalen ikke kunne anses som en "ordinær formuerettslig avtale", og til at avtalen var ugyldig fordi den var i strid med ekteskapslovens regler. Tilbakekjøpsretten kunne dermed ikke gjøres gjeldende.

Høyesterett la til grunn at den avtalte ordningen grep inn i lovens ordning for utlodning ved deling av ektefellenes formuesmasse ved ekteskapets opphør.⁵ Dette var etter Høyesteretts mening "trolig tilstrekkelig til å anse avtalen for å ha en så sterk tilknytning til ektefellenes formuesforhold at den må anses for å være i strid med ekteskapsloven kapittel 9".⁶ Høyesterett fant ikke grunn til å drøfte dette spørsmålet nærmere fordi ytterligere to omstendigheter ved avtaleforholdet trakk i samme retning. For det første innebar prisen som var avtalt for tilbakekjøpsretten en omgåelse av ekteskapslovens regler om hvordan verdier skal fastsettes og deles ved separasjon eller skilsmisse.⁷ For det andre gjaldt avtalen ektefellenes felles bolig, et formuesgode som av lovgiver er gitt en særstilling ved delingen etter ekteskapets opphør, jfr. reglene i el. §§ 67, 68 og 74. Høyesterett la til grunn at det ville stride mot de grunnsyn disse reglene bygger på, om A ved separasjon skulle få rett til å kjøpe Bs andel tilbake til en forhåndsavtalt pris.⁸

Høyesteretts oppgave er først og fremst å ta stilling til konkrete tvister. Med hensyn til avhandlingens problemstilling kan dommen etter mitt syn anses å etterlate flere spørsmål uavklart. For det første om en forhåndsavtale om naturalutlegg vil være i strid med ekteskapslovens regler, dersom den ikke griper inn i lovens regler om verdifastsettelse og deling. Høyesterett *antar* at den vil være det på grunn av den nære sammenhengen mellom ekteskapslovens verdiregler og regler om utlodning. En slik antakelse kan imidlertid ikke anses som en endelig avklaring. Videre kan det spørres

⁴ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 34.

⁵ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 38.

⁶ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 38.

⁷ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 40 og 42.

⁸ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 41.

om en forhåndsavtale om naturalutlegg må anses å være i strid med ekteskapslovens regler, alene av den grunn at den omhandler ektefellenes felles bolig, eller om dette bare kan være et moment ved avgjørelsen.

Problemstillingen kan anses å ha fått ytterligere aktualitet med dommen inntatt i Rt. 2012 s. 874. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av en ektepakt hvor ektefellene hadde avtalt at eksisterende og fremtidige selskaper skulle være mannens særeie, men at kona skulle motta en prosentvis andel av aksjene i disse selskapene dersom ekteskapet ble oppløst. Altså omfattet avtalen en regulering av at en del av ektemannens særeie, skulle tilkomme kona ved ekteskapets opphør.⁹ Procentsatsen skulle øke proporsjonalt med ekteskapets varighet.

Ankesaken var begrenset til spørsmålet om ektepakten var ugyldig fordi den inneholdt flere tidsbegrensninger, jfr. el. § 42. Da saken var oppe til behandling ble det klart at den omtvistede ektepakten ikke inneholdt bestemmelser om slikt trinnvis nedtrapping av særeie. Høyesterett kunne av den grunn ikke behandle spørsmålet om ektepaktens gyldighet.¹⁰

Selv om gyldighetsspørsmålet i relasjon til den konkrete ektepakten ikke kunne behandles, valgte Høyesterett å uttale seg generelt både om adgangen til en trinnvis omdanning av særeie til felleseie, og lovligheten av å avtale at noe som tilhører den enes særeie skal tilfalle den andre på skiftet. Det første spørsmålet ble viet mest plass og ble drøftet i avsnitt 27 – 38, noe som kan anses naturlig i henhold til hvordan ankesaken ble avgrenset. I avsnitt 39 til og med 42 drøfter imidlertid Høyesterett den konkrete avtalen og vier derfor noe plass til spørsmålet om det etter el. § 42 overhodet er adgang til å inngå avtale om at en del av ektemannens særeie skal tilkomme hustruen ved ekteskapets opphør, selv om dette ligger utenfor rammen av ankesaken.

Sammenholdt med min problemstilling og den tidligere avgjørelsen fra 2006 har dommen hovedsakelig betydning på to måter. For det første følger det av dommens

⁹ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 41.

¹⁰ Kvinnen forsøkte imidlertid uten nytte å gjøre gjeldende nytt påstandsgrunnlaget om at ektepakten var ugyldig fordi den innebar en regulering av formuesforholdet mellom ektefeller utover det loven gir hjemmel til, se avsnitt 15.

drøftelse av adgangen til trinnvis omdanning av særeie til felleseie at lovens regler må tolkes liberalt, og at dette kan åpne for å gå fra nokså klare uttalelser i lovens forarbeider. For det andre fremstår det som om Høyesterett i henhold til drøftelsene i avsnitt 39 til 42 stiller seg mer positiv til forhåndsavtaler om naturalutlegg, enn de gjorde da dommen inntatt i Rt. 2006 s. 168 ble avsagt. Begge disse forholdene aktualiserer grundigere drøftelser av problemstillingen.

Eksempelet som fremgår av prologen innledningsvis er ment å tjene som premiss for drøftelsen av hovedproblemstillingen. De drøftelser som i avhandlingen blir foretatt tar altså utgangspunkt i det faktum om følger av prologen. Hvor frasen "forhåndsavtaler om naturalutlegg" brukes, menes altså forhåndsavtaler om naturalutlegg i *bolig*.

1.3 Rettslig plassering og lovens system

Ekteskapsretten er en del av privatretten, da den regulerer forholdet mellom private parter.¹¹ Et fellestrekk ved lovgivningen på privatrettens område er at den som regel er deklarasjonsrettslig, det vil si fravikelig ved avtale.¹² Loven stiller normalt opp et sett med regler som partene vil være underlagt med mindre de velger å avtale andre løsninger.¹³

Ekteskapsloven skiller seg fra mye annen lovgivning på privatrettens område, fordi den i stor grad er preseptorisk. Ektefeller står ikke alltid fritt til å avtale løsninger som loven selv ikke gir adgang til.¹⁴

Rettsvirkningen av å inngå ekteskap er at ektefellene blir bundet av lovens regler, blant annet av reglene om rådighetsbegrensinger under ekteskapet og reglene om deling av ektefellenes formue ved samlivsbrudd. Ekteskapsinngåelse kan således betraktes som inngåelse av en form for standardkontrakt.

¹¹ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Bergen 1999 s. 24.

¹² Nygaard (2004) s. 49.

¹³ Nygaard (2004) s. 49.

<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf> s. 41 (mars 2015).

¹⁴ Se til eksempel NOU 1987: 30 s. 97 og 170.

1.4 Rettskildebildet

Spørsmålet avhandlingen reiser er ikke uttrykkelig avklart i loven. Selv om ekteskapsloven ikke gir et klart svar kan lovens regler tjene som rettsgrunnlag ved avklaringen av spørsmålet. Andre lover kan også få betydning ved analogi, herunder for eksempel husstandsfellesskapsloven.¹⁵

Ekteskapslovens forarbeider gir bidrag til generell lovtolkning, og er dermed relevante rettskilder.¹⁶ De begynner imidlertid å bli gamle og gir til dels sprikende uttalelser om avhandlingens hovedproblemstilling og flere av underproblemstillingene. Dette kan få betydning for hvilken vekt forarbeidene må tillegges.

Rettspraksis er også en relevant rettskilde. Høyesteretts uttalelser om generell lovtolkning, men også om forhåndsavtaler om naturalutlegg vil være relevante. Disse sier eksplisitt noe om min problemstilling, blant annet om sammenhengen mellom verdireglene og naturalutleggsreglene, og om forholdet mellom avtaler og reglene i el. kapittel 13. I rettspraksis gis det også uttrykk for forskjellige holdninger til denne typen avtaler, jfr. Rt. 2006 s. 168 og Rt. 2012 s. 874. Den førstnevnte avgjørelsen er etter domsavsigelsen tatt til inntekt som uttrykk for gjeldende rett. Den sistnevnte gir uttrykk for en positiv holdning til forhåndsavtaler om naturalutlegg. Det må imidlertid bemerkes at Rt. 2012 s. 874 i sin helhet er å betrakte som et obiter dictum, og det oppstår i forbindelse med det spørsmål om hvilken betydning dette må få.

Problemstillingen er videre behandlet i juridisk teori, blant annet av Kirsti Strøm Bull, Peter Lødrup, Tone Sverdrup, Vera Holmøy og John Asland,¹⁷ og er således en relevant rettskilde. Generelt gir litteraturen uttrykk for enighet rundt spørsmålet om adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, men uenigheter forekommer også.

Reelle hensyn er også relevante rettskilder for løsningen av problemstillingen. Herunder de hensyn som i følge ekteskapslovutvalget begrunner og begrenser ektefellers

¹⁵ Lov 4. juli 1991 nr. 45 om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører.

¹⁶ Forarbeidene til ekteskapsloven er NOU 1987: 30 Innstilling til ny ekteskapslov – del II, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) Om lov om ekteskap og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) Innstilling fra justiskomiteen om lov om ekteskap.

¹⁷ Kirsti Strøm Bull, *Avtaler mellom ektefeller*, Oslo 1993, Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 7. utgave Oslo 2011 og Vera Holmøy, Peter Lødrup og John Asland, *Ekteskapsloven*, 3. utgave Oslo 2013.

avtalefrihet, privat autonomi og forutberegnelighet. Systembetraktninger er også relevante å legge vekt på, herunder sammenhengen mellom verdi- og naturalutleggsreglene, jfr. el. kapittel 12 og 13.

1.5 Avgrensninger

Problemstillingen avgrenses til hvilke forhåndsavtaler ektefeller kan inngå med sikte på et senere skifte ved skilsmisse og separasjon, jfr. el. § 57 første ledd bokstav a.

Avgrensningen begrunnes i at det på et skifte etter en ektefelles død kan oppstå problemstillinger som avhandlingens omfang ikke tillater drøftet. På et sammensatt skifte vil det for eksempel kunne oppstå spørsmål om en forhåndsavtale om naturalutlegg griper inn i pliktdelsarvens kvalitative side, og hvilke følger det skal få. Ved død vil spørsmålet om naturalutlegg også være regulert av en annen lov, skifteloven,¹⁸ ikke el. kapittel 12 og 13.

Problemstillingen avgrenses videre til tilfeller hvor ektefeller har formuesordningen felleseie. Hvilken formuesordning ektefeller har, får hovedsakelig betydning for hvordan delingen av deres formue skal foretas ved separasjon eller skilsmisse.

Formuesordningen kan få betydning for hvilken terskel som må overkommes for å få overta gjenstander som tilhører den annen ektefelle, jfr. el. §§ 67 sammenholdt med 74. Gjennomgående kreves det mer for å få overta en gjenstand som tilhører den andre om gjenstanden er gjort til dennes særeie, enn hvor gjenstanden inngår i rådighetsdelen til vedkommende ektefelles felleseiemidler. Slik jeg ser det har imidlertid formuesordningen særeie ikke betydning for spørsmålet om det er *adgang* til å inngå forhåndsavtaler om fordelingen av de enkelte gjenstander på felleseieskifte.

En underproblemstilling som kan være aktuell å reise er om løsningen på hovedproblemstillingen muligens kan stille seg annerledes dersom forhåndsavtaler om naturalutlegg gjelder fordelingen av gjenstander som ikke står i samme særstilling som den felles bolig, jfr. el. §§ 67, 68 og 74. En slik drøftelse vil imidlertid ikke bli foretatt. For det første fordi jeg anser avtaler om fordelingen av den felles bolig som kanskje den

¹⁸ Lov 21. februar 1930 om skifte.

viktigste og mest aktuelle å inngå, og for det andre fordi avhandlingens omfang ikke tillater en slik drøftelse.

1.6 Fremstillingen videre

I kapittel 2 foretas en begrepsavklaring av sentrale begreper. En begrepsavklaring er nødvendig for at leseren skal få best mulig oversikt over problemstillingen avhandlingen reiser. I kapittel 3 vil sentrale prinsipper og hensyn som begrunner og begrenser ektefellers avtalefrihet bli belyst. I kapittel 4 vil jeg behandle avhandlingens kjerne, som er spørsmålet om ektefeller gyldig kan inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, eller om ekteskapslovens regler oppstiller skranker for en slik adgang.

2 Begrepsavklaring

2.1 Innledning

I det følgende vil jeg foreta en avklaring av begrepene "formuesordning", "naturalutlegg" og "rådighetsdel".

Begrunnelsen for å foreta en begrepsavklaring er at meningsinnholdet i begrepene i liten grad er selvsagt. En nærmere klarlegging av innholdet er dermed nødvendig for en fullgod forståelse av drøftelsene av avhandlingens problemstillinger. Formålet med begrepsavklaringen er også å gjøre leseren oppmerksom på sammenhengen mellom begrepene og å gi et bedre grunnlag for å forstå hvorfor hovedproblemstillingen kommer på spissen.

2.2 Hva menes med begrepet "formuesordning"?

Begrepet "formuesordning" benyttes ikke i lovteksten, men anvendes som overskrift til ekteskapsloven kapittel 9 som en betegnelse på reglene om avtaler om delingen av formuen ved ekteskapets opphør. I utgangspunktet er kapitteloverskrifter i loven ment som orienteringsverktøy for leseren.¹⁹ Ordlyden i slike overskrifter er ikke lovtekst, og har ikke den samme autoritet. Overskrifter kan dermed ikke tolkes på samme måte som lovens ordlyd.²⁰ Kapitteloverskrifter kan likevel, sett i sammenheng med bestemmelsene som inngår i det aktuelle kapittelet, gi veiledning når innholdet i bestemmelsene skal klarlegges.²¹

Utgangspunktet ved en begrepsavklaring må være begrepets ordlyd. En naturlig forståelse av "formuesordning" i kapitteloverskriften til el. kapittel 9, tilsier at formuesordningen er måten ektefeller har ordnet sin formue på. Ordlyden gir ellers lite bidrag til forståelsen av begrepet.

Paragraf 42 til 44 i ekteskapsloven kapittel 9, gir ektefeller hjemmel til å inngå avtaler om hvordan formuen skal deles ved ekteskapets opphør. Bestemmelsene skal tolkes uttømmende, og andre avtaler om formuesordningen enn de som kapittel 9 gir hjemmel

¹⁹ Rt. 1987 s. 35 på s. 37 og Rt. 1987 s. 984 på s. 987 – 988.

²⁰ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve Bergen ; Oslo 2004 s. 188.

²¹ Rt. 1987 s. 35 på s. 37.

til å inngå, vil ikke være gyldige i henhold til ekteskapsloven.²² Om begrepet "formuesordning" ses i sammenheng med innholdet i §§ 42 til 44 er det nærliggende å tolke begrepet synonymt med hvilke delingsregler som skal legges til grunn ved et skifte. En slik forståelse har støtte i forarbeidene.²³

Ekteskapsloven gir i § 56, jfr. § 57 første ledd bokstav a til e, jfr. § 58 første ledd første punktum sammenholdt med §§ 42 til 44, anvisning på at ektefeller kan velge mellom to forskjellige formuesordninger – felleseie og særeie – med noen variasjonsmuligheter.²⁴ En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene.²⁵

Formuesordningen felleseie er lovens normalordning og hovedregel, jfr. el. § 56, jfr. § 58 første ledd første punktum.²⁶ Dersom ektefellene ikke avtaler en annen formuesordning, skal deres samlede formue deles likt etter at det er gjort fradrag for gjeld, ved ekteskapets opphør.

