

UiO • **Det juridiske fakultet**

Betingede krav og usikker gjeld ved familierettslig deling av formue

Betydningen av betingede bonusordninger og kausjonsforpliktelser for
likedelingsgrunnlaget og for krav på skjevdeling.

Kandidatnummer: 575

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17969



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Betingede krav og usikker gjeld.....	2
1.3	Rettslig utgangspunkt.....	3
1.4	Den faktiske bakgrunn	4
1.5	Metode	6
1.6	Hensyn. Prinsipielle grunnlag.....	8
1.6.1	Likedeling	8
1.6.2	Gjeldsavleggelse.....	11
1.6.3	Skjevdeling	12
2	BETINGEDE KRAV: BONUS.....	13
2.1	Likedeling	13
2.1.1	Rettspolitisk.....	13
2.1.2	Rettsdogmatisk	18
2.2	Skjevdeling	29
2.2.1	Rettspolitisk.....	30
2.2.2	Rettsdogmatisk	33
3	USIKKER GJELD: KAUSJON.	37
3.1	Gjeldsavleggelse	37
3.1.1	Rettspolitisk.....	37
3.1.2	Rettsdogmatisk	43
3.2	Skjevdeling	47
3.2.1	Rettspolitisk.....	47
3.2.2	Rettsdogmatisk	50
4	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	56
5	LITTERATURLISTE	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Stadig flere mottar bonus som ledd i deres avlønning. Samtidig øker bonusene i størrelse.¹ Imidlertid blir ikke bare bonus (aktiva), men også kausjon (passiva) stadig vanligere. Denne gjeldsformen har særlig økt som en følge av at foreldre stiller garanti ved barnas boligkjøp.² Det er ikke tvilsomt at bonus skal inngå i likedelingsgrunnlaget på lik linje med annen lønn, eller at gjeld skal kunne fradras i delingsgrunnlaget, jf. ekteskapsloven av 1991 § 58 (1). Like klart er det derimot ikke dersom bonusen er betinget av en fremtidig hendelse, eller dersom gjelden er en kausjonsforpliktelse, en usikker gjeldsforpliktelse som er betinget av fremtidige forhold for å bli aktuell.

Temaet for denne oppgaven er betingede krav og usikker gjeld ved familierettslig deling av formue i rettspolitisk og rettsdogmatisk sammenheng. Den overordnede problemstillingen er hvordan betingede bonusordninger og kausjon bør behandles ved familierettslig deling av formue. Denne problemstillingen kan brytes ned i flere spørsmål; som hvorvidt betingede bonuser bør inngå i delingsgrunnlaget, herunder spørsmål om skjevdeling, og hvorvidt kausjon bør komme til fradrag som gjeld ved familierettslig skifte. Og videre; er det mulig å oppstille regler om at betingede bonuser skal inngå i delingsgrunnlaget og at usikker gjeld skal komme til fradrag?

Som vi skal se, er hovedreglene tilsynelatende klare. Spørsmålet er imidlertid hvor absolutte hovedreglene er, om det kan være rom for unntak og hvor langt disse unntakene eventuelt rekker. Tesen er at unntak bør være aktuelt i visse situasjoner, men at disse må hjemles i prinsipielle betraktninger og reelle hensyn. Vi skal derfor komme mer utførlig tilbake til hensynene under punkt 1.6.

¹ SSB (2007)

² SSB (2010), NRK (2013)

1.2 Betingede krav og usikker gjeld

Et krav er *betinget* hvis kravet utelukkende eksisterer dersom et fremtidig forhold inntreffer (suspensivt betinget). Hvis et erverv faller bort dersom et fremtidig forhold ikke inntreffer, kalles det gjerne for resolutivt betinget.^{3 4} Betingede bonusordninger som skal tilfalle en ektefelle en gang i fremtiden dersom et forhold inntreffer, vil i denne fremstillingen bli brukt som eksempler på betingede krav. Ektefelle A kan for eksempel ha inngått en avtale med arbeidsgiver om at han fire år frem i tid skal få utbetalt en bonus på én million kroner dersom virksomheten han jobber i har steget i verdi i denne perioden (betingelsen). A har da et krav på én million kroner, men bare dersom betingelsen inntreffer. Bonusen er suspensivt betinget.

Som eksempel på *usikker gjeld* vil kausjonsforpliktelser bli benyttet, nærmere bestemt situasjoner hvor en av ektefellene har kausjonert for en tredjeparts gjeld uten at den andre ektefellen står som samskyldner. Kausjon er en avtale med en fordringshaver i et annet kontraktsforhold om at kausjonisten skal være ansvarlig med skyldneren i hovedforholdet. Kausjonisten har altså stilt garanti for en annen persons gjeld. Det foreligger dermed et samskyldnerforhold hvor kausjonist og hoveddebitor er solidarisk forpliktet.⁵ Kausjon er med andre ord en forpliktelse om en gang i fremtiden å innfri en annens gjeld dersom denne ikke kan betjene gjelden. Ektefelle B kan for eksempel ha garantert for boligkjøpet til et barn fra et tidligere ekteskap. Ved delingen av formuen i ekteskap nummer to, kan spørsmålet oppstå om B skal få fradrag for kausjonen som gjeld i delingsgrunnlaget.