Med hjemmel i el. § 42 kan ektefellene avtale at de skal ha formuesordningen særeie. En avtale om særeie er en avtale om at det den ene eller begge ektefellene eier eller senere erverver under ekteskapet skal være unntatt fra deling.

Ordlyden "kan ved ektepakt avtale at [...] skal være unntatt fra deling", jfr. el. § 42, tilsier at bestemmelsen må forstås slik at den regulerer hvilke *forhåndsavtaler* om formuesordningen ektefeller kan inngå. Sammenhengen i loven støtter også opp under en slik forståelse, ettersom § 65 første ledd gir hjemmel til at ektefellene på selve skiftetidspunktet har full avtalefrihet. At det er adgangen til inngåelse av forhåndsavtaler bestemmelsene regulerer, er også lagt til grunn i forarbeidene og i rettspraksis, hvor Høyesterett har uttalt at adgangen til å inngå "forhåndsavtaler" om formuesordningen er begrenset til å gjelde de regler som oppstilles i kapittel 9.²⁷

²² NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 79. Se også avhandlingens kapittel 2.2.

²³ NOU 1987: 30 s. 44 og 48 – 49.

²⁴ For en nærmere redegjørelse av de forskjellige variasjoner av felleseie og særeie se NOU 1987: 30 s. 44 og Holmøy/Lødrup/Asland s. 319 – 345.

²⁵ NOU 1987: 30 s. 44.

²⁶ NOU 1987: 30 s. 53.

²⁷ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 76 og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) s. 15. Se også Rt. 2006 s. 168 avsnitt 33.

Ordet "formue" brukes flere steder i loven, men er ikke legaldefinert. En naturlig språklig forståelse tilsier at begrepet sikter til verdier. Det kan imidlertid ikke utelukkes at ordlyden også omfatter gjenstander. I alminnelighet defineres gjerne begrepet som "summen av den økonomiske verdi av de gjenstander og rettigheter som tilhører en person [...] med fradrag av påhvilende økonomiske forpliktelser".²⁸

Reglene i el. kapittel 12 gjelder delingen av ektefellers formue, mens reglene om fordelingen av de enkelte gjenstander fremgår av kapittel 13. Systembetragtninger kan tilsa at siden loven skiller mellom deling av formue og gjenstander, må bruken av begrepet "formue" i ekteskapsloven tolkes som synonymt med verdier.

Ekteskapslovens forarbeider spriker, og gir ikke et klart svar på hvordan begrepet skal forstås. Noen steder brukes formuesbegrepet i en slik betydning at rettighetene til de enkelte eiendelene må anses omfattet av formuesordningen.²⁹ Andre steder synes begrepet reservert til verdifordeling og synonymt med forhåndsavtaler om deling i henhold til kapittel 9.³⁰ Rettspraksis gir heller ikke noe klart svar hva gjelder forståelsen av begrepet. I juridisk litteratur kan det imidlertid se ut til at formuesordningen betraktes som rene verdiregler.³¹

Sammenfatningsvis må det legges til grunn at begrepet "formuesordning" har et klart hovedinnhold; formuesordningen er de delingsregler som skal legges til grunn ved et oppgjør mellom ektefeller. Loven, forarbeidene, rettspraksis og rettslitteraturen viser videre at det er noe uklart hvilke midler formuesordningen omfatter. En klarlegging av dette vil få betydning for om forhåndsavtaler om naturalutlegg er underlagt begrensningene i el. kapittel 9 eller ikke. Dette vil drøftes nærmere i kapitel 5.2.

²⁸ <https://snl.no/formue>. Se også Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013 s. 29.

²⁹ NOU 1987: 30 s. 33 og 39.

³⁰ NOU 1987: 30 s. 98 og 136 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 51 og 76.

³¹ Lødrup/Sverdrup (2011) s. 222, Holmøy/Lødrup/Asland s. 279 og Strøm Bull s. 26.

2.3 Hva menes med begrepet "naturalutlegg"?

Begrepet "naturalutlegg" benyttes ikke i ekteskapsloven. Begrepet benyttes imidlertid i stor utstrekning i lovens forarbeider, i rettspraksis og i juridisk litteratur.³²

Det fremgår av forarbeidene og den kontekst begrepet "naturalutlegg" anvendes i, at begrepet må forstås som den rett ektefeller har til å beholde eller motta bestemte gjenstander som ligger innenfor den verdi en ektefelle har krav på ved et delingsoppgjør, eller ved å yte vederlag til den andre for å sikre seg gjenstanden.³³

Deling av ektefellenes gjenstander og rettigheter skal skje slik el. kapittel 13 foreskriver.³⁴ I utgangspunktet er eierforholdet avgjørende for hvem av ektefellene som har rett til naturalutlegg. Hovedregelen om naturalutlegg fremgår av el. § 66.³⁵ Bestemmelsen gir en ektefelle rett til å beholde eiendeler eller rettigheter som han eller hun fullt ut eller for det vesentlige er eier av på skifte, "dersom det ikke vil være åpenbart urimelig etter forholdene". Dersom den annen ektefelle kan påvise at det for han eller henne foreligger "særlige grunner", kan denne ektefellen, ved å yte vederlag, få rett til å få utlagt seg bolig og innbo som han eller hun ikke er eier av, jfr. §§ 67. Det fremgår ikke direkte av forarbeidene om eller at disse reglene er preseptoriske. Om ektefeller kan fravike reglene i kapittel 13 ved avtale, i likhet med reglene om formuesordningen, er således usikkert. Denne problemstillingen vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.3.4.4.

Lovteksten bruker en annen formulering enn "naturalutlegg" som betegnelse på en eiers rett til de enkelte gjenstander. I avhandlingen vil jeg likevel benytte begrepet. Begrunnelsen er utelukkende at det er et kort og presist hjelpebegrep.

³² Se til eksempel NOU 1987: 30 s. 54 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80, Rt. 2013 s. 1637 bl.a. i avsnitt 1 og 18, Lødrup/Sverdrup (2011) s. 118 og Holmøy/Lødrup s. 460.

³³ NOU 1987: 30 s. 54 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

³⁴ Merk at ektefeller med hjemmel i el. § 65 kan avtale en annen fordeling.

³⁵ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 125.

2.4 Hva menes med begrepet "rådighetsdel"?

Begrepet "rådighetsdel" er nødvendig å avklare på grunn av dets nære sammenheng med begrepene "formuesordning" og "naturalutlegg". Innholdet i disse begrepene kan vanskelig forstås fullt ut, uten at begrepet "rådighetsdel" også klarlegges.

Loven benytter heller ikke begrepet "rådighetsdel", men begrepet anvendes hyppig både i forarbeidene og i rettspraksis.³⁶

Det følger av el. § 31 at ekteskapet ikke innebærer begrensninger i en ektefelles rett til å råde over det han eller hun eier ved ekteskapets inngåelse eller det som senere erverves under ekteskapet. Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om privat autonomi og grunnprinsippet om økonomisk selvstendighet.³⁷ Den frie råderett kan også begrunnes i eiendomsrettens sterke posisjon i den norske rettsbevissthet.³⁸ En ektefelle skal i kraft av eiendomsretten i utgangspunktet fritt kunne disponere både faktisk og rettslig over sin rådighetsdel.³⁹ Ordlyden "det han eller hun eier [...] eller [...] erverver"⁴⁰ må naturlig tolkes slik at det vises til at hver av ektefellene har rett til å råde over de midler som eies av den enkelte av dem. Av den grunn er det naturlig å forstå begrepet "rådighetsdel" som summen av disse midlene. En slik forståelse har også støtte i forarbeidene.⁴¹

En klarlegging av hva som inngår i den enkeltes rådighetsdel har betydning både under ekteskapet og når ektefellens formue på et skifte skal deles. Under ekteskapet representerer rådighetsdelen hva hver av ektefellene fritt kan disponere over. Enkelte begrensninger følger riktignok av bestemmelsene om rådighetsbegrensninger og underholdsplikt, jfr. el. §§ 32, 33 og 38.⁴² Når det skal skje en deling av ektefellens formue skjer delingen med grunnlag i de respektive rådighetsdeler.⁴³ Ved delingen skal gjeld trekkes fra, jfr. § 58 første ledd.

³⁶ Se til eksempel NOU 1987: 30 s. 53 og 56, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 53 og 71 og Rt. 2008 s. 769.

³⁷ Se avhandlingens kapittel 3.2.1 og 3.3.1.

³⁸ At eiendomsretten står sterk i Norge kommer til uttrykk bl.a. gjennom Kongeriket Norges Grunnloven 17. mai 1814 § 105 og Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. November 1950 (EMK) tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Se Falkanger/Falkanger s. 41 flg. for nærmere redegjørelse av eiendomsrettens innhold.

³⁹ Merk at råderetten er begrenset, jfr. ordlyden i § 31 første ledd "dersom ikke noe annet er bestemt" og §§ 32, 33 og indirekte §38.

⁴⁰ Min utheving.

⁴¹ NOU 1987: 30 s. 53 og 56 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 53 og 71.

⁴² Det faller utenfor avhandlingens tema å gjøre nærmere rede for disse.

⁴³ NOU 1987: 30 s. 90.

Til illustrasjon kan et eksempel være at kvinnen er eier av et hus til en verdi av 2 millioner kroner, belånt med 1 million kroner, og en båt til en verdi av 500.000 kroner. Mannen eier en bil til en verdi av 400.000 kroner og en samling malerier verdt 3 millioner kroner. De respektive rådighetsdeler vil da se slik ut:

Kvinnens rådighetsdel:

Bolig 1.000.000 kr.⁴⁴

Båt 500.000 kr.

Sum 1.500.000 kr.

Mannens rådighetsdel:

Bil 400.000 kr.

Malerier 3.000.000 kr.

Sum 3.400.000 kr.

⁴⁴ Etter fratrekk av boliggjeld på 1 mill., jfr. el. § 58 annet ledd.

3 Sentrale prinsipper og hensyn som begrunner og begrenser ektefellers avtalefrihet

3.1 Innledning

Å redegjøre for sentrale prinsipper og hensyn som reguleringen av et rettsområde begrunnes i, er viktig for å skape klarhet rundt hvilke verdier loven skal ivareta og fremme. En klarlegging av slike hensyn er også et sentralt redskap for å presisere innholdet de enkelte lovbestemmelser på området. Hvilke hensyn en lov bygger på kan også være til hjelp i en vurdering av reglens hensiktsmessighet. Forholdet kan stille seg slik at de hensyn som begrunnet lovreglene da de ble gitt, i dag kan gjøre seg gjeldende på en annen måte. Dette kan medføre at de forskjellige hensyn må tillegges en annen vekt enn de opprinnelig var tiltenkt. En gjennomgang av de sentrale hensyn som underligger reguleringen av ektefellers avtalefrihet i ekteskapsloven er dermed nødvendig for å besvare problemstillingen avhandlingen reiser.

I det følgende vil jeg i kapittel 3.2 presentere sentrale prinsipper på privatrettens område generelt. Disse er relevante ved klarleggingen av grensen for ektefellers avtalefrihet. I kapittel 3.3 vil de hensyn som lovreguleringen og begrensinger av ektefellers avtalefrihet om formuesordningen hviler på bli belyst.

3.2 Hvilke grunnleggende prinsipper på privatrettens gjør seg gjeldende når grenser for ektefellers avtalefrihet skal trekkes?

3.2.1 Privat autonomi

Prinsippet om privat autonomi går ut på at privatpersoner som utgangspunkt har fri råderett over seg selv, sin eiendom, sin avtalefrihet m.v.⁴⁵ Prinsippet gir uttrykk for en viktig samfunnsverdi som tåler inngrep og avgrensninger bare om andre samfunnsverdier er viktigere.⁴⁶

Det følger av prinsippet at avtalefriheten i utgangspunktet er ubegrenset. Den enkelte kan i kraft av avtalefriheten derfor selv velge om avtale skal inngås, med hvem avtale

⁴⁵ Nygaard (2004) s. 160.

⁴⁶ Nygaard (2004) s. 160.

skal inngås, og hvilket innhold avtalen skal ha. Prinsippet om privat autonomi er å anse som avtalefrihetens "grunnmur". Således må prinsippet alltid vektlegges når lovgiver vurderer begrensninger i avtalefriheten og når grensene for avtalefriheten konkret skal trekkes.

3.2.2 Forutberegnelighet

Forutberegnelighet er en viktig samfunnsverdi og rettssikkerhetsgaranti.⁴⁷ Det er sentralt at folket vet hvilke rettsregler de må forholde seg til og hvilken rettsstilling de innehar før de handler og disponerer.⁴⁸

Forutberegnelighet står som grunntanke sterkt og kan være et tungtveiende reelt hensyn og en viktig retningslinje når innholdet i gjeldende rett skal klarlegges.⁴⁹

Kravet til forutberegnelighet gjelder ikke bare for hvordan lovens regler formuleres.⁵⁰ Det stilles også krav til at slutninger i det konkrete rettsspørsmål skal være forutberegnelige.⁵¹ Løsningen av et rettsspørsmål skal således ikke komme overraskende på partene.

Det er vanskelig å si konkret om en lov eller en regel oppfyller kravet til forutberegnelighet. Det er heller ikke lett å si hva som skal til for at en rettsregel skal anses tilstrekkelig forutberegnelig. Kravet til forutberegnelighet er relativt og vil avhenge av hvilke forventninger borgerne har til lovens innhold og dagens rettstilstand.⁵²

I forarbeidene er det uttalt at det vesentligste argument for en begrenset avtalefrihet om formuesordningen er at reglene ikke må være uoversiktlige.⁵³ I en bisetning til denne uttalelsen sier utvalget at "[m]anglende innsikt vil derved kunne føre til at avtaler om

⁴⁷ Nygaard (2004) s. 164.

⁴⁸ Nygaard (2004) s. 164.

⁴⁹ Nygaard (2004) s. 164.

⁵⁰ Nygaard (2004) s. 164.

⁵¹ Nygaard (2004) s. 164.

⁵² Nygaard (2004) s. 164.

⁵³ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78.

formuesordningen får tilfeldige og negative konsekvenser”.⁵⁴ Slik jeg tolker uttalelsen i forarbeidene er hensynet til et oversiktlig regelverk et hensyn som begrunner at reglene om formuesordningen skal tolkes som en uttømmende regulering av adgangen til å inngå forhåndsavtaler om oppgjøret mellom ektefeller. Et uttømmende regelverk kan i større grad enn vide bestemmelser med vagt innhold være egnet til å skape forutberegnelighet om grensene for avtalefriheten.

I forbindelse med utvalgets drøftelse av rekkevidden av el. kapittel 9 uttaler utvalget, med tilslutning fra justisdepartementet, at fordi alternativene som etter kapittel 9 kan avtales er mange, bør lovens regler ”tolkes liberalt”.⁵⁵ Denne uttalelsen synes å forutsette at hensynet til forutberegnelighet skal tillegges vekt når grensene for ektefellers avtalefrihet skal klarlegges.

I Rt. 2012 s. 874 uttaler Høyesterett, i forbindelse med utvalgets uttalelse om at loven må tolkes liberalt, at en slik tolkning har gode grunner for seg fordi loven ellers ”vil kunne virke som en felle dersom det på skifte kommer fram at den stenger for ordninger ektefellene har ønsket, uten at den gir et klart varsel om det.”⁵⁶ Høyesterett setter til side en klar uttalelse i forarbeidene i denne saken. Av dommen kan det utledes at hensynet til forutberegnelighet i relasjon til å klarlegge grensene for ektefellers avtalefrihet er et tungtveiende og relevant hensyn.

3.3 Hvilke hensyn begrunner begrensninger i ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordningen?

Begrunnelsene for at ektefeller kan ønske å inngå forhåndsavtaler om formuesordningen dersom det skulle oppstå samlivsbrudd, kan være mange og varierte. I forarbeidene er grunner som ønsker og behov for individuelt tilpassede ordninger og et mer forutsigbart oppgjør trukket frem som eksempler.⁵⁷ Det kan også tenkes å foreligge andre grunner.

⁵⁴ NOU 1987: 30 s. 98.

⁵⁵ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 77.

⁵⁶ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 32.

⁵⁷ NOU 1987: 30 s. 96.

Slik jeg har redegjort for i kapittel 2.2, er det på det rene at ektefellers avtalefrihet om formuesordningen er begrenset ved lov.⁵⁸ Ektefeller kan bare inngå avtaler om formuesordningen som loven gir hjemmel til.⁵⁹ I det følgende vil jeg redegjøre for de hensyn som lovgiver under arbeidet med ekteskapsloven mente berettiget begrensinger i ektefellers avtalefrihet om formuesordningen.

3.3.1 Hvorfor er det nødvendig med en regulering av ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordning?

Ekteskapsloven regulerer det økonomiske forholdet mellom ektefeller og bygger blant annet på et grunnprinsipp om økonomisk selvstendighet.⁶⁰

Grunnprinsippet om økonomisk selvstendighet står sterkt, og kommer blant annet til uttrykk i el. § 31 første ledd første punktum. På bakgrunn av ekteskapsinstitusjonens spesielle karakter kan imidlertid ikke grunnprinsippet om økonomisk selvstendighet gjennomføres uavkortet. Det er ikke til å komme utenom at ekteskapet, et livsfelleskap presumptivt basert på en følelsesmessig tilknytning, ofte skaper et økonomisk fellesskap og avhengighetsforhold mellom ektefeller.⁶¹ Under ekteskapet er det ikke uvanlig at ektefeller er mindre opptatt av hvem som bidrar på hvilken måte og med hvilke midler, med den konsekvens at de formelle eierforhold ofte kommer mer i bakgrunn.⁶² Ordtaket "kjærlighet gjør blind" kan tjene som en passende illustrasjon. Når ekteskapet går mot sin slutt er det ikke uvanlig at ordtaket ikke lenger gjør seg gjeldende, og at det oppstår tvist mellom ektefellene om rett til verdier og eiendeler.⁶³

Det har lenge vært ansett som en lovgiveroppgave å regulere det økonomiske forholdet mellom ektefeller.⁶⁴ Det ble ansett som hensiktsmessig med spesiell lovregulering som hadde fordelingen av ektefellers midler ved skilsmisse og død for øye.⁶⁵ En slik regulering var å foretrekke fremfor å basere løsningen av eventuelle konflikt på

⁵⁸ Jfr. el. kapittel 9. Se også Rt. 2006 s. 168 avsnitt 33 og Rt. 2012 s. 874 avsnitt 27.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 76, Rt. 2006 s. 168 avsnitt 33 og Rt. 2012 s. 874 avsnitt 27.

⁶⁰ NOU 1987: 30 s. 20, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39 og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) s. 8.

⁶¹ NOU 1987: 30 s. 51, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39 og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) s. 8.

⁶² NOU 1987: 30 s. 51 og 77, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 63.

⁶³ NOU 1987: 30 s. 51.

⁶⁴ Lovregulering av ektefellers formuesforhold har røtter helt tilbake til middelalderen bl.a. i Magnús Lagabøters landslov, men også i tiden før denne loven, jfr. NOU 1987: 30 s. 41.

⁶⁵ NOU 1987: 30 s. 51.

generelle prinsipper, da en slik reguleringsmåte fort kunne medføre uklarhet og usikkerhet for partene.⁶⁶

3.3.2 Hvilke hensyn begrunner lovens normalordning og hovedregel om likedeling, jfr. el. § 56, jfr. § 58 første ledd første punktum?

3.3.2.1 Hensyn til rimelighet og rettferdighet

Ved utformingen av en normalordning var siktemålet å lage regler som i de fleste tilfeller ble oppfattet som rimelige og rettferdige.⁶⁷ Det ble diskutert om en ordning med særeie som hovedregel var å foretrekke, men det ble konkludert med at en likedelingsregel ville passe best for majoriteten av ektefeller.⁶⁸

Likedelingsregelen, jfr. el. § 58 første ledd, begrunnes hovedsakelig i hensyn til rimelighet og rettferdighet.⁶⁹ I de fleste ekteskap har partene få verdier ved inngåelsen, og ektefellenes formue blir som regel til gjennom ektefellenes felles og individuelle arbeidsinnsats under ekteskapet.⁷⁰ Grunntanken er at formue som er kommet i stand som resultat av en felles innsats, uavhengig av bidragsmåte,⁷¹ er rimelig og rettferdig å dele likt ved ekteskapets opphør.

3.3.2.2 Rettstekniske hensyn

Likedelingsregelen begrunnes i stor grad også i praktiske og rettstekniske hensyn.⁷² Bestemmelsen i el. § 58 er en verdiregel og gir ikke rett til konkrete gjenstander. Det er summen av ektefellenes formue som er gjenstand for likedeling. Det er en kjensgjerning at det ikke er uvanlig at grensene mellom mitt og ditt under ekteskapet i noen grad viskes ut. Ved at loven som hovedregel hjemler en likedeling av ektefellenes verdier ved

⁶⁶ NOU 1987: 30 s. 51.

⁶⁷ NOU 1987: 30 s. 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39.

⁶⁹ NOU 1987: 30 s. 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39.

⁷⁰ NOU 1987: 30 s. 76 – 77.

⁷¹ NOU 1987: 30 s. 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 63. Formålet med ekteskapslovens regel om likedeling var før ekteskapsloven av 1991 hovedsakelig å sikre den hjemmearbeidende kone. I dag er de fleste kvinner i arbeid, men mindre avbrudd fra arbeidslivet er vanlig, spesielt i forbindelse med oppfostring av barn. Likedelingsregelen bidrar også i dag til å sikre en rimelig og rettferdig fordeling hvor kvinnen har vært ute av arbeidslivet, men bidratt i hjemmet og således gjort det mulig for mannen å være ute i lønnet arbeid, jfr. NOU 1987: 30 s. 77.

⁷² NOU 1987: 30 s. 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 63.

oppgjøret, kan ektefeller i noen grad unngå slike diskusjoner. Det følelsesmessige båndet mellom ektefeller medfører ofte at tanker om eierskap kommer i bakgrunn. En konsekvens av likedelingsregelen er at ektefellene ved et oppgjør unngår å måtte rekonstruere eierforholdene nøyaktig i tilfeller hvor hvem som er ansvarlig for anskaffelsen er usikkert, noe som ofte kan være komplisert og svært krevende.⁷³

3.3.3 Hvilke hensyn begrunner begrensninger i ektefellers adgang til å inngå avtaler om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?

3.3.3.1 Hensyn til ektefellene selv

Begrensninger i ektefellers avtalefrihet om formuesordningen er begrunnet i hensyn til ektefellene selv.⁷⁴ Etter lovgivers mening burde avtalefriheten begrenses, fordi ektefeller ikke alltid har den oversikt som kreves for å forstå og forutse hvilke potensielle utfall en avtale om formuesordningen kan få for dem.⁷⁵ Det karakteristiske med avtaler om formuesordningen er at de er ment å få sin virkning i uant fremtid.⁷⁶ Hvordan ektefellers økonomi utvikler seg fra avtalen opprettes til den får rettsvirkning på et skifte, kan være svært vanskelig, om ikke umulig, på forhånd å forutse.⁷⁷

Av forarbeidene fremgår det også at hensynet til den "svake" ektefelle kan tale mot en vid avtalefrihet, men at betydningen av dette hensynet ikke må overdrives.⁷⁸

Begrunnelsen for dette er at den "svake" ektefelles interesser i stor grad er ivarettatt gjennom konkret lovregulering, blant annet gjennom adgangen til å kreve en avtale om formuesordningen lempet, jfr. el. §§ 46 annet ledd og 65 annet ledd.⁷⁹

3.3.3.2 Hensyn til kreditorenes interesser

Kreditorenes interesser er å få de krav de har på skyldneren dekket. Krav kreditorene har på ektefeller er intet unntak. I utgangspunktet har ektefellers formuesordning ingen betydning for kreditors dekningsmulighet hos skyldneren, fordi den avtalte

⁷³ NOU 1987: 30 s. 77. Se også Lødrup/Sverdrup (2011) s. 231 – 232.

⁷⁴ NOU 1987: 30 s. 96 og 97. Se også Lødrup/Sverdrup (2011) s. 171.

⁷⁵ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78. Se også Lødrup/Sverdrup (2011) s. 171.

⁷⁶ NOU 1987: 30 s. 97.

⁷⁷ NOU 1987: 30 s. 97.

⁷⁸ NOU 1987: 30 s. 96 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 99.

⁷⁹ Jfr. el. §§ 32, 33 og §§ 67, 68 og 74 som også ivaretar dette hensynet.

formuesordningen får sin virkning ved et delingsoppgjør,⁸⁰ og fordi kreditor alltid kan kreve dekning i de midler skyldneren eier, jfr. blant annet dekningsloven § 2-2⁸¹ og el. kapittel 10. Kreditors interesser er i stor grad vernet gjennom lovgivningen. Hensynet til kreditors interesser gjør seg dermed først og fremst gjeldende hvor ektefeller overfører eiendomsretten til gjenstander og rettigheter fra skyldnerektefellens rådighetsdel til den andres rådighetsdel – gave og gavelignende disposisjoner.⁸² Fordi kreditors interesser i stor grad nyter vern mot ektefellers avtaler ved lovregulering, er det i forarbeidene forutsatt at hensynet til kreditor bare får begrenset betydning for grensedragningen av ektefellers avtalefrihet.⁸³

Slik jeg tolker forarbeidene er hensynet til kreditor relevant å vektlegge først og fremst i tilfeller hvor en disposisjon er ment å hindre kreditor fra å søke dekning i eiendeler som tilhører skyldnerektefellen.⁸⁴ I slike tilfeller vil hensynet til kreditorene kunne fungere som skranker for ektefellenes avtalefrihet. Et eksempel på en avtale hvor hensynet til kreditor begrunner begrensninger i avtalefriheten, kan være hvor ektefeller oppretter ektepakt og overfører eiendomsretten til boligen som eies av mannen til hustruen, fordi mannen opplever kreditorpågang. I avtalen inntas en klausul hvor overdragelsen av boligen er betinget av at ektefellene ikke skilles. En slik avtale får etter sitt innhold ingen reell virkning for ektefellenes formuesforhold. Selv om mannen ikke er eier av boligen, vil han fortsatt nyte godt av den, samtidig som kreditor ikke kan ta beslag i den. Det er nærliggende å tolke forarbeidene slik at det er i tilfeller hvor avtalene er motivert av kreditorunndragelse at hensynet til kreditors interesser får betydning for klarleggingen av avtalefrihetens grenser.⁸⁵ Ellers er det vanskelig å se at hensynet til kreditor spiller inn når grensen skal klarlegges.

I Rt. 2012 s. 874 var saksforholdet at ektefellene A og B hadde opprettet ektepakt som skulle medføre at B ved skilsmisse eller død skulle få en viss prosentandel av aksjer i As selskaper, som var As særeie. Formålet med avtalen var at B skulle få ta del i verdiøkningen disse selskapene eventuelt fikk. I saken uttaler Høyesterett at den

⁸⁰ NOU 1987: 30 s. 113 og Holmøy/Lødrup/Asland s. 279.

⁸¹ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaernes dekningsrett.

⁸² Jfr. el. § 50 og NOU 1987: 30 s. 96 – 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78.

⁸³ NOU 1987: 30 s. 96 – 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78.

⁸⁴ NOU 1987: 30 s. 96 – 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78.

⁸⁵ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 78.

omtvistede ektepakten vanskelig kunne sies å tilsidesette kreditors interesser.⁸⁶ Avtalen innebar en overføring av verdier, noe som i utgangspunktet kunne svekket kreditors dekningsgrunnlag. Slik jeg ser det ble dette ikke tillagt betydning av Høyesterett, fordi avtalen fikk reell virkning for ektefellene og fordi formålet med avtalen ikke var å tilsidesette kreditors interesser.

Sammenfatningsvis er det nærliggende å slutte at hensynet til kreditors interesser bare får betydning for grensene for ektefellers avtalefrihet hvor kreditorenes interesser står i fare for å bli tilsidesatt som følge av svikaktig opptreden fra ektefellene.

3.3.3.3 Hensyn til ektefellenes livsarvinger

Hensyn til ektefellers livsarvinger er også et hensyn som begrunner begrensninger i ektefellers avtalefrihet og må tillegges noe vekt ved vurderingen av avtalefrihetens rekkevidde.⁸⁷ Forarbeidene er tause om hva som utgjør begrunnelsen for at dette hensynet er relevant ved klarleggingen av avtalefrihetens grenser.

I arveretten har det tradisjonelt hersket en tanke om at det er rimelig at den som står avdøde nærmest tar arv.⁸⁸ Mellom barn og foreldre oppstår det av naturlige årsaker som regel et nært økonomisk og personlig forhold. Ofte må dette forholdet betraktes som et avhengighetsforhold.⁸⁹ Det er i forarbeidene til arveloven⁹⁰ også uttalt at formålet med en arvelov er å sørge for at den som står avdøde nærmest tar arv. I arveloven kommer dette til uttrykk gjennom pliktdelsarvens sentrale posisjon.⁹¹ Fordi ekteskapsretten og arveretten står i et nært forhold til hverandre er hensynet til rimelighet, som pliktdelsreglene i arveloven er begrunnet i, nærliggende å legge til grunn også som begrunnelse for at hensynet til livsarvingene begrenser ektefellers avtalefrihet om formuesordningen.

⁸⁶ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 42.

⁸⁷ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 18 (1990 – 1991) s. 78.

⁸⁸ NUT 1962: 2 s. 32 og 35.

⁸⁹ NUT 1962: 2 s. 35.

⁹⁰ Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m.

⁹¹ NUT 1962: 2 s. 32.