Et kjennetegn ved betingede krav er at det er knyttet en viss usikkerhet til hvorvidt betingelsen kommer til å inntreffe. Betingelser står også sentralt i kausjonstilfellene: At kausjonen blir til aktuell gjeld for kausjonisten, er enten betinget av at skyldneren misligholder sin avtale med fordringshaver, eller at kausjonisten ikke får dekket sitt regresskrav hos skyldneren dersom fordringshaver skulle gå rett på kausjonisten på grunn av hans solidaransvar. Felles for

³ Holmøy og Lødrup (2001) s. 409, Lødrup og Sverdrup (2009) s. 235

⁴ Uten at vi her skal problematisere relevante rettskilder på familierettens område, kan det legges til at definisjonen av betingede krav er den samme på pengekravsrettens område. Hagstrøm skriver: "En forpliktelse kan være knyttet til en betingelse, enten slik at forpliktelsen endres eller opphører hvis betingelsen inntreffer, eller slik at forpliktelsen endres eller opphører hvis betingelsen ikke inntreffer." Se Hagstrøm (2011) s. 792.

⁵ Smith (1970) s. 11

disse situasjonene er at for kausjonisten fremstår kausjonsforpliktelsen som en usikker gjelds-post: Han vet verken hvorvidt betingelsen inntreffer eller hvor stor andel av beløpet han har kausjonert for som han vil måtte innfri.

Betingede krav og kausjonsforpliktelser har visse likhetstrekk: Både kravets eksistens og at gjeldsforpliktelsen blir aktuell er betinget av hvorvidt et fremtidig forhold inntreffer. I likhet med andre aktiv- og passivposter kan det oppstå konflikt om disse postene ved delingen. I kravstilfellene skyldes dette at kravets eksistens er usikkert. I kausjonstilfellene er usikkerheten knyttet til hvorvidt kausjonisten vil måtte innfri gjelden. I dette ligger også en ulikhet mellom de to situasjonene:

For krav er betingelsen avgjørende for kravets eksistens. Det avgjørende for kausjonens eksistens er imidlertid hvorvidt gjelden er pådratt, det vil si at gjelden er stiftet. En kausjonsforpliktelse er pådratt når kausjonen tegnes, ikke når ansvaret gjøres gjeldende.⁶ Dette innebærer at krav og gjeld forholder seg ulikt til betingelser. Slik sett er det fornuftig språklig sett å trekke opp et skille mellom betingede krav og *usikker* gjeld: Gjeldens eksistens er ikke betinget, men hvorvidt og hvor stor andel av gjelden som kausjonisten vil måtte innfri er usikkert og betinget av skyldnerens evne til å betjene gjelden.

1.3 Rettslig utgangspunkt

De materielle reglene om deling av formue, skjevdeling og gjeldsavleggelse finner vi i Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47 (ekteskapsloven) §§ 58, 59 og 60. Bestemmelsene i §§ 42 flg. og 65 åpner til en viss grad for å inngå avtaler som avviker fra lovens normalordning. Disse reglene faller imidlertid utenfor oppgavens omfang.

Det følger av ekteskapsloven (heretter el.) § 58 (1) første punktum at ektefellenes samlede formuer som utgangspunkt skal deles likt etter at det er gjort fradrag for gjeld. Det som skal deles, er den formuen hver ektefelle «hadde» ved skjæringstidspunktet, det vil i praksis normalt si ved samlivsbruddet,⁷ jf. § 60 (1) bokstav a. Kravet om at ektefellen «hadde» verdien

⁶ Holmøy og Lødrup (2001) s. 412

⁷ I Danmark har man beholdt den opprinnelige nordiske løsningen for «skæringstidspunktet», nemlig tidspunktet da det ble besluttet å oppløse ekteskapet eller å ta ut separasjon. I Sverige er «den kritiska dagen» da ektefel-

ved skjæringstidspunktet innebærer etter en alminnelig språklig forståelse at verdiene må være ervervet innen dette tidspunktet.

For at verdier skal være ervervet er det sikker rett at verdiene må være *opptjent*.⁸ Dette følger også antitetisk av § 60 (2) som sier at avkastning av midler som en ektefelle helt eller delvis var eier av, og som blir opptjent etter skjæringstidspunktet, ikke skal deles. At verdiene er opptjent innebærer at ektefellen har et rettslig krav på å motta verdiene. Først da skal verdiene inngå i delingsgrunnlaget. Det er altså ikke utbetalingen, men opptjeningen av vederlaget som er avgjørende.