4 Setter ekteskapslovens regler skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte?

4.1 Innledning

I det følgende vil jeg drøfte om ekteskapslovens regler setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

Først vil jeg i kapittel 4.2 drøfte om en forhåndsavtale om naturalutlegg er det samme som en avtale om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9. Dersom en forhåndsavtale om naturalutlegg er å anse som en avtale om formuesordningen, innebærer dette at ekteskapsloven kapittel 9 fungerer som en skranke for å inngå denne type avtaler. Dette skyldes som nevnt i kapittel 2.2, at ekteskapsloven kapittel 9 uttømmende regulerer hvilke forhåndsavtaler om formuesordningen ektefeller kan inngå. I kapittel 4.3 vil jeg drøfte om en avtale om naturalutlegg er en ordinær formuerettslig avtale. Slike avtaler faller utenfor de begrensninger i avtalefriheten som ekteskapsloven trekker opp, og omfattes av hver av ektefellenes private autonomi.⁹² I kapittel 4.4 vil jeg drøfte mine funn i lys av reelle hensyn. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 4.5 gi en kort oppsummering om problematikken rundt avhandlingens hovedproblemstilling.

Slik prologen innledningsvis illustrerer, er premisset for problemstillingen at det dreier seg om en avtale mellom ektefeller om at en konkret gjenstand, for avhandlingens del den felles bolig, skal bli utlagt en bestemt av ektefellene på felleseieskifte. Det er således ikke tale om at en ektefelle vederlagsfritt skal overta boligen. Boet forutsettes oppgjort med grunnlag i den formuesordningen ektefellene har.

⁹² Jfr. el. § 31 og Rt. 2006 s. 168.

4.2 Omfattes forhåndsavtaler om naturalutlegg av reglene om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?

4.2.1 Innledning

De formuesordninger ektefeller kan ha er felleseie og særeie, samt kombinasjoner av disse, jfr. el. §§ 42 og 58.⁹³ Som redegjort for i kapittel 2.2 er felleseie og særeie betegnelser på hva som skal inngå i og holdes utenfor et delingsoppgjør. Det hersker usikkerhet om begrepet "formuesordning" utelukkende gjelder hvilke verdier som på et skifte skal fordeles, eller om begrepet også omfatter de enkelte gjenstander. Dersom begrepet også omfatter gjenstander, vil forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke være gyldige, fordi el. kapittel 9 ikke åpner for slike. Fordi det er uklart hva begrepet "formuesordning" omfatter er det nødvendig å foreta en nærmere drøftelse av problemstillingen.

4.2.2 Faller forhåndsavtaler om naturalutlegg inn under reglene om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9?

Det er naturlig at reglene i el. kapittel 9 bidrar til å klarlegge innholdet i begrepene i kapittelets overskrift, "[a]vtaler om formuesordningen m.v.". Bestemmelsene i kapittel 9 sier bare noe om adgangen til å avtale ulike former for deling som fraviker hovedregelen i el. § 58 første ledd første punktum. Overskriften gir ikke bidrag til å klarlegge om begrepet "formuesordning" utelukkende gjelder verdifordelingen, eller om det også omfatter gjenstandsdelingen.

Lovens forarbeider er sprikende når det gjelder hvilke midler formuesordningen regulerer. I noen sammenhenger ser det ut til at reglene om formuesordningen omfatter både verdier og gjenstander,⁹⁴ andre ganger bare verdier.⁹⁵ At forarbeidene levner tvil om innholdet i formuesordningsbegrepet kan isolert tilsi at forarbeidene ikke kan tillegges stor vekt ved klarleggingen av begrepet "formuesordning".

Utvalget sier imidlertid eksplisitt at "[e]n avtale om at en ektefelle skal ha rett til å beholde en bestemt eiendel ved ekteskapets opphør uten at eiendelen er ektefellens

⁹³ NOU 1987: 30 s. 44.

⁹⁴ NOU 1987: 30 s. 33.

⁹⁵ NOU 1987: 30 s. 98 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 76.

særeie, kan ikke anses som en avtale om formuesordningen.”⁹⁶ I merknadene til el. kapittel 9 i forarbeidene, som omhandler generelle spørsmål vedrørende ektefellers avtaler om oppgjøret ved ekteskapets opphør, viser utvalget til avsnitt V. 10 i innstillingen og at slike spørsmål er behandlet der.⁹⁷ Utvalgets henvisning til avsnitt V. 10 retter seg, slik jeg tolker henvisningen, mot uttalelsen sitert ovenfor. Fordi denne delen av forarbeidene fremheves i de generelle merknadene til el. kapittel 9, som gjelder avtaler om formuesordningen, må det etter min mening, til tross for at forarbeidene generelt er ambivalente om innholdet i begrepet ”formuesordning”, legges mer vekt på disse uttalelsene enn forarbeidene for øvrig. Etter dette er det nærliggende at begrepet ”formuesordning” gjelder hvilke verdier som skal fordeles på et skifte.

I Rt. 2006 s. 168⁹⁸ uttalte Høyesterett at den konkrete avtalen om tilbakekjøpsrett til fastsatt pris innebar en ”forhåndsavtale om fordelingen av *verdier* uten forankring i ekteskapslovens bestemmelser”.⁹⁹ Slik jeg tolker denne uttalelsen er det nærliggende at Høyesterett anser formuesordningen å gjelde den verdimessige fordelingen på et skifte. Dette taler for at begrepet ”formuesordning” gjelder den verdimessige delingen.

I juridisk teori ser det ut til å være bred enighet om at begrepet ”formuesordning” omhandler hvilke regler som skal gjelde for den verdimessige delingen mellom ektefeller.¹⁰⁰ Dette trekker også i retning av begrepet ”formuesordning” omfatter verdier, i motsetning til gjenstander.

Prinsippet om privat autonomi står sterkt i Norge, og inngrep i avtalefriheten kan bare skje dersom andre viktige samfunnshensyn tilsier begrensninger. En ektefelles rett til å disponere fritt over sine midler begrunnes i prinsippet om privat autonomi, herunder retten til selv å disponere over sin eiendom. De inngrep som er gjort i ektefellers avtalefrihet er hovedsakelig begrunnet i hensyn til rimelighet og rettferdighet. Det kan i mange tilfeller være rimelig å dele verdien med den andre ektefelle, fordi verdien av en gjenstand er blitt til som et resultat av ektefellenes felles innsats.

⁹⁶ NOU 1987: 30 s. 98.

⁹⁷ NOU 1987: 30 s. 112.

⁹⁸ Se avhandlingens kapittel 1.2 for saksforhold.

⁹⁹ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 40. Min utheving.

¹⁰⁰ Holmøy/Lødrup s. 375 – 376, Lødrup/Sverdrup (2011) s. 222 og Strøm Bull s. 25 – 26.

Et eksempel kan være at mannen under ekteskapet kjøper et hus. Han er ansvarlig for å betjene lånet, mens kvinnen bidrar ved å betale de øvrige løpende utgifter. Selv om kvinnen bidrar til at husstanden går rundt, kan ikke *eiendomsretten* til huset automatisk gå over på henne. Et slikt resultat hadde ikke vært rimelig. Etter gjeldende rett skal det mye til for å få rett til en annens gjenstander, jfr. blant annet reglene i el. kapittel 13 og rettspraksis, hvor det fremgår at terskelen for å erverve medeiendomsrett uten forutgående avtale er høy.¹⁰¹ Samtidig ville det vært svært urimelig om kvinnen ikke fikk ta del i *verdien* av huset. Årsaken er at mens kvinnen har bidratt med å dekke løpende utgifter som forbrukes der og da, har mannen skutt inn midler i et objekt som mest sannsynlig har økt i verdi. Hennes bidrag har direkte gjort det mulig for mannen å øke verdien av sin eiendom. Reglene om formuesordningen tar konsekvensen av det økonomiske fellesskap ektefellene har praktisert under ekteskapet.¹⁰² De hensyn som begrunner formuesordningen tilsier etter min mening at formuesordningen gjelder det verdimessige oppgjøret.

En samlet vurdering av momentene ovenfor tilsier at begrepet "formuesordning" gjelder det verdimessige oppgjøret.

En avtale om formuesordningen gjelder det verdimessige oppgjøret på skifte. Slik jeg har redegjort for i kapittel 2.4 menes det med naturalutlegg en rett til å overta eller motta de enkelte gjenstander og rettigheter på skifte. En forhåndsavtale om naturalutlegg gjelder fordelingen av de enkelte gjenstander. Dette taler for at en slik avtale ikke er en avtale om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9.

Før vedtakelsen av dagens ekteskapslov fremgikk reglene om hvordan ektefellenes formue skulle deles av ektefelleloven.¹⁰³ Reglene om gjenstandsfordelingen fantes i skifteloven.¹⁰⁴ I dag er reglene samlet i ekteskapsloven av 1991, som bygger på et skille mellom regler om formuesordningen og naturalutlegg.¹⁰⁵ At loven har egne regler for fordelingen av formue og gjenstander trekker i retning av at lovgiver ønsket et skille mellom verdifordeling og gjenstandsfordeling. Systembetragtninger taler for at fordi

¹⁰¹ Rt. 1999 s. 177 på s. 182.

¹⁰² NOU 1987: 30 s. 75 – 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 63.

¹⁰³ Lov 20. mai 1927 nr. 1 om ektefellers formuesforhold.

¹⁰⁴ Se kap. 7, opphevet ved ekteskapsloven 1991.

¹⁰⁵ Jfr. el. kapittel 9, jfr. kapittel 12 og 13.

begrepet "formuesordning" omfatter den verdimeslige delingen, må forhåndsavtaler om naturalutlegg således være noe annet enn avtaler om formuesordningen.

Generelt bør man være varsom med å tolke lover antitetisk. Dette taler for at det kan være rom for forhåndsavtaler om naturalutlegg, selv om el. kapittel 9 ikke regulerer slike avtaler. På den andre siden, dersom begrepet formuesordning er ment å dekke også forhåndsavtaler om naturalutlegg, og lovgiver ikke mente å åpne for at denne type avtaler skal være tillatt, kan ekteskapslovens system med bare å regulere hvilke avtaler som er tillatt, jfr. avhandlingens kapittel 2.2, forklare fraværet av regulering. Dette forutsetter at el. kapittel 9 anses som positivrettslig. I slike tilfeller er det i følge rettspraksis og juridisk litteratur større rom for antitetiske slutninger.¹⁰⁶ Legges en slik forståelse til grunn vil det svekke den vekt som kan legges på argumentet om systembetraktninger ovenfor. All den tid det hersker tvil om forhåndsavtaler om naturalutlegg kan anses som avtaler om formuesordningen, synes jeg imidlertid det er vanskelig å legge til grunn en slik positivrettslig forståelse av loven.

I forarbeidene er det uttalt at "[e]n avtale om at en ektefelle skal ha rett til å beholde en bestemt eiendel ved ekteskapsopphevet uten at eiendelen er ektefellens særreie, kan ikke anses som en avtale om formuesordningen"¹⁰⁷ Dette trekker også i retning av at en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke er en avtale om formuesordningen.

I forarbeidene er det også uttalt at loven bør tolkes liberalt.¹⁰⁸ Høyesterett har fulgt opp denne uttalelsen og lagt til grunn at en slik tolkning har gode grunner for seg, fordi loven ellers vil kunne virke som en felle dersom de avtaler ektefeller har inngått, på et skifte viser seg ikke å være gyldige uten at dette fremgår klart av loven.¹⁰⁹ På bakgrunn av dette bør det ikke innfortolkes begrensninger som ikke uttrykkelig fremgår av loven. Satt på spissen kan det hevdes at hvis ekteskapslovens system er slik at bare avtaler som er angitt i loven er tillatt, må dette av hensyn til prinsippet om privat autonomi fremgå klart av hensyn til forutberegnelighet. Dette taler for at en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke kan anses å være en avtale om formuesordningen.

¹⁰⁶ Rt. 1971 s. 34 på s. 35 og Nygaard (2004) s. 243 – 244.

¹⁰⁷ NOU 1987: 30 s. 98.

¹⁰⁸ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 77.

¹⁰⁹ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 32.

I Rt. 2006 s. 168¹¹⁰ synes Høyesterett å legge til grunn at forhåndsavtaler om naturalutlegg faller innenfor begrepet "formuesordningen". Dette kan isolert sett tale for at en forhåndsavtale om naturalutlegg er en avtale om formuesordningen.

Årsaken til at Høyesterett kom til at avtalen falt innenfor formuesordningen var imidlertid avtalens sterke tilknytning til ektefellenes formuesforhold og at dette trolig var tilstrekkelig til at den måtte anses å være i strid med el. kapittel 9. Høyesterett sier ikke direkte at en avtale om naturalutlegg er en avtale om formuesordningen. Dette må være avgjørende, og trekker også i retning av at en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke er en avtale om formuesordningen.

En helhetsvurdering tilsier at en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke faller inn under reglene om formuesordningen, jfr. el. kapittel 9. Isolert sett taler dette for at ekteskapslovens regler ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

4.3 Er en forhåndsavtale om naturalutlegg det samme som en ordinær formuerettslig avtale?

4.3.1 Innledning

Det følger av el. § 31 at ektefeller fritt kan råde over sine eiendeler under ekteskapet. Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om privat autonomi. At ekteskapet etter ordlyden ikke medfører begrensninger i en ektefelles råderett tilsier at den enkelte eierektefelle kan disponere over sine eiendeler som en hvilken som helst eier elles har adgang til. Ektefellene må etter bestemmelsen således også fritt kunne inngå avtaler seg i mellom. En slik forståelse har også støtte i forarbeidene, hvor departementet uttaler at "[e]ktefeller kan inngå avtaler seg imellom av *ren formuerettslig karakter*."¹¹¹ Ved avtaler som like gjerne kunne ha vært inngått av andre enn ektefeller, gjelder vanlige avtalerettslige regler. Slik jeg tolker forarbeidene kan ektefeller derfor inngå slike avtaler uten at det stilles krav om hjemmel i ekteskapsloven.

¹¹⁰ Se avhandlingens kapittel 1.2 for saksforhold.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74.

At det for avtaler av ren formuerettslig karakter ikke kreves hjemmel i ekteskapsloven, kan også utledes av rettspraksis. I Rt. 2006 s. 168 var avtalens gyldighet betinget av at den kunne betraktes som en "ordinær formuerettslig avtale" som derfor ikke ble regulert av el. kapittel 9.¹¹² At ektefeller uten hjemmel kan inngå slike avtaler er i all overensstemmelse med prinsippet om privat autonomi og kan således anses som et uttrykk for hvor langt grunnprinsippet om økonomisk selvstendighet rekker også i ekteskap.¹¹³

Av loven, forarbeidene, rettspraksis og reelle hensyn kan det trekkes slutning om at en forhåndsavtaler om naturalutlegg kan inngås uten begrensninger av reglene i ekteskapsloven, dersom den er å anse som en ren, eller en "ordinær formuerettslig avtale".¹¹⁴

For å ta stilling til om forhåndsavtaler om naturalutlegg må anses som en "ordinær formuerettslig avtale", er det nødvendig å presisere nærmere hva som menes med en slik avtale. Dette vil jeg gjøre i kapittel 4.3.2. Av ekteskapslovens forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur følger det at rene formuerettslige avtaler må avgrenses mot avtaler som er foranlediget av partenes posisjon som ektefeller eller mot avtaler som ikke har virkning utover opphørssituasjonen.¹¹⁵ For avtaler av sistnevnte type forutsettes det at det kan påvises hjemmel i el. for at avtalen skal være gyldig. I kapittel 4.3.3 drøfter jeg nærmere denne sondringen, før jeg i kapittel 4.3.4 på bakgrunn av denne drøftelsen vil reise problemstillingen om forhåndsavtaler om naturalutlegg har tilstrekkelig hjemmel i ekteskapsloven og om ekteskapsloven eventuelt setter skranker for at ektefeller kan inngå slike avtaler.

¹¹² Rt. 2006 s. 168 avsnitt 34.

¹¹³ Se avhandlingens kapittel 3.2.1 og 3.3.1

¹¹⁴ Jeg anser forarbeidenes betegnelse "avtaler [...] av *ren formuerettslig karakter*" som synonymt med begrepsbruken "ordinær formuerettslig avtale" i Rt. 2006 s. 168.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74, Rt. 2006 s. 168, Holmøy/Lødrup/Asland s. 305, Lødrup/Sverdrup (2011) s. 183 – 184 og Tone Sverdrup, "Gyldigheten av avtale om formuesordningen – Rt-2012-874", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 205 – 212 (s. 211).

4.3.2 Hva er en ordinær formuerettslig avtale?

Utgangspunktet for å klarlegge innholdet i begrepene "ordinær formuerettslig avtale" er ordlyden. I den forbindelse kan det være hensiktsmessig å dele begrepene opp i de fragmentene de består av.

Begrepet "ordinær" gir etter sin ordlyd assosiasjoner til det vanlige. De vanlige formuerettslige avtaler omfatter typisk kjøp, salg, lån, gave m.v.¹¹⁶ I følge forarbeidene må for eksempel en avtale mellom ektefeller som går ut på at den ene skal låne den andre penger, regnes som en ordinær formuerettslig avtale som ektefeller uhindret av ekteskapsloven kan inngå.¹¹⁷

Ordlyden "formuerettslig" er naturlig å tolke slik at det henvises til rettsområdet formuerett, som peker tilbake på en systematisering av vårt rettssystem som først og fremst er pedagogisk begrunnet. Av juridisk litteratur følger at rettsområdet "formuerett" tradisjonelt omfatter reglene som dreier seg om rettigheter av økonomisk art, typisk salg, råderett over fast eiendom og lignende.¹¹⁸

Begrepet "avtale" er naturlig å forstå som en overenskomst mellom to eller flere personer som stifter rettigheter og/eller plikter for avtalepartene. Disposisjonen kan være ensidig eller gjensidig.¹¹⁹ En slik forståelse kan også utledes av avtalelovens system og juridisk litteratur.¹²⁰

Som det fremgår av eksempelet i prologen, går avtalen ut på at Karl, ved en eventuell skilsmisse, skal få overta den felles bolig ved å yte markedspris til Lise. Overtakelse mot vederlag må klassifiseres som salg. På bakgrunn av gjennomgangen av begrepene "ordinær formuerettslig avtale" må det legges til grunn at avtalen mellom ektefellene i prologtilfellet må betraktes som en "ordinær formuerettslig avtale".

¹¹⁶ Giertsen s. 15.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74.

¹¹⁸ Falkanger/Falkanger s. 29, Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 15.

¹¹⁹ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 21 – 22.

¹²⁰ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl). Hov/Høgberg s. 21 – 22.

Dette taler isolert sett for at ekteskapslovens regler ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

4.3.3 Sondring mellom ordinære formuerettslige avtaler og familierettslige avtaler av økonomisk art

Familieretten er som formueretten en del av privatretten. Selv om den systematisk skilles fra formueretten, inneholder den mange formuerettslige elementer. Særegent for familieretten er imidlertid at den regulerer et forhold mellom parter presumptivt basert på en følelsesmessig tilknytning. Båndet mellom ektefeller medfører i enkelte tilfeller at partsforholdet ikke kan betraktes som et alminnelig partsforhold.¹²¹ Det spesielle forholdet mellom ektefeller contra forholdet mellom avtaleparter ellers, for eksempel i en kjøpskontrakt, medfører at avtalen kan få karakter av noe *mer* enn en ordinær formuerettslig avtale.

I forarbeidene skilles det mellom avtaler av ren formuerettslig karakter, som ektefeller tilsynelatende fritt kan inngå uten at ekteskapsloven setter begrensninger, og *avtaler med økonomisk innhold som er foranlediget av partenes posisjon som ektefeller*; som igjen kan deles inn i to hovedgrupper: Avtaler om det økonomiske oppgjøret i forbindelse med et aktuelt skifte og avtaler om formuesordningen mellom ektefeller.¹²² I tillegg kommer "[a]ndre typer avtaler av økonomisk art" – de som faller utenfor disse hovedgruppene, men som likevel er foranlediget av partenes posisjon som ektefeller, også kalt familierettslige avtaler av økonomisk art.¹²³

Den første avtaletypen forarbeidene omtaler faller utenfor min problemstilling å ta stilling til, i det det siktes til avtaler inngått med hjemmel i el. § 65 første ledd, altså ikke forhåndsavtaler om skiftet. Den andre avtaletypen, avtaler om formuesordningen, er drøftet i kapittel 4.2. Det er således den sistnevnte avtaletypen – "[a]ndre typer avtaler av økonomisk art" – som er interessant å se nærmere på.

¹²¹ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74.

¹²² Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74.

¹²³ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74 og 80.

Det fremgår av forarbeidene at andre typer familierettslige avtaler av økonomisk art følger det samme systemet som avtaler om formuesordningen: slike må ha særskilt hjemmel i loven for å være gyldige.¹²⁴ Departementet sier ikke noe om hvilke avtaler som omfattes av lovkravet, men viser til at slike er omtalt av utvalget i forbindelse med de enkelte disposisjoner.¹²⁵

Etter forarbeidene er det altså nødvendig å vurdere om avtaler om naturalutlegg må anses som rene formuerettslige avtaler eller som en annen type familierettslig avtale av økonomisk art. Dersom forhåndsavtaler om naturalutlegg må anses som familierettslige avtaler av økonomisk art, kreves særskilt hjemmel i loven for at slike skal være gyldige.

I juridisk litteratur er det lagt til grunn at en avtale bare kan anses som en ren formuerettslig avtale dersom dens rettsvirkning ikke utelukkende er knyttet til ekteskapets opphør.¹²⁶ Sverdrup mener at "[d]ersom avtalen bare har en eneste mulig virkning, og det er ved ekteskapets opphør, er det en oppgjørsavtale kledd i formuerettslig drakt, jf. Rt. 2006 s. 168."¹²⁷

Ut fra juridisk litteratur vil det i vurderingen av om en avtale om naturalutlegg kan anses som en familierettslig avtale av økonomisk art ha betydning om avtalen har virkning utover opphørssituasjonen, eller om den bare har virkning ved ekteskapets opphør.

For å avklare om en forhåndsavtale om naturalutlegg må klassifiseres som en ordinær formuerettslig avtale eller familierettslig avtale av økonomisk art må også betydningen av begrepene "familierettslige avtaler av økonomisk" klarlegges nærmere.

Utgangspunktet må være begrepenes ordlyd.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹²⁶ Tone Sverdrup, "Gyldigheten av avtale om formuesordningen – Rt-2012-874", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 205 – 212 (s. 211) og Holmøy/Lødrup/Asland s. 304 – 305.

¹²⁷ Tone Sverdrup, "Gyldigheten av avtale om formuesordningen – Rt-2012-874", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 205 – 212 (s. 211)

En naturlig språklig forståelse av "familierettslige avtaler" tilsier at slike avtaler er avtaler inngått av rettssubjekter som er underlagt regler som hører under familierettens område. Ekteskapsretten er en del av familieretten, og regulerer det økonomiske forholdet mellom ektefeller.¹²⁸ At ekteskapsretten regulerer forholdet mellom ektefeller tilsier at en familierettslig avtale, på ekteskapsrettens område, er en avtale mellom ektefeller.

Ordlyden "økonomisk art" er vid og må naturlig tolkes slik at den kan omfatte alt som må karakteriseres som økonomisk.

Om avtaler inngått mellom ektefeller må betraktes som familierettslige avtaler av økonomisk art, må etter dette være avhengig av at partsforholdet består mellom ektefeller, at avtalen har et økonomisk innhold, at den er foranlediget av partenes posisjon som ektefeller og at den har virkning utover opphørssituasjonen.

En forhåndsavtale om naturalutlegg på skifte er en avtale mellom ektefeller.

Partsforholdet taler for at avtalen er en familierettslig avtale av økonomisk art.

På den andre siden kan partsforholdet ikke alene være avgjørende, fordi ektefeller seg i mellom kan inngå avtaler av ren formuerettslig karakter, uten at de av den grunn må betraktes som familierettslige avtaler av økonomisk art. For eksempel kan ektefeller, uten at ekteskapsloven setter skranker for det, avtale at mannen skal låne penger fra kvinnen og betale lånebeløpet tilbake over 5 år.

Fordelingen av ektefellers midler skjer som nevnt i to trinn; ved verdi- og gjenstandsfordeling.¹²⁹ En forhåndsavtale om naturalutlegg gjelder den gjenstandsmessige fordelingen og reglene om formuesordningen regulerer den verdimesse. Den verdimesse fordelingen skjer med utgangspunkt i hver av ektefellenes rådighetsdel. De gjenstander og rettigheter som inngår i den enkeltes rådighetsdel verdsettes, og verdien deles på bakgrunn av den formuesordning ektefellene har. Verdi og gjenstand er således avhengig av hverandre. Selv om verdien

¹²⁸ NOU 1987: 30 s. 14, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39 og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) s. 8 og Lødrup/Sverdrup (2011) s. 22.

¹²⁹ Jfr. el. kapittel 12 og 13.

løsrives for å danne grunnlaget for den verdimessige delingen, blir ikke resultatet at gjenstanden er verdiløs. En avtale om naturalutlegg må således anses å ha et økonomisk innhold. Isolert sett trekker dette i retning av at en forhåndsavtale om naturalutlegg er en familierettslig avtale av økonomisk art.

Dersom partene ikke var ektefeller kunne de fordelt både verdier og gjenstander slik de selv måttet ønske. Ekteskapsloven oppstiller imidlertid regler for fordelingen, og kommer til anvendelse fordi partene har valgt å inngå ekteskap. At det ved ekteskapets opphør etter loven skal foretas et oppgjør mellom ektefellene, må således anses å være foranlediget av partenes posisjon som ektefeller. Fordi en forhåndsavtale om naturalutlegg er ment å regulere gjenstandsfordelingen, som etter loven skal foretas mellom ektefeller, *fordi* partene er ektefeller, må også en slik avtale anses å være foranlediget av partenes posisjon som ektefeller. Dette taler også i retning av at en forhåndsavtale om naturalutlegg er en familierettslig avtale av økonomisk art.

Verken utvalget eller departementet har foretatt noen samlet drøftelse av hvilke avtaler som faller under kategorien "familierettslige avtaler av økonomisk art". Fraværet av en slik drøftelse taler mot å legge vekt på den antiteseslutning som departementet legger til grunn.¹³⁰ I NOU 1987: 30 sier utvalget på s. 98 at "[e]n avtale om at en ektefelle skal ha rett til å beholde en bestemt eiendel ved ekteskapets opphør uten at eiendelen er ektefellens særeie, kan ikke anses som en avtale om formuesordningen. En slik avtale om naturalutlegg har ikke hjemmel i loven og vil derfor være ugyldig". Uttalelsen trekker i retning av at departementets uttalelse om at familierettslige avtaler av økonomisk art må ha særskilt hjemmel i loven ikke kan tolkes antitetisk,¹³¹ slik at forhåndsavtaler som ikke er omtalt av departementet må anses som ordinære formuerettslige avtaler. Dette trekker i retning av at en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke er en familierettslig avtale av økonomisk art.

Forarbeidene gir noen eksempler på avtaler som faller under kategorien "[a]ndre familierettslige avtaler av økonomisk art".¹³² Det vises bare til at avtaler om at rådighetsbegrensninger ikke skal gjelde for midler som er særeie, jfr. el. § 37 og

¹³⁰ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹³¹ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹³² Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

fastsettelse av bidrag, jfr. § 84¹³³ må betraktes som familierettslige avtaler av økonomisk art. Den generelle uttalelsen i forarbeidene om at andre familierettslige avtaler av økonomisk art krever særskilt lovhjemmel og at departementet herunder bare gir *eksempler* på slike, tilsier at oppstillingen i forarbeidene ikke uttømmende angir hvilke avtaler som faller inn under denne kategorien. Dette taler i retning av at forhåndsavtaler om naturalutlegg er, eller i alle fall kan være, en familierettslig avtale av økonomisk art.

Slik det i juridisk teori er argumentert for, kan en avtale som bare får virkning ved en opphørssituasjon ikke anses som en ordinær formuerettslig avtale. En avtale om naturalutlegg på felleseieskifte får naturlig nok sin rettsvirkning ved ekteskapets opphør. Dette taler for at avtalen er en familierettslig avtale av økonomisk art.

På den andre siden kan det argumenteres for at inngåelsen av en slik avtale kan medføre at eierektefellens råderett under ekteskapet blir begrenset som følge av avtalen, slik at avtalen ikke utelukkende får virkning ved ekteskapets opphør. For eksempel kan avtalen tenkes å medføre at eierektefellen ikke kan selge gjenstanden som er omfattet av avtalen. Prinsippet om privat autonomi tilsier imidlertid at å anse en slik avtale å sette rådighetsbegrensninger, uten at begrensninger i råderetten er avtalt eller klart forutsatt mellom partene, nok vil være å trekke det for langt. Uten annet avtalegrunnlag, må en forhåndsavtale om naturalutlegg utelukkende anses å være knyttet til opphørssituasjonen. Dette taler også for at en forhåndsavtale om naturalutlegg er en familierettslig avtale av økonomisk art.

En helhetlig vurdering av de ovenfor nevnte momenter, tilsier at en forhåndsavtale om naturalutlegg er en familierettslig avtale av økonomisk art.

¹³³ NB! Det kan se ut som at departementet i Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80 viser til feil lovhjemmel. Se el. § 83 til sammenligning.

4.3.4 Har forhåndsavtaler om naturalutlegg tilstrekkelig grunnlag i ekteskapsloven?

4.3.4.1 Innledning

Forutsetningen i det følgende er at forhåndsavtaler om naturalutlegg er en familierettslig avtale av økonomisk art, som for å være gyldig krever særskilt hjemmel i ekteskapsloven.

I det følgende vil jeg derfor drøfte om forhåndsavtaler om naturalutlegg har tilstrekkelig rettsgrunnlag i ekteskapsloven, slik at de gyldig kan inngås. Først vil jeg i kapittel 4.3.4.2 drøfte forarbeidenes krav om hjemmel noe nærmere. Deretter vil jeg nærme meg spørsmålet på tre måter: Først i kapittel 4.3.4.3 ved å vurdere om ekteskapsloven inneholder en hjemmel som er tilstrekkelig. Deretter i kapittel 4.3.4.4 ved å undersøke om ekteskapsloven setter skranke for mulige hjemmelsgrunnlag. Og avslutningsvis i kapittel 4.3.4.5 om sammenhengen mellom avtaler om naturalutlegg og ekteskapslovens regler om verdifordeling og gjenstandsfordeling i seg selv kan utgjøre en skranke for avtalefriheten.