Skjæringstidspunktet har også betydning for hvilken gjeld som kan fradras: Det følger av § 60 (3) at en ektefelle ikke kan kreve fradrag for gjeld ektefellen har pådratt seg etter skjærings-tidspunktet.

El. § 59 (1) bestemmer at verdien av formue som klart kan føres tilbake til midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått eller senere har ervervet ved arv, eller ved gave fra andre enn ektefellen, kan en ektefelle kreve å holde utenfor delingen. Først når ektefellenes felleseiemidler som de kan kreve skjevdelt er holdt utenfor likedelingsgrunnlaget, skal ektefellenes formue være gjenstand for likedeling.

1.4 Den faktiske bakgrunn

I følge Statistisk sentralbyrå⁹ ble det i 2013 inngått 23 410 ekteskap, mens 9 736 ekteskap endte i skilsmisse samme år. Andelen skilsmisser tilsvarte dermed 41,5 prosent av alle inngåtte ekteskap dette året. Regulering av formuesforholdet ved ekteskapets opphør er følgelig av stor praktisk betydning.

lene i fellesskap søkte om skilsmisse eller den ene ble stevnet av den andre. Det norske skjæringstidspunktet kan derfor etter omstendighetene være tidligere enn det danske og svenske. For mer om dette temaet, se Agell (2003) s. 264.

⁸ Holmøy og Lødrup (2001) s. 409, Lødrup og Sverdrup (2009) s. 235.

⁹ SSB (2014)

Historisk har flere menn enn kvinner vært yrkesaktive. Så sent tilbake som for 30 år siden var under halvparten av norske kvinner yrkesaktive.¹⁰ På denne bakgrunn var det behov for å ha regler om likedeling av felleseiet dersom to ektefeller gikk fra hverandre. Uten regulering ville den yrkesaktive ektemannen sitte igjen med alle verdiene og den hjemmeværende hus-truen stå på bar bakke. Dette var lite ønskelig all den tid begge ektefellene hadde bidratt på hver sin måte til husholdningen.

I dag er situasjonen en annen. Norske kvinners yrkesaktivitet er nesten på høyde med menns. I 2006 var 75,6 prosent av mennene og 68,3 prosent av kvinnene i Norge yrkesaktive.¹¹ Beho- vet for likedelingsregelen er i så måte ikke like sterkt. Imidlertid er ekteskapet uendret i den forstand at det fremstår som et fellesprosjekt hvor begge ektefellene bidrar. Til det kommer at selv om kvinner i dag deltar i arbeidslivet nesten like mye som menn, arbeider de fremdeles kortere dager og mer deltid. Årsakene til dette er sammensatte, men skyldes delvis kvinners rolle i familien.¹²

Da Likelønnskommisjonen leverte sin rapport i 2008 ble det blant annet pekt på to viktige ting: For det første at kvinners grunnlønn utgjorde 85,9 prosent av menns. For det andre at flere menn enn kvinner jobber i privat sektor hvor de mottar om lag dobbelt så mye i bonus og provisjon som kvinner gjør. Dersom alle bonuser, tillegg og overtidsgodtgjørelser tas med, utgjør kvinners lønn 82,8 prosent av menns.¹³

Likedelingsregelen har også en side mot gjeld. I 1993 hadde rundt 20 prosent av foreldre med voksne barn kausjonert for barnas låneopptak.¹⁴ Det er ikke noe som tyder på at denne trenden har snudd, snarere tvert imot: I 2013 måtte fire av ti unge få hjelp med tilleggsikkerhet.¹⁵

På samme måte som spørsmål om betingede krav kan oppstå ved deling av formue, kan det også bli spørsmål om gjeld som enda ikke har blitt aktuell. En ektefelle – gjerne den mer for-

¹⁰ NOU 2008:6 s. 25

¹¹ *ibid.* s. 25

¹² I 2006 arbeidet 43,6 av sysselsatte kvinner deltid, jf. NOU 2008:6 s. 25

¹³ NOU 2008:6 s. 72 flg.

¹⁴ NOU 1994:19 s. 81

¹⁵ Ot.prp.nr.41 (1998-1999) s. 64, NRK (2013)

muende av de to – kan stå som kausjonist i andre skyldnerforhold uten at dennes ektefelle er involvert. Siden betingede krav og kausjon er usikre størrelser, blir det trolig ofte inngått delingsavtaler mellom de tidligere ektefellene hvor det i større eller mindre grad blir tatt hensyn til disse verdiene og fradragspostene. Rettskildebildet tyder i det minste på at slike spørsmål sjeldent når rettslokalene, jf. nedenfor i punkt 1.5.

1.5 Metode

Som nevnt i punkt 1.3, er det rettslige grunnlaget for delingen av formue ved ekteskapets opphør ekteskapsloven av 1991.