4.3.4.2 Nærmere om kravet til hjemmel slik det fremgår av forarbeidene

Ekteskapslovutvalget gir i NOU 1987: 30 på s. 98 uttrykk for et absolutt forbud mot forhåndsavtaler om naturalutlegg:

*"En avtale om at en ektefelle skal ha rett til å beholde en bestemt eiendel ved ekteskaps opphør uten at eiendelen er ektefellens særeie, kan ikke anses som en avtale om formuesordningen. En slik avtale om naturalutlegg har ikke hjemmel i loven og vil derfor være ugyldig. Avtaler om naturalutlegg kan bare inngås i forbindelse med et konkret delingsoppgjør. [...] En slik avtale kan likevel ha betydning ved den skjønnsmessige vurderingen etter kapittel 13."*¹³⁴

Om denne uttalelsen uten videre legges til grunn, vil en drøftelse av om forhåndsavtaler om naturalutlegg har tilstrekkelig grunnlag i ekteskapsloven kunne anses overflødig. Det er derfor nødvendig å drøfte hva som følger av forarbeidene nærmere.

¹³⁴ NOU 1987: 30 s. 98, min utheving.

Utvalget gir uttrykk for at loven ikke gir hjemmel til å inngå slike avtaler. Hva utvalget mener med "loven" gis det ikke noen nærmere forklaring på, og levner rom for tolkning.

En naturlig språklig forståelse av begrepet "loven", tilsier at utvalget sikter til ekteskapsloven i sin helhet. En slik tolkning trekker i retning av at avtaler om naturalutlegg ikke gyldig kan inngås, fordi slike i det hele mangler hjemmelsgrunnlag i ekteskapsloven.

På den andre siden kan "loven" også tolkes slik at utvalget sikter til reglene som fremgår av el. kapittel 9. Dette fordi utvalget bruker begrepet i sammenheng med uttalelsen om at en avtale om rett til å beholde en bestemt eiendel "ikke kan anses som en avtale om formuesordningen."¹³⁵

Slik jeg i kapittel 4.2.2 har konkludert med, er en forhåndsavtale om naturalutlegg ikke det samme som en avtale om formuesordningen. Dersom ordlyden tolkes slik at "loven" sikter til reglene i el. kapittel 9, betyr dette bare at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke kan inngås med hjemmel i bestemmelsene som inngår i kapittelet. Dersom begrepet må tolkes som ekteskapsloven i sin helhet, medfører dette at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke kan inngås overhodet.

Det absolutte forbudet utvalget gir uttrykk for er ikke nærmere drøftet eller underbygget i innstillingen. Utvalget legger bare til grunn at det ikke foreligger hjemmel. Dersom ordlyden er ment tolket slik at ekteskapsloven i sin helhet oppstiller et forbud mot å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, må det på bakgrunn av den tolkningstil uttalelse etterlater kunne kreves at utvalget foretar en bedre drøftelse av forbudet for at en slik begrensning i avtalefriheten skal være legitim.

De verdimessige delingsreglene, og avtalefriheten i relasjon til disse, er utførlig drøftet og begrunnet av utvalget.¹³⁶ Et viktig hensyn som utvalget anså å begrunne en vid avtalefrihet om formuesordningen var ektefellers individuelle ønsker og behov, og at avtaler om formuesordningen var egnet til å skape forutberegnelighet rundt

¹³⁵ NOU 1987: 30 s. 98.

¹³⁶ NOU 1987: 30 s. 96 – 98.

oppgjøret.¹³⁷ Et delingsoppgjør mellom ektefeller skal som nevnt skje i to trinn; verdimessig deling og gjenstandsmessig deling. En avtale om den gjenstandsmessige delingen kan for ektefeller på mange måter være like nærliggende å inngå, som en avtale om den verdimessige delingen. For eksempel kan ektefellene ha spesielle interesser i eller knyttet til gjenstandene, noe som gjør en slik avtale nødvendig eller ønskelig å inngå. Avtaler om hvem som skal ha hva ved et oppgjør kan på samme måte som avtaler om formuesordningen også være godt egnet til å gjøre oppgjøret forutsigbart.

Min erfaring fra Brønnøysundregistrene, er at mange ektefeller tror at forhåndsavtaler om naturalutlegg gyldig kan inngås. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at når loven er egnet til å levne ektefeller med en slik oppfatning, kan slike avtaler ikke være ugyldige alene fordi forarbeidene uten grundig drøftelse eller begrunnelse legger til grunn et slikt forbud. Optimalt ville en bestemmelse hvor et slikt forbud gikk frem av lovteksten vært best egnet av hensyn til forutberegnelighet. Når et slikt forbud ikke går frem av loven må et minstekrav være at det i forarbeidene foretas en grundig drøftelse av både fordeler og ulemper et slikt forbud kan medføre. Dette, og de ovenfor nevnte momenter, taler for å se bort i fra utvalgets absolutte forbud mot å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) inneholder ingen tilsvarende uttalelse om at forhåndsavtaler om naturalutlegg mangler hjemmel i loven og derfor må anses ugyldig. Justisdepartementet redegjør i sitt forslag til ny ekteskapslov for formuerettslige avtaler mellom ektefeller.¹³⁸ Herunder sonderer departementet, som nevnt i avhandlingens kapittel 4.3.3, mellom avtaler om det økonomiske oppgjøret i forbindelse med et aktuelt skifteoppgjør, avtaler om formuesordningen, og andre typer avtaler av økonomisk art.¹³⁹ For sistnevnte avtalestype uttaler departementet at slike må ha ”særskilt hjemmel i loven” for å være gyldige.¹⁴⁰ Departementet gir ikke på samme måte som utvalget uttrykk for et like absolutt forbud mot å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. I proposisjonen gis det i det hele bare uttrykk for at departementet støtter utvalgets syn

¹³⁷ NOU 1987: 30 s. 96.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 74 til 80.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

om at avtaler om formuesordningen krever særskilt hjemmel og at andre familierettslige avtaler må følge det samme systemet.¹⁴¹

I forbindelse med departementets uttalelse om "særskilt hjemmel" henvises det til utvalgets drøftelse av i hvilken grad det bør være hjemmel til å inngå avtaler om annet enn formuesordningen.¹⁴² Herunder er el. §§ 37 og 84 nevnt som eksempler på slike særskilte lovhjemler.¹⁴³ Denne opplistingen er ikke uttømmende. Slik jeg tolker forarbeidene må en forhåndsavtale om naturalutlegg ha særskilt hjemmel i loven, dersom den er å anse som en familierettslig avtale av økonomisk art. En slik forståelse av forarbeidene taler for at forbudet som fremgår av uttalelsen i NOU 1987: 30 s. 98 ikke uten videre kan legges til grunn, og at det kan være grunn til å se bort i fra uttalelsen.

I forbindelse med hvordan ekteskapslovens regler i kapittel 9 skal tolkes uttaler både utvalget og departementet helt generelt at selv om loven uttømmende regulerer hvilke avtaler om formuesordningen som kan inngås, må lovens regler tolkes liberalt.¹⁴⁴

I Rt. 2012 s. 874 ga Høyesterett sin tilslutning til at en liberal tolkning av loven hadde gode grunner for seg, og fremholdt at loven vil kunne virke som en felle dersom det på skifte kommer frem at den stenger for ordninger ektefellene har ønsket, uten at den gir et klart varsel om det.¹⁴⁵ Etter mitt syn må disse synspunktene gjelde, og kanskje til og med desto mer, for vurderingen av gyldigheten av forhåndsavtaler om naturalutlegg hvor lovgiverviljen ikke kommer like tydelig frem som ved reguleringen av hvilke forhåndsavtaler om formuesordningen ektefeller kan inngå. I denne sammenheng støtter dette opp under å se bort fra utvalgets uttalelse om at forhåndsavtaler om naturalutlegg mangler hjemmel i loven,

Utvalgets uttalelse i NOU 1987: 30 s. 98 gir rom for tolkningstvil og forbudet er ikke drøftet eller begrunnet i tilstrekkelig grad. De øvrige forarbeider gir ikke uttrykk for et like absolutt forbud, og lovens regler skal etter forarbeidene tolkes liberalt, noe som er i

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹⁴² NOU 1987: 30 s. 110 og 154 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 80. NB! se fotnote 129.

¹⁴⁴ NOU 1987: 30 s. 97 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 77.

¹⁴⁵ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 32.

overensstemmelse med hensynet til forutberegnelighet. Samlet sett tilsier dette at det er god grunn til å se bort fra uttalelsen i NOU 1987: 30 s. 98.

Fordi uttalelsen i NOU 1987: 30 s. 98 må ses bort fra, åpnes det for en nærmere vurdering av hjemmelsspørsmålet.

4.3.4.3 Er el. § 31 første ledd tilstrekkelig hjemmel for å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg?

Det følger av ordlyden i el. § 31 første ledd at ekteskapsinngåelsen ikke er ment å medføre begrensninger i retten en ektefelle har til å råde over egne midler. Bestemmelsen må anses som et utsalg av prinsippet om privat autonomi og grunnprinsippet om økonomisk selvstendighet.¹⁴⁶ Utgangspunktet må således være at ektefeller har avtalefrihet hva gjelder disponering over egen rådighetsdel.

Av el. § 31 første ledd fremgår det riktignok at avtalefriheten ikke er ubegrenset. Ordlyden "dersom ikke noe annet er bestemt" må naturlig tolkes slik at loven kan oppstille grenser for ektefellers disposisjonsfrihet. En slik forståelse har også støtte i forarbeidene.¹⁴⁷ Hvilke konkrete skranker for avtalefriheten bestemmelsen viser til kan imidlertid ikke utledes direkte av ordlyden.

Det fremgår av forarbeidene at de begrensninger ordlyden sikter til, i første rekke er ment som en henvisning til samtykkekravet som oppstilles i el. § 32 og 33.¹⁴⁸

Med henhold til hvilke begrensninger som gjelder, er det naturlig å søke veiledning i de underliggende hensyn bestemmelsen springer ut av.¹⁴⁹ Dette tilsier at inngrep i avtalefriheten må bygge på at andre samfunnsverdier anses viktigere å verne enn den frie rådigheten, og hensynet til forutberegnelighet tilsier at begrensningene må komme frem på en klar måte, slik at loven gir et rimelig klart varsel om hva som kan avtales.

¹⁴⁶ Jfr. avhandlingens kapittel 3.2 og 3.3.1.

¹⁴⁷ NOU 1987: 30 s. 101.

¹⁴⁸ NOU 1987: 30 s. 101.

¹⁴⁹ Se avhandlingens kapittel 3.2.

Reglene om formuesordningen er preseptoriske og det er utstrakt enighet om at el. kapittel 9 dermed setter grenser for avtalefriheten som kommer til uttrykk i § 31 første ledd.¹⁵⁰ I forbindelse med Ekteskapslovutvalgets drøftelse av rekkevidden av § 42 fremgår det at ektefeller i forbindelse med gaveoverføringer seg imellom, normalt kan ta visse forbehold.¹⁵¹ Dette må naturlig tolkes slik at utgangspunktet må være at ektefeller kan avtale vilkår på lik linje med ugifte. Det kan for eksempel være naturlig at kvinnen gir mannen en båt som hun har arvet fra sin far, på det vilkår at den skal tilbakeføres dersom mannen ikke vedlikeholder båten. En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk litteratur.¹⁵²

I forbindelse med uttalelsen om adgangen til å ta forbehold ved gaveoverføring, uttaler utvalget at "[d]et er bare hvor slike forbehold medfører avvik fra det som er tillatt etter de alminnelige regler om formuesordningen, at forbeholdet må settes til side. Tas det f.eks. forbehold om at gaven skal tilbakeføres ved ekteskapets opphør vil det ikke være gyldig."¹⁵³

Retten til å sette forbehold, som fremgår av forarbeidene, gjelder direkte bare for gaver. Uttalelsen har imidlertid også klar overføringsverdi til andre disposisjoner. Dette fordi en slik rett må anses å være et utslag av den private autonomi. Uttalelsen kan ha overføringsverdi til forhåndsavtaler om naturalutlegg, fordi en slik avtale etter sin natur setter forbehold om at ekteskapet må opphøre for at avtalen skal få sin rettsvirkning. Dersom vi tenker oss prologtilfellet er Karls tilbakekjøpsrett betinget av at ekteskapet opphører. Dersom ekteskapet ikke opphører vil ikke Karl ha rett til å kjøpe boligen. Hans erverv er således forbehold et visst scenario. Det samme er gaveoverføringen i eksempelet ovenfor om båten. Mannens eierskap av båten er betinget av at han vedlikeholder den.

Umiddelbart kan uttalelsen tolkes slik at den må medføre at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke kan inngås, fordi det gis uttrykk for et forbud mot å sette forbehold

¹⁵⁰ NOU 1987: 30 s. 96 – 98, Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 76 og Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) s. 15 – 16, Rt. 2006 s. 168 avsnitt 33, Rt. 2012 s. 874 avsnitt 27, Holmøy/Lødrup/Asland s. 302, Strøm Bull s. 28 og Lødrup/Sverdrup (2011) s. 171.

¹⁵¹ NOU 1987: 30 s. 115.

¹⁵² Holmøy/Lødrup/Asland s. 304.

¹⁵³ NOU 1987: 30 s. 115.

knyttet til ekteskapets opphør. Dette trekker i retning av at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke gyldig kan inngås med hjemmel i el. § 31 første ledd.

At et slikt forbud også gjelder forhåndsavtaler om naturalutlegg kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn, fordi det uttalte forbudet etter sin ordlyd direkte bare gjelder gaver. Om et slikt forbud også gjelder for forhåndsavtaler om naturalutlegg må således drøftes nærmere.

Slik jeg tolker forarbeidene er forbudet mot å forbeholde seg rett til å få gaven tilbakeført dersom ekteskapet opphører, begrunnet i hensynet til kreditors interesser.¹⁵⁴ En avtale om at en gave skal tilbakeføres dersom ekteskapet opphører, vil ikke få noen reell virkning mellom ektefellene, og forbeholdet bærer preg av å være tatt for å unndra midler fra kreditor under ekteskapet.

Når det gjelder en tilbakekjøpsrett betinget av ekteskapets opphør, stiller forholdet etter min mening seg annerledes. En slik avtale er ikke motivert av et ønske om å unndra midler fra kreditor under ekteskapet. Som det fremgår av prologens eksempel er formålet med avtalen at mannen, som ikke selv har midler til å kjøpe boligen, skal overta den på et skifte fordi han har en spesiell tilknytning til den. Oppgjøret er forutsatt foretatt slik ekteskapslovens reglene om formuesordningen foreskriver, og Karl skal kjøpe huset etter at den verdimessige delingen er foretatt. Kreditor vil således ikke bli skadelidende. Avtalen vil heller ikke medføre avvik fra det som etter reglene om formuesordningen er tillatt, fordi salget av boligen ikke vil påvirke den verdimessige delingen. Således kan uttalelsen etter min mening ikke få betydning for adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

I Rt. 2012 s. 874 uttaler Høyesterett at loven bør gi et klart varsel om at den ordning ektefeller ønsker ikke er tillatt, dersom lovgiver ønsker å begrense avtalefriheten. Noe annet vil "kunne virke som en felle"¹⁵⁵ Dersom el. § 31 første ledd, som må betraktes som et uttrykk for den private autonomi, ikke er ment å åpne for at ektefeller kan inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, tilsier hensynet til forutberegnelighet at et slikt

¹⁵⁴ NOU 1987: 30 s. 97.

¹⁵⁵ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 32.

forbud bør fremgå av loven. I det minste må det kunne kreves at rekkevidden av § 31 er nærmere beskrevet i forarbeidene.

En samlet vurdering av de ovenfor nevnte momenter tilsier at el. § 31 første ledd kan utgjøre et tilstrekkelig rettsgrunnlag for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Isolert sett taler dette for at ekteskapslovens regler ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

4.3.4.4 Setter bestemmelser i el. kapittel 13 skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg?

Ekteskapsloven kapittel 13 inneholder reglene om fordelingen av ektefellenes enkelte gjenstander. Utgangspunktet, som fremgår av § 66 første ledd, er at den ektefelle som fullt ut eller for det vesentlige eier en gjenstand eller en rettighet har rett til å få utlagt seg denne når ektefellenes formue skal deles etter reglene i kapittel 12. Slik jeg ser det kan § 66 første ledd ses på som en forlengelse og videreføring av den frie rådighet, jfr. el. § 31, når det gjelder gjenstandsfordelingen. De gjenstander ektefeller råder over under ekteskapet, råder den enkelte ektefelle også over etter ekteskapets opphør.

Ordlyden "dersom det ikke vil være åpenbart urimelig etter forholdene" gir rom for utøvelse av et konkret skjønn når det gjelder hvem som skal overta de enkelte gjenstander, og tilsier således at retten må betraktes som en fortrinnsrett til egne eiendeler og rettigheter.

At bestemmelsen gir rom for å foreta en konkret skjønnsmessig vurdering av den andre ektefellens behov for å overta en gjenstand som han eller hun ikke er eier av, kan tale i retning av at bestemmelsen må tolkes slik at den stenger for en adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

På den andre siden er en slik "sikkerhetsventil" i overensstemmelse med hva som ellers er rettstilstanden i avtaleretten. Utgangspunktet er full avtalefrihet, men urimelige avtaler kan settes til side helt eller delvis etter en konkret skjønnsmessig vurdering, jfr. avtl. § 36. I lys av dette kan ikke en tolkning av el. § 66 utgjøre noe særlig argument mot

adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Det er således vanskelig å se at § 66 skulle sette skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Forarbeidene er tause hva gjelder om reglene i kapittel 13 må oppfattes som preseptoriske. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at dersom reglene er å anse som preseptoriske, må dette fremgå klarere av lovteksten.

Det følger av el. §§ 67 og 68 at en ektefelle kan gis rett til å få utlagt seg eller til å få bruke bolig og innbo som tilhører den annen ektefelle, dersom han eller hun har "særlige grunner".

Det kan utledes av bestemmelsen at slike eiendeler er gitt et spesielt vern. Dette kan i seg selv trekke i retning av at ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg om slike eiendeler er begrenset. Det kan også argumenteres med at §§ 67 og 68 må betraktes som overflødige dersom adgang til å inngå forhåndsavtaler om fordelingen av slike eiendeler foreligger. Slike systembetraktninger kan dermed isolert sett tale for at bestemmelsene i §§ 67 og 68 setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg om boligen.

På den andre siden kan det fremdeles være behov for deklarasjonslovgivning i tilfeller hvor ektefeller *ikke* har inngått forhåndsavtaler om naturalutlegg på skifte. Kjennskap til slike deklarasjonsregler kan dessuten også tenkes å stimulere til at de avtaler som inngås om slike gjenstander får et rimelig og fornuftig innhold. Dette trekker i retning av at denne type systembetraktninger ikke kan være avgjørende for avtaleadgangen.

Ekteskapsloven § 67 regulerer adgangen til å få overta bolig som tilhører den andre ektefelles rådgighetsdel. I første ledd bokstav a gjøres det unntak fra retten til å få overta bolig, dersom eierektefellen har en særlig sterk tilknytning til den. Slik eksempelet i prologen illustrerer, har ikke eierektefellen en slik sterk tilknytning til boligen, men det har derimot den andre. På bakgrunn av dette kan det hevdes at loven åpner for forhåndsavtaler om naturalutlegg, fordi slike vil være i tråd med ekteskapslovens system. Å godta en forhåndsavtale om naturalutlegg i et slikt tilfelle, er i overensstemmelse med at tilknytningsbetraktninger er et tungtveiende hensyn i

vurderingen etter § 67. Dette virker til støtte for at el. kapittel 13 ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

I Rt. 2006 s. 168 ble avtalen om naturalutlegg kjent ugyldig. Høyesterett begrunnet resultatet blant annet med at å tillate en slik avtale, med felles bolig som objekt, "ville være i strid med det grunnsyn disse reglene hviler på om A skulle ha rett til å kjøpe Bs andel tilbake ved separasjon til en forhåndsavtalt pris."¹⁵⁶ De reglene Høyesterett sikter til i dommen er el. §§ 67, 68 og 74.

I NOU 1987: 30 s. 98 sier utvalget at avtaler om naturalutlegg ikke gyldig kan inngås, men at slike likevel kan ha betydning ved den skjønsmessige vurderingen etter el. kapittel 13. At utvalget på den ene siden klart setter forbud mot å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, men på den andre siden vil tillegge slik avtaler betydning, utgjør etter min mening en viss brist i retorikken. At det etter utvalgets mening kan legges vekt på slike avtaler, tilsier at utvalget ikke utelukker at det er mulig å harmonisere avtalefriheten med bestemmelsene i kapittel 13.

Husstandsfellesskapsloven regulerer rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskapet opphører. Utgangspunktet for personer som bor sammen, men som ikke er gift, er at disse har full avtalefrihet. Etter husstandsfellesskapsloven § 3 første ledd nr. 3 kan "sterke grunner" hos en part som ikke er eier medføre at denne får rett til å overta den andres boligeiendom. Det følger av § 4 at avtaler mellom partene skal legges vekt på ved vurderingen. Bestemmelsen viser at det er mulig å ha bestemmelser om rett til å overta bolig som etter en behovsprøving kan gå foran inngåtte avtaler, samtidig som det foreligger avtalefrihet.

Slik jeg ser det kan reglene i el. §§ 67 og 68, på samme måte som reglene i husstandsfellesskapsloven, fungere som "sikkerhetsventiler" hvor en av ektefellene har et behov for å få utlagt seg boligen. Slik kan de grunnsyn reglene hviler på ivaretas. På denne bakgrunn er det vanskelig å se at Høyesteretts argumentasjon i Rt. 2006 s. 168 avsnitt 41 kan tillegges særlig vekt. Dette taler i retning av at el. kapittel 13 ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

¹⁵⁶ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 41.

I Rt. 2012 s. 874 legger Høyesterett stor vekt på hensynet til forutberegnelighet. Førstevoterende uttaler i avsnitt 32 at "[l]oven vil kunne virke som en felle dersom det på skifte kommer fram at den stenger for ordninger ektefellene har ønsket, uten at den gir et klart varsel om det." Uttalelsen ble gitt i forbindelse med spørsmålet om ordlyden i el. § 42 annet ledd annet punktum ga ektefeller hjemmel til å avtale mer enn én tidsfrist, og gjelder, i likhet med det spørsmålet jeg i dette kapitlet reiser, spørsmål om rekkevidden av ektefellers avtalefrihet. Av den grunn må uttalelsen kunne overføres direkte til spørsmålet om kapittel 13 setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

Hensynet til forutberegnelighet er et viktig hensyn. At det ikke klart fremgår av bestemmelsene i kapittel 13 at reglene oppstiller grenser for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, trekker sterkt i retning av at reglene ikke setter skranker for en slike avtaler.

Prinsippet om privat autonomi trekker i samme retning. Ekteskapsloven §§ 66, 67 og 68 gir alle uttrykk for at gjenstandsfordelingens utgangspunkt er eierforholdet. Bestemmelsene er å betrakte som et utslag av den private eiendomsretten. Retten til å disponere rettslig over eiendom er en vesentlig side av eiendomsretten, og nyter vern både i Grunnloven § 105 og EMK Tilleggsprotokoll 1 artikkel 1, jfr. mnskr. § 3, jfr. § 2.¹⁵⁷ At retten har konstitusjonelt vern og er å betrakte som en menneskerettighet, som etter loven har forrang ved motstrid, gir uttrykk for at eiendomsretten er en grunnleggende verdi som står sterkt og som det skal mye til for å anse legitim å begrense. Et minstekrav til begrensninger i den private eiendomsrett må være at slike begrensninger må fremgå relativt klart av lovgivningen. Ekteskapsloven kapittel 13 gir ikke uttrykk for en klar begrensning av eiendomsretten. Dette taler for at el. kapittel 13 ikke oppstiller skranker for adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg.

En samlet vurdering tilsier at kapittel 13 ikke setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Dette taler isolert sett for at ektefeller gyldig kan inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

¹⁵⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

4.3.4.5 Kan sammenhengen mellom forhåndsavtaler om naturalutlegg og lovens regler om verdideling og naturalutlegg i seg selv utgjøre en skranke for avtalefriheten, jfr. Rt. 2006 s. 168?

I Rt. 2006 s. 168¹⁵⁸ kom en enstemmig Høyesterett til at sameieavtalen som innebar en forhåndsavtale om naturalutlegg, ikke kunne anses som en ordinær formuerettslig avtale, og til at avtalen var ugyldig fordi den var i strid med ekteskapslovens regler om formuesordningen.¹⁵⁹ Grunnen til at Høyesterett anså avtalen som ugyldig var fordi den avtalte ordningen grep inn i lovens ordning for utlodning ved delingen. Dette var etter Høyesteretts mening "trolig tilstrekkelig til å anse avtalen for å ha en så sterk tilknytning til ektefellenes formuesforhold at den må anses å være i strid med ekteskapsloven kapittel 9."¹⁶⁰

I Rt. 2012 s. 874¹⁶¹ kunne ikke Høyesterett behandle spørsmålet om avtalen mellom ektefellene, som også innebar en forhåndsavtale om naturalutlegg, var gyldig. Grunnen til dette har jeg redegjort for tidligere i kapittel 1.2. Høyesterett kom imidlertid med noen bemerkninger om avtalen. Først uttalte Høyesterett at slike avtaler "anses å ligge utenfor lovens ramme".¹⁶² Deretter sa Høyesterett:

"Etter mitt syn er det vanskelig å se at reelle hensyn taler mot å tillate avtaler som den foreliggende. Det er her ikke tale om forsøk på å tilsidesette kreditorenes interesser eller barnas rett til pliktdelsarv, men å sørge for at hustruen får del i verdiøkningen i mannens selskaper dersom ekteskapet ender med skilsmisse eller hvis han dør før henne."¹⁶³

I juridisk litteratur er avgjørelsen i Rt. 2006 s. 168 tatt til inntekt for å gir uttrykk for gjeldende rett, og at reglen således er at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke gyldig kan inngås.¹⁶⁴ Det samme har vært holdningen i litteraturen også etter at dommen inntatt i Rt. 2012 s. 874 ble avsagt.

¹⁵⁸ Se avhandlingens kapittel 1.2 for saksforhold.

¹⁵⁹ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 38.

¹⁶⁰ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 38.

¹⁶¹ Se avhandlingens kapittel 1.2 for saksforhold.

¹⁶² Rt. 2012 s. 874 avsnitt 41. Min uthevning.

¹⁶³ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 42.

¹⁶⁴ Lødrup/Sverdrup (2011) s. 184 og 226, Holmøy/Lødrup/Asland s. 305, Tone Sverdrup, "Gyldigheten av ektepakt – trapp og overføring av særeie – Rt. 2012 s. 874", *Nytt i privatretten*, 3/2012 s. 10 - 11 (s. 11) og Tone Sverdrup, "Gyldigheten av avtaler mellom ektefeller – kommentar til dom fra Gulating lagmannsrett 26. juni 2014 (LG-2013-161959) – Rt. 2012 s. 874", *Nytt i privatretten*, 4/2014 s. 7 - 8 (s.7),

Høyesteretts uttalelse i Rt. 2006 s. 168 på avsnitt 38, må etter min mening tolkes slik at Høyesterett mener at el. kapittel 9 generelt setter skranker for forhåndsavtaler om naturalutlegg utelukkende på grunn av den nære sammenheng slike avtaler har med oppgjøret. Det er således tilknytningen til formuesforholdet Høyesterett retter fokus mot.

Høyesterett virker usikker i sin formulering av rettsregelen når de ordlegger seg slik de gjør, jfr. formuleringen "trolig tilstrekkelig".¹⁶⁵ Usikkerheten som Høyesterett gir uttrykk for, tilsier etter min mening at det ikke er gitt at Rt. 2006 s. 168 må betraktes som å gi uttrykk for gjeldende rett. Det kan virke som om Høyesterett gjennom sin formulering i noen grad reserverer seg fra å svare klart på om slike avtaler *generelt* er ugyldige. Til støtte for dette kommer det moment at det var ytterligere to omstendigheter som medførte at Høyesterett var sikker i sin konklusjon *i den konkrete saken*; avtalen utgjorde en forhåndsavtale om fordelingen av verdier uten forankring i ekteskapslovens regler, og avtaleobjektet var den felles bolig som er gitt en særstilling i loven.¹⁶⁶ Slike ytterligere omstendigheter trenger imidlertid ikke foreligge ved enhver forhåndsavtale om naturalutlegg.

I Rt. 2012 s. 874 stiller Høyesterett seg mer positive til gyldigheten av forhåndsavtaler om naturalutlegg. Den positive holdningen begrunner Høyesterett, slik jeg ser det, i at noen av de hensyn som lovgiver vektla når grensen for ektefellers avtalefrihet om formuesordning skulle klarlegges, ikke sto i fare for å bli tilsidesatt i den konkrete saken. Det hensynsperspektivet som Høyesterett har i Rt. 2012 s. 874, er fraværende i dommen inntatt i Rt. 2006 s. 168. Etter min mening er Høyesterett inne på et riktigere spor i Rt. 2012 s. 874 når de ser delingsoppgjøret som et helhetlig bilde, hvor reelle hensyn ser ut til å vektlegges tungt.

Reelle hensyn vil alltid være en relevant kilde. Slike hensyn gir ofte et bilde av hvilke samfunnsverdier lovgiver ved lovregulering har ønsket og ment å beskytte. Å begrense den private autonomi, slik Høyesterett i Rt. 2006 s. 168 gjør uten sideblikk på de reelle

¹⁶⁵ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 38.

¹⁶⁶ Rt. 2006 s. 168 avsnitt 40 og 41.

hensyn, kan til dels virke uforvarselig når begrensninger gjøres i en så viktig samfunnsverdi som privat autonomi utgjør. At Høyesterett ikke vurderer forhåndsavtaler om naturalutlegg i lys av de underliggende hensyn som ligger til grunn for reguleringen av formuesordningen contra hensynene bak reglene om gjenstandsfordelingen, er etter min mening en svakhet ved avgjørelsen som kan tale for ikke å tillegge avgjørelsen særlig vekt.

Uttalelsene i Rt. 2012 s. 874 avsnitt 41 og 42 er imidlertid et obiter dictum da de ligger på siden av hva Høyesterett i saken skulle behandle. Spørsmålet om forhåndsavtalen om naturalutlegg var gyldig er ikke grundig behandlet og vies ikke mye plass. Partene i saken fikk heller ikke prosedere på spørsmålet. Det kan derfor være grunn til ikke å legge vekt på disse uttalelsene.