Det er grunn til å fremheve ekteskapslovens forarbeider i forbindelse med oppgavens tema om betingede krav og usikker gjeld. Selv om ingen av disse omtaler oppgavens problemstillinger direkte, fremgår det av forarbeidene hvilke hensyn som delingsreglene er ment å ivareta. Hensynene bak reglene foranlediger prinsipielle svar på spørsmålene som oppgaven stiller.

Juridisk teori har til en viss grad berørt spørsmålene som stilles i denne oppgaven, og i kraft av sine argumenter og grundige behandling av ulike spørsmål kan man tillegge juridisk teori en viss vekt.¹⁶

Ekteskapsloven er forberedt i et nordisk lovsamarbeid.¹⁷ Nordiske rettskilder på familierettens område kan derfor tjene som opplysningskilder og inspirasjon til hvordan rettstilstanden *bør* se ut i Norge.¹⁸ Det er imidlertid gjennomgående det samme rettskildebildet i Danmark og Sverige, og problemstillingen preges dermed av noen uttalelser i juridisk teori. Det interessante er likevel at det, som vi skal se, tilsynelatende foreligger en enighet i teorien på tvers av nordiske grenser. Et forbehold er imidlertid nødvendig for skjevdelingsspørsmålene. Den norske skjevdelingsregelen skiller seg ut fra, og er i praksis mye viktigere enn, den danske og

¹⁶ Eckhoff (2001) s. 270

¹⁷ Holmøy og Lødrup (2001) s. 34

¹⁸ Eckhoff (2001) s. 290

svenske.¹⁹ Svenske og danske rettskilder er slik sett ikke relevante for spørsmålene knyttet til skjevdeling som oppgaven stiller.

Oppgavens tema og problemstilling har i liten grad blitt berørt i rettspraksis. Utover slutninger om deling av formue, gjeldsavleggelse og skjevdeling av mer generell karakter, er det lite å hente i Høyesteretts domspremisser som kan bidra til oppklaring av hva som er gjeldende rett på området. Oppgaven benytter seg til en viss grad av underrettspraksis. Det blir imidlertid på ingen måte påstått at denne praksisen har noen prejudikatsverdi. Snarere bør underrettspraksisen ses på som eksempler på hvordan deling og gjeldsavleggelse av betingede bonuser og kausjon kan foregå.

I tråd med alminnelig norsk rettskildelære vil ikke Høyesterett tillegge det nevnte rettskildebildet særlig vekt. Det er derfor desto større grunn til å vektlegge oppgavens prinsipielle drøftelsene med utgangspunkt i hensynene som vi skal se på i det følgende. Relevante hensyn vil Høyesterett trolig måtte tillegge vekt i mangel av et mer omfattende rettskildebilde.

¹⁹ Se Agell (2003) s. 383, jf. også Teleman (2011) s. 156 flg. I Danmark er skjevdeling som utgangspunkt utelukket dersom ekteskapet har vart i mer enn fem år. Regelen er dermed forbeholdt de korte ekteskapene, se Nielsen (2008) s. 136.

1.6 Hensyn. Prinsipielle grunnlag.

1.6.1 Likedeling

Rimelighets- og rettferdighetshensyn

Hensynet til ekteskapet som fellesprosjekt

Ekteskapsloven bygger i stor grad på at hensynet til likestilling og økonomisk selvstendighet mellom partene krysses av hensynet til det nære fellesskapet mellom ektefeller.²⁰ En avveining av disse kryssende hensynene gjør at ekteskapslovgivningen befinner seg et sted mellom to ytterpunkter: På den ene siden kan man se for seg et rent eneeieprinsipp: Hver ektefelle eier og råder over sine eiendeler og beholder sitt ved ekteskapets opphør. På den andre siden av skalaen finner vi det fullstendige sameie: Ektefellene eier og råder sammen over alt ektefellene bringer inn i og erverver under ekteskapet og deler likt ved skilsmisse.²¹

Ved vedtagelsen av nåværende ekteskapslov var Justisdepartementet²² enig i Ekteskapslovutvalgets begrunnelse for at likedeling fremdeles burde være lovens utgangspunkt: Ekteskapslovutvalget la i begrunnelsen særlig vekt på at partene har forholdsvis lite ved ekteskapets inngåelse og at de eiendelene som blir delt ved samlivsbruddet, som regel er skapt ved felles innsats under samlivet. Utvalget fremhevet videre at regelen særlig fremstod som rimelig og rettferdig ved den enes arbeidsinnsats i hjemmet. Begrunnelsen hviler på en formodning om at den hjemmearbeidende derigjennom har muliggjort den andres inntektsevne. Ekteskapet som fellesprosjekt begrunner dermed at likedeling er en rettferdig delingsregel uavhengig av hvem som har tjent mest gjennom ekteskapet: Begge ektefellene bidrar på sitt vis og finner sin rolle i så vel yrkes- som familielivet. Verdier kommer inn i familien, og ektefellenes formue fremstår som noe som er muliggjort av *begge* ektefellens innsats. Hensynet til hva som ved ekteskapets opphør på *denne* bakgrunn er en rimelig og rettferdig deling av ektefellenes formue tilsier dermed en størst mulig grad av likedeling.

²⁰ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 39

²¹ NOU 1987:30 s. 52

²² Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 63

Hensynet til den svake part

Ekteskapet er et fellesprosjekt hvor også hensynet til den svake part tilsier likedeling. Tanken er at den tradisjonelt sett hjemmearbeidende husmor som har bidratt til ektemannens inntektsmuligheter ikke skal stå tomhendt tilbake ved en skilsmisse. Likedeling sikrer dermed at det blir tatt hensyn til innsats som har hatt stor betydning for ekteskapet, men som synes lite hvis man legger lønns slippen til grunn.

Som påpekt av Ekteskapslovutvalget, kan vekten av hensynet til den svake part reduseres noe ved at begge ektefeller er i arbeid.²³ Samfunnsutviklingen har også gått i retning av at nesten like mange kvinner som menn er yrkesaktive. Som vi så under punkt 1.4, er det imidlertid fremdeles store forskjeller i omfanget av arbeid i hjemmet. Den deltidsarbeidende ektefellen blir riktignok ikke automatisk en svakere part av denne grunn. Fremdeles er det altså slik at en ektefelle kan nedlegge en større og mindre synlig arbeidsinnsats i hjemmet som vedkommende bør kompenseres for ved et samlivsbrudd.

Innrettingshensyn

Som *Lødrup og Sverdrup* peker på, «bestemmes familiens forbruk av partenes totale inntekt. Den som har høyest inntekt vil derfor trekke familiens samlede forbruksutgifter opp.»²⁴ Begge parter kan ha innrettet seg på et høyt forbruk. Dette kan ha stått i veien for den parten som har tjent minst sine muligheter til å spare. Den med høyest inntekt kan på sin side ha tjent mer enn det som var nødvendig for å opprettholde et høyt forbruk og har derfor oppsparte midler ved samlivsbruddet. Likedeling ivaretar at den som har tjent minst, men som har bidratt like mye til det totale forbruket, blir tilgodesett ved delingen.

Rettstekniske hensyn

De retstekniske hensyn som begrunner likedelingsregelen, altså hensynet til hva som utgjør en god regel som er relativt enkel å anvende, kan vi dele inn i to hovedkategorier:

²³ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 63

²⁴ Lødrup og Sverdrup 2009 s. 150

Hensynet til fellesskapets opphør

Dette hensynet knytter seg mer til skjæringstidspunktet i el. § 60 (1) enn likedelingsregelen i § 58 (1) som sådan. Hensynet til hva som er rimelig og rettferdig, jf. ovenfor, stiller seg noe annerledes før og etter *skjæringstidspunktet* i el. § 60 (1). Ekteskapslovutvalget – med tilslutning av Justisdepartementet – begrunnet valget av skjæringstidspunkt med at etter samlivet mellom partene er brutt, eksisterer ikke lenger det fellesskapet som begrunner likedelingsregelen.²⁵ Ekteskapet som fellesprosjekt eksisterer ikke etter skjæringstidspunktet, og de nevnte rimelighets- og rettferdighetsbetraktningene er dermed ikke lenger relevante hensyn etter dette tidspunktet.

Skjæringstidspunktet markerer på denne bakgrunn at fellesskapet som danner grunnlaget for likedelingsregelen, ikke lenger eksisterer.

Bevishensyn

Selv om ektefellene har sine egne eiendeler, blir i praksis økonomien sammenblandet. Et viktig hensyn bak likedelingsregelen er at domstolene skal slippe å rekonstruere de nøyaktige eieforholdene. I stedet forutsetter man at ektefellene har en sammenveving av verdier uavhengig av hvem som er den egentlige eier. Løsningen blir dermed å likedele formuen.

Ekteskapslovutvalget uttalte i den forbindelse:

«Ved separasjon og skilsmisse slipper man den nøyaktige rekonstruksjon av eierforholdene som ellers ville ha vært nødvendig. Det blir med en likedelingsregel også av underordnet betydning hva hver av ektefellene har tjent, og hvorledes de faktisk har innrettet sin økonomi. At en ektefelle har hatt større inntekter enn den annen, gir ikke, og bør normalt ikke gi grunnlag for noen annen delingsnorm enn likedeling.»²⁶

Ved å foreta en likedeling av ektefellenes formue slipper man i større grad tvister om hvem som eier hva. Dette er samfunnsøkonomisk gunstig først og fremst ved at antall tvister for

²⁵ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 74

²⁶ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 63

domstolene går ned, og at de som kommer dit er enklere å avgjøre. Dernest slipper partene å pådra seg utgifter, for eksempel til advokat, for å føre beviser for eieforholdene.