I Rt. 2006 s. 168 kommer Høyesterett til at forhåndsavtaler om naturalutlegg ikke gyldig kan inngås. Det samme er lagt til grunn i en nokså samlet juridisk litteratur. Høyesterett vurderer i Rt. 2006 s. 168 ikke problemstillingen i lys av reelle hensyn slik Høyesterett gjør i Rt. 2012 s. 874, noe jeg mener er en mangel ved avgjørelsen. Til tross for dette er det vanskelig å skulle legge avgjørende vekt på dette da Høyesterett i Rt. 2006 s. 168 enstemmig er enige om resultatet. I tillegg kommer at uttalelsene i Rt. 2012 s. 874 er et obiter dictum og at drøftelsen av problemstillingen er mager. Jeg er usikker i min konklusjon, men det er nok mest nærliggende, på bakgrunn av det foreliggende autorative rettskildematerialet, å konkludere med at sammenhengen mellom forhåndsavtaler om naturalutlegg og lovens regler om verdideling og naturalutlegg i seg selv utgjør en skranke for avtalefriheten.

Svaret på hovedproblemstillingen må på bakgrunn av dette være at ekteskapslovens regler setter skranke for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte.

4.4 Mine funn i lys av reelle hensyn

Som det fremgår av kapittel 4.3.4.3 og 4.3.4.4 sammenholdt med kapittel 4.3.4.5 innbyr rettsmaterialet til tvil om rettstilstanden. Ekteskapsloven § 31 kan utgjøre tilstrekkelig rettsgrunnlag for å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, og el. kapittel 13 utgjør ingen skranke for denne adgangen. Det er etter min mening, til tross for den konklusjon jeg i kapittel 4.3.4.5 kom til, usikkert om slike avtalers nære sammenheng med ekteskapslovens regler om det verdimeslige oppgjøret *bør* utgjøre en skranke i avtaleadgangen i seg selv. Av den grunn kan det være hensiktsmessig å vurdere hovedproblemstillingen i lys av de reelle hensyn Ekteskapslovutvalget anså å utgjøre argumenter for og mot ektefellers avtalefrihet.

Utgangspunktet i norsk rett er prinsippet om privat autonomi. Prinsippet er en sentral samfunnsverdi, og bør bare begrenses når andre samfunnsverdier anses viktigere å ivareta.

Hovedformålet med en regulering av ektefellers formuesordning var å sikre et rimelig og rettferdig delingsoppgjør.¹⁶⁷ Tanken bak likedelingsregelen, jfr. el. § 58 første ledd, var at formue opparbeidet i fellesskap også var rimelig å dele likt.

Når loven hjemler et utgangspunkt om at det er eieren av en gjenstand som har rett til å få denne utlagt seg, jfr. § 66, men forutsetter at eieren likevel må dele verdien med den andre, jfr. el. § 58 første ledd, vil ikke en avtale om naturalutlegg få konsekvenser for de hensyn formuesordningen er begrunnet i. Et forbud mot en adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg har, slik jeg ser det, lite hensikt når formuesordningen i seg selv kan bidra til å sikre et rimelig og rettferdig delingsoppgjør.

Utvalget anså avtaler om å fravike likedelingsregelen som et redskap godt egnet til å skape forutberegnelighet rundt et fremtidig oppgjør.¹⁶⁸ Dette hensynet må klart også gjøre seg gjeldende for forhåndsavtaler om naturalutlegg. Forutberegnelighet rundt gjenstandsfordelingen kan vær vel så viktig som forutsigbarhet rundt fordelingen av verdiene.

¹⁶⁷ NOU 1987: 30 s. 77 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 39.

¹⁶⁸ NOU 1987: 30 s. 96.

Et hensyn som etter lovgivers mening begrunner begrensninger i ektefellers avtalefrihet er hensynet til ektefellene selv.¹⁶⁹ Fordi en avtale om oppgjøret karakteriseres ved at avtalen er ment å få rettsvirkning i uant og gjerne fjern fremtid, og forholdene fra inngåelse til oppfyllelse kan ha endret seg drastisk, kunne avtalefriheten etter lovgivers mening ikke være ubegrenset. En ubegrenset avtalefrihet ville kunne føre til at ektefeller inngikk avtaler de ved avtaleinngåelsen ikke kunne forutse virkningen av. En slik begrensning i avtalefriheten på bakgrunn av slike betraktninger må generelt anses legitim.

Ektefeller kan fravike lovens hovedregel om likedeling ved å avtale fullstendig særøie. En avtale om fullstendig særøie, den mest ekstreme særøieformen, kan for eksempel åpne for at den "rike" ektefelle kan avtale at alt han eier skal unntas fra delingen. Således kan han etterlate den "fattige" nærmest på bar bakke. Når en slik avtaleadgang foreligger er det vanskelig å se at hensynet til ektefellene selv taler mot en adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg, fordi en slik avtale sammenlignet med en avtale om fullstendig særøie ikke kan betraktes som like vidtgående. Dette taler for ikke å la hensynet til ektefellene selv få betydning for om forhåndsavtaler om naturalutlegg bør kunne inngås.

Ektefellers avtalefrihet om formuesordningen er også begrenset av hensyn til "den svake" ektefelle.¹⁷⁰ En for vid avtalefrihet kunne medføre at denne ektefellen risikerte å bli tvunget til å inngå lite hensiktsmessige avtaler.

En avtale om naturalutlegg vil på samme måte som en avtale om formuesordningen kunne lempes. En slik adgang gir ekteskapsloven direkte hjemmel til for avtaler om formuesordningen, jfr. § 46 annet ledd, og for avtaler inngått med hjemmel i § 65 første ledd, jfr. § 65 annet ledd. Å benytte lempingsregelen også på forhåndsavtaler om naturalutlegg, vil kunne ivareta hensynet til "den svake". Alternativt, dersom § 46 annet ledd, skulle vise seg ikke å være anvendelig, er å benytte den generelle lempingsregelen i avtl. § 36, enten direkte eller ved analogi. Dette taler for ikke å la hensynet til "den

¹⁶⁹ NOU 1987: 30 s. 96 – 97. Se også Lødrup/Sverdrup (2011) s. 171.

¹⁷⁰ NOU 1987: 30 s. 96 og Ot.prp. nr. 28 (1991 – 1991) s. 99.

svake” ektefelle få særlig vekt ved vurderingen av adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Hensynet er heller ikke forutsatt tillagt særlig vekt av lovgiver, nettopp fordi loven åpner for lemping.¹⁷¹

Hensynet til kreditors interesser begrunner også begrensninger i ektefellers avtalefrihet.¹⁷² Disposisjoner som utelukkende er ment å ramme kreditor, ved at ektefeller for eksempel inngår en avtale som svekker kreditors dekningsmuligheter, beskyttes ikke av lovgivningen. Disposisjonen må få reell virkning mellom ektefellene.¹⁷³

Slik det fremgår av prologen skal Karl yte vederlag til Lise for boligen. Hvis markedsprisen for boligen er 3 millioner, er det dette dekningsgrunnlaget kreditor har hos Lise. Dersom Lise selger boligen til Karl, vil hun på avtalemessig grunnlag motta 3 millioner som kjøpesum. Kreditor kan fortsatt ta beslag i 3 millioner hos Lise, uavhengig av om dekning oppnås i form av penger eller gjenstand. En forhåndsavtale om naturalutlegg vil således ikke svekke kreditors dekningsgrunnlag. Kreditors interesser berøres dermed ikke, og kan dermed ikke tillegges noen vekt.

Hensynet til livsarvinger er i forarbeidene ment å ha noe vekt når grensen for avtalefriheten skal klarlegges.¹⁷⁴

Livsarvingenes rett til arv utløses ved arvelaters død, og kan dermed, naturlig nok, ikke tillegges noen vekt når adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg på felleseieskifte ved *skilsmisse* eller *separasjon* skal klarlegges.

I Rt. 2012 s. 874 uttaler Høyesterett seg generelt om lovtolkning. I følge ekteskapslovens forarbeider bør loven tolkes liberalt. Høyesterett uttaler i tilknytning til dette at “[l]oven vil kunne virke som en felle dersom det på skifte kommer fram at den stenger for ordninger ektefeller har ønsket, uten at den gir et klart varsel om det.”¹⁷⁵

¹⁷¹ NOU 1987: 30 s. 96 og Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) s. 99.

¹⁷² NOU 1987: 30 s. 97.

¹⁷³ NOU 1987: 30 s. 96.

¹⁷⁴ NOU 1987: 30 s. 97.

¹⁷⁵ Rt. 2012 s. 874 avsnitt 32.

Hva lovens bestemmelser åpner eller stenger for skal ikke komme som en overraskelse på ektefellene. Hensynet til forutberegnelighet er, slik jeg tolker forarbeidene, forutsatt tillagt vekt, og tillegges også stor vekt av Høyesterett i Rt. 2012 s. 874. Dersom ekteskapslovens regler om formuesordningen må tolkes slik at de setter skranker for ektefellers adgang til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg kan dette få store konsekvenser for ektefeller, fordi avtaler de har ansett viktige å inngå ikke vil være gyldige ved et delingsoppgjør. Hensynet til forutberegnelighet taler for at en forhåndsavtale om naturalutlegg må anses gyldig, fordi det ikke går klart frem av loven om en slik adgang foreligger eller ikke.

Dommen er å betrakte som et obiter dictum, fordi Høyesterett tar stilling til et spørsmål som den konkrete ektepakten i saken ikke omhandler. Etter min mening har det imidlertid gode grunner for seg ikke å la dette medføre at uttalelsen tillegges noe mindre vekt. Dette fordi Høyesterett grundig behandler det foreliggende spørsmål og fordi det gjelder generell lovtolkning. Det samme standpunktet er lagt til grunn i juridisk litteratur.¹⁷⁶

Ekteskapsloven, jfr. el. § 37, gir en ektefelle mulighet til å avtale at hans eller hennes særeiemidler ikke skal være omfattet av de rådighetsbegrensninger ekteskapsloven setter, jfr. §§ 32 og 33. Et eksempel kan være at kvinnen eier ektefellenes bolig og har den som sitt særeie. Hun inngår avtale med sin mann om at el. §§ 32 og 33 ikke skal gjelde for boligen. Resultatet av en slik avtale er at mannen ikke kan motsette seg at kvinnen for eksempel selger boligen uten hans samtykke, og han er således ikke beskyttet mot hennes disposisjoner over felles bolig og innbo.

Sett i forhold til å inngå en forhåndsavtale om naturalutlegg, kan en avtale inngått med hjemmel i el. § 37 få store konsekvenser for den annen ektefelle. Når ektefeller med hjemmel i loven kan avtale en slik ordning, kan det stilles spørsmålsteget om en forhåndsavtale om en fremtidig gjenstandsfordeling på skifte er nødvendig å nekte.

¹⁷⁶ Tone Sverdrup, "Gyldigheten av avtale om formuesordningen – Rt-2012-874", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 205 – 201 (s. 209).

Sammenfatningsvis tilsier drøftelsene ovenfor at de hensyn som etter lovgivers mening begrunnet begrensninger i ektefellers avtalefrihet ikke berettiger et forbud mot å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Flere av disse hensynene gjør seg ikke gjeldende for en begrensning i adgangen til å inngå forhåndsavtaler om naturalutlegg. Hensyn som gjør seg gjeldende kan, slik jeg ser det, fullt ut eller iallfall i stor grad ivaretas gjennom ekteskapslovens øvrige regler, for eksempel el. § 65 annet ledd. Etter min mening bør forhåndsavtaler om naturalutlegg på bakgrunn av dette gyldig kunne inngås. Et forbud virker i lys av reelle hensyn formalistisk å håndheve.

4.5 Oppsummering

Som drøftelsene mine har kastet lys over, henger hovedproblemstillingen min tett sammen med familierettslige begreper som, jfr. forarbeidene, spiller en stor rolle for lovens systematikk, uten at begrepene er gjort til vilkårsordlyd i loven. Etter min mening er det derfor grunn til å være kritisk til å avgjøre spørsmålet om forhåndsavtaler om naturalutlegg gyldig kan inngås på grunnlag av en klassifisering av denne typen avtaler, i den ene eller andre "boksen".

En slik klassifisering er særlig vanskelig når det hersker uklarheter både om hva som ligger i de enkelte klassifiseringene, og forarbeidene dessuten inneholder sprikende uttalelser. Det må iallfall være riktig å si at drøftelsene om hvilke forhåndsavtaler ektefeller bør kunne inngå om naturalutlegg ikke er gjennomdrøftet i forarbeidene og kanskje heller ikke tilstrekkelig gjennomtenkt. For alt jeg vet kan grunnen til mangelfulle drøftelser vedrørende andre forhåndsavtaler enn forhåndsavtaler om formuesordningen, være at lovgiver rett og slett ikke har vært oppmerksom problematikken.

Slik jeg ser det har heller ikke problemstillingen fått noen klar og endelig løsning i rettspraksis. Tendensen i samfunnet generelt går i retning av større avtalefrihet. Etter min mening er det for ekteskapsretten sin del dermed behov for at lovgiver kommer på banen med en endelig avklaring av spørsmålet.

Antall ord: 17 334

5 Kildeliste

5.1 Lover og konvensjoner

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Lov 20. mai 1927 nr. 1 om ektefellers formuesforhold.

Lov 21. februar 1930 om skifte.

Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m.

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.

Lov 4. juli 1991 nr. 45 om rett til felles bolig og innbo når husstandsfelleskap opphører.

Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950.

5.2 Forarbeider

NUT 1962: 2 Utkast til lov om arv.

NOU 1987: 30 Innstilling til ny ekteskapslov – del II.

Ot.prp. nr. 28 (1990 – 1991) Om lov om ekteskap.

Innst. O. nr. 71 (1990 – 1991) Innstilling fra justiskomiteen om lov om ekteskap.

5.3 Rettspraksis

Rt. 1987 s. 35

Rt. 1987 s. 984

Rt. 1999 s. 177

Rt. 2006 s. 168

Rt. 2008 s. 769

Rt. 2012 s. 874

Rt. 2013 s. 1637

5.4 Litteratur

5.4.1 Bøker

Bull, Kirsti Strøm, *Avtaler mellom ektefeller*, (Oslo 1993).

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave (Oslo 2013).

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

Holmøy, Vera og Peter Lødrup, *Ekteskapsloven – og enkelte andre lover med kommentarer*, 2. utgave (Oslo 2001).

Holmøy, Vera, Peter Lødrup og John Asland, *Ekteskapsloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2013).

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, (Oslo 2009).

Lødrup, Peter og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 5. utgave (Oslo 2004).

Lødrup, Peter og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 7. utgave (Oslo 2011).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, (Bergen 1999).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen ; Oslo 2004).

5.4.2 Artikler

Sverdrup, Tone "Gyldigheten av ektepakt – trapp og overføring av særeie – Rt. 2012 s. 874", *Nytt i privatretten*, nr. 3/2012 s. 10 – 11.

Sverdrup, Tone "Gyldigheten av avtale om formuesordningen – Rt-2012-874", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012 s. 205 – 212.

Sverdrup, Tone, "Gyldigheten av avtaler mellom ektefeller – kommentar til dom fra Gulating lagmannsrett 26. juni 2014 (LG-2013-161959) – Rt- 2012 s. 874", *Nytt i privatretten*, nr. 4/2014 s. 7 – 8.

<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf>

<https://snl.no/formue>