I forlengelsen av å slippe å rekonstruere eieforholdene er det heller ikke sikkert at en rekonstruksjon ville gjenspeile de *reelle* eieforholdene. I et ekteskap kan det godt hende at den ene ektefellens konto brukes til å nedbetale lån på felles bolig, mens den andre ektefellens konto primært brukes til forbruksutgifter. En slik fordeling innebærer likevel ikke at ektefellene i forholdet mellom seg ser det som et uttrykk for de reelle eieforholdene. En regel om likedeling sikrer at de heller ikke trenger å forholde seg til hvilke midler som går til dekning av hva.

En regel om likedeling blir dermed en retts teknisk god regel å anvende som gjør eieforhold og bevisførsel om hvem som har bidratt mest i hjemmet eller brakt inn størst verdier overflødig. Å slippe å foreta en nøyaktig rekonstruksjon av eieforholdene befinner seg i selve kjernen av hva som utgjør en retts teknisk god regel. Hvordan formuen som skal deles har blitt bygget opp, blir med andre ord av mindre betydning så lenge verdiene er skapt *innenfor* ekteskapet.

1.6.2 Gjeldsavleggelse

Helt unna en rekonstruksjon av eieforholdene slipper man likevel ikke. Det er nødvendig med en formening om hvor mye den enkelte ektefelles rådighetsdel utgjør for å kunne foreta en gjeldsavleggelse før likedelingen av ektefellenes nettoformuer skal skje.

Som påpekt av Ekteskapslovutvalget²⁷ sikrer retten til uttak av gjeld før likedelingen både hensynet til ektefellenes økonomiske situasjon og hensynet til kreditor.

Hensynet til ektefellenes økonomiske situasjon

En regel om gjeldsfradrag sikrer at oppgjøret skjer på bakgrunn av ektefellenes *reelle* økonomiske stilling. Slik sett er likedeling og gjeldsavleggelse to sider av samme sak ved at det er nettoformuene som skal deles. Dersom man ikke hadde tatt hensyn til ektefellenes gjeld ved delingen – delingen hadde skjedd på grunnlag av bruttoformuen – kunne delingen gitt urimelige resultater og ført til økonomiske problemer for ektefellen. Dette har aldri vært hensikten med delingsreglene.

²⁷ NOU 1987:30 s. 90

Hensynet til kreditor

En regel om gjeldsavleggelse tilfredsstillende også hensynet til kreditorene. En regel om deling av ektefellens bruttoformue ville redusert dekningsmulighetene for ektefellens fordringshaver betraktelig. Kreditorene skal kunne være trygge på at de har dekning for sine krav uavhengig av om skyldneren har samlivsbrudd nært forestående.

1.6.3 Skjevdeling

Rimelighets- og rettferdighetshensyn

Likedelingsregelen er begrunnet i formuesfellesskapet mellom ektefellene. Dette fellesskapet opphører ved samlivsbruddet. Formuesfellesskapet har imidlertid ikke bare et opphørstidspunkt. Ekteskapsinngåelsen²⁸ er starttidspunktet for dette fellesskapet. Som Ekteskapslovutvalget med tilslutning av Justisdepartementet²⁹ peker på, kan ikke formuesfellesskapet begrunne likedeling av formue som ektefellene hadde ved ekteskapsinngåelsen. Skjevdelingsregelen i el. § 59 er dermed en konsekvens av likedelingsregelen: Det er ikke rimelig at det en ektefelle hadde ved ekteskapsinngåelsen skal inn i delingsgrunnlaget fordi det i ettertid har eksistert et formuesfellesskap mellom ektefellene. Denne formuen er verken skapt i fellesskap eller muliggjort gjennom den andre ektefellens innsats.

Justisdepartementet³⁰ pekte ved lovforberedelsen på at det er en regel om likedeling av verdier som *ikke* er skapt under ekteskapet, som krever en ytterligere begrunnelse, ikke en motsatt regel. Departementet anså det for særlig urimelig å likedele slike midler dersom ekteskapet hadde vært kortvarig. Lovens regel ble derfor at ektefellene har rett til å skjevdele disse verdiene, det vil si at de kan holde utenfor delingen verdier de hadde ved ekteskapsinngåelsen eller senere har fått ved arv eller gave.

²⁸ Mange påbegynner riktignok et formuesfellesskap før ekteskapsinngåelsen. Samboere investerer og forbruker i mange tilfeller vel så mye felles som ektefeller. Ekteskapslovens delingsregler er imidlertid beholdt ektefeller.

²⁹ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 63

³⁰ *ibid.* s. 66

2 Betingede krav: Bonus.

2.1 Likedeling

2.1.1 Rettspolitisk

Med utgangspunkt i hensynene som danner det prinsipielle grunnlaget for delingsreglene som vi nå har sett på, kan vi gå over til det første hovedspørsmålet i fremstillingen. Spørsmålet er hvorvidt betingede krav, hvor betingelsen ikke enda var inntruffet ved skjæringstidspunktet, *bør* inngå i delingsgrunnlaget i medhold av el. § 58 (1).

Vi kan oppstille følgende situasjoner for å illustrere spørsmålet:

Konkurransesklausulen

En konkurransesklausul er en avtale om at arbeidstakeren ikke kan tiltre en stilling eller begynne i en virksomhet i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver.³¹

Eksempel 1: A giftet seg med B i år 2000. I 2010 undertegnet han en konkurransesklausul som innebar et konkurranseforbud i fire år (bindingstiden). Hvis han overholdt klausulen, skulle han få kr 1 000 000 ved utløpet av fireårsperioden. I 2012, to år før utløpet av fireårsperioden, opphørte samlivet mellom A og B.

Verdistigningsbonusen

En aksjeverdistigningsbonus – også kalt syntetisk opsjon – er en godtgjørelse som avhenger av kursutviklingen for selskapets aksjer. Når man innløser opptjente opsjoner, får rettighetshaveren rett til et kontantvederlag basert på forskjellen mellom en på forhånd fastsatt inngangsverdi og aksjekursen ved innløsningen, uten at det utstedes aksjer fra selskapet. Opsjoner som må innløses på et bestemt tidspunkt kalles vanligvis «europiske», mens opsjoner som kan innløses på et valgfritt tidspunkt innen en gitt innløsningsfrist kalles «amerikanske.»³² Vi kan i det følgende kalle denne avlønningsformen for en verdistigningsbonus.

³¹ NOU 2012:12 s. 48

³² NOU 2008:16 s. 84 flg.

Eksempel 2: A giftet seg med B i 1995. I 2000 inngikk han en avtale med arbeidsgiver om en verdistigningsbonus. Inngangsverdien var kr 1000 per aksje og han fikk rett til å innløse 1000 aksjer på et gitt tidspunkt i 2005 (innløsningstidspunktet). I 2003 opphørte samlivet mellom A og B, to år før innløsningstidspunktet.

Lojalitetsbonusen

I det følgende brukes begrepet lojalitetsbonus om godtgjørelse for å ha stått i jobben over en viss tidsperiode (bindingstiden).

Eksempel 3: A giftet seg med B i år 2000. I år 2008 tiltrådte han i ny jobb. A fikk utbetalt én million kroner forutsatt at han ble i stillingen de neste tre årene. Selv om pengene allerede var utbetalt, var det nedfelt i avtalen at A måtte betale dem tilbake i sin helhet dersom han sa opp stillingen sin før utgangen av bindingstiden. I 2010 opphørte samlivet mellom A og B, ett år før bindingstidens utløp.

Utgangspunktet er klart for alle tre eksemplene: Ektefellenes samlede formuer slik de fremstår på skjæringstidspunktet skal deles likt, jf. el. §§ 58 (1) og 60 (1).

Hensynet til hva som er *rimelig* tatt i betraktning ekteskapet som et fellesprosjekt, tilsier at den betingede bonusen i *konkurransesklausultilfellet* (eksempel 1) skal inn i likedelingsgrunnlaget. Det er først grunn til å fremheve følgende: Konkurransesklausulen ble undertegnet mens A var gift. Utbetalingen på én million kroner er betinget av at A overholder konkurranseforbudet i fire år. I to av disse fire årene har han vært gift med B. Det er klart at rimelighetsbetraktninger ikke er relevante i de to årene A og B ikke lenger lever sammen, jf. punkt 1.6.1. Imidlertid slår rimelighetshensyn inn med full tyngde for de to første årene av bindingstiden. I disse årene har A og B hatt et fellesskap som det er grunn å ta hensyn til.

Innrettingshensyn underbygger også at den betingede konkurransebonusen skal inn i delingsgrunnlaget. Før samlivsbrudd var aktuelt kan ektefellene ha innrettet sine investeringer og sitt forbruk på en forventning om utbetalingen av én million kroner i 2014. Kan hende har B i bindingstiden (konkurranseforbudet) unnlatt å legge til side penger på egen sparekonto og samtidig tatt en uforholdsmessig stor andel av andre utgifter. Mye kan ha skjedd, og likede-

lingsregelen er ment å gi en rettferdig deling av ektefellenes formue uavhengig av hvordan ektefellene har innrettet sin økonomi.

Samlet sett gir rimelighetshensyn holdepunkter for å innta vederlaget A skal få for å overholde konkurranseforbudet inn i delingsgrunnlaget, i hvert fall for de to av totalt fire års bindingstid A og B var gift.

Når det gjelder *verdistigningsbonusen* (eksempel 2) har mange av de samme betraktningene overføringsverdi. Avtalen ble inngått i år 2000 og innløsningstidspunktet var i 2005. Ved samlivsbruddet i 2003 hadde det betingede kravet eksistert i tre år. A og B var dermed ektefeller i tre av de fem årene mellom avtaleinngåelsen og innløsningstidspunktet.

Det er som regel personer i ledende stillinger, gjerne daglig leder eller styremedlemmer, som får verdistigningsbonus for derigjennom å få et incentiv til å øke verdiene i selskapet.³³ Felles for stillinger som mottar slike bonuser er at de krever mye arbeid og lange dager. Det er heller ikke utenkelig at vedkommendes ektefelle ved å være hjemmeværende eller å jobbe deltid, nedlegger en større innsats på hjemmebane, jf. punkt 1.4.

I samsvar med verdistigningsbonusens logikk kan man tenke seg en situasjon hvor ektefelle B muliggjør As arbeidsinnsats og dermed bidrar til å øke verdiene i selskapet hvor A jobber. A får på denne bakgrunn en verdistigningsbonus. Rimelighetshensyn taler dermed for at deler av verdistigningsbonusen (tre av fem år) skal inngå i likedelingsgrunnlaget.

Lojalitetsbonusen i eksempel 3 kan ses på som en forskuddsutbetaling for en fremtidig ytelse. As gjenytelse er at han ikke skal si opp stillingen i løpet av bindingstiden. Den utbetalte bonusen faller bort dersom A ikke er lojal mot arbeidsgiver gjennom hele bindingstiden.

Selv om betraktningene til de andre eksemplene i utgangspunktet også gjelder her, skiller dette eksempelet seg ut på ett punkt: Pengene er allerede utbetalt. Dette innebærer at situasjonen stiller seg noen annerledes avhengig av hvorvidt pengene fremdeles er i As besittelse. I tråd med drøftelsene ovenfor, er det mulig å argumentere for at B gjennom det fellesskapet ekte-

³³ NOU 2008:16 s. 79

skapet innebærer, i større eller mindre grad har muliggjort at A lojalt har kunnet bli i sin stilling i to av de tre årene som utgjør bindingstiden. Dette er i kjernen av rimelighetshensynet.

Dersom pengene allerede er brukt, kan de naturligvis ikke inngå i delingsgrunnlaget. De er ikke lenger en del av As «formue», jf. el. § 58 (1) første punktum.

Dersom pengene er intakt, enten på en konto eller som egenkapital i fast eiendom o.l., stiller situasjonen seg annerledes. Pengene finnes da enten som en ekstrasikkerhet for begge ektefellene som gjør at de kan innrette seg etter den,³⁴ eller som verdier i en investering, for eksempel et felles boligprosjekt. Rimelighetshensyn taler dermed for at vederlaget *bør* inngå i delingsgrunnlaget. Siden A og B brøt samlivet etter to av tre år av bindingstiden, bør imidlertid bare deler av summen inngå i likedelingsgrunnlaget.

Selv om rimelighets- og rettferdighetshensyn taler for at de betingede bonusordningene bør inngå i delingsgrunnlaget, krysses hensynene av mer retts tekniske betraktninger.

Det bør først nevnes at *bevishensyn* i utgangspunktet ikke kan veie særlig tungt ved vurderingen av betingede krav. Verken for konkurranseklausulen eller verdistigningsbonusen er det noen fare for at disse verdiene blir sammenblandet med den andre ektefellens formue all den tid de enda ikke er utbetalt.

I eksempel 3 er, som nevnt ovenfor, faren for sammenblanding noe større dersom den utbetalte millionen ikke er intakt på en egen konto. Dersom pengene er brukt, vil de riktignok ikke kunne sammenblandes. Hvis pengene er byttet om til for eksempel fast eiendom, vil faren for sammenblanding være noe større. Dette taler i så fall for en likedeling. Imidlertid vil faren for sammenblanding være liten så lenge midlene er mulig å identifisere. Én million kroner i betinget bonus er én million kroner, verken mer eller mindre. Dersom pengene er intakt, enten i et formuesobjekt basert på en ombyttingstankegang eller intakt på en separat konto, vil det heller ikke være noen fare for sammenblanding av utbetalte midler. *Bevishensyn* er det dermed ikke grunn til å tillegge særlig vekt ved betingede krav fordi faren for at betingede bonusordninger skal bli sammenblandet med ektefellenes øvrige formue ikke er tilstede.

³⁴ Jf. drøftelsene vedrørende eksempel 1.

Det er desto større grunn til å vektlegge *hensynet til fellesskapets opphør*. Utgangspunktet i el. § 58 (1) er at ektefellenes samlede formuer, det vil si all formue, skal deles likt. Skjæringstidspunktet i § 60 (1) markerer at ekteskapets fellesprosjekt opphører og med det selve hovedbegrunnelsen for likedeling. All formue som ektefellene erverver *etter* skjæringstidspunktet skal ikke deles. § 60 (1) ivaretar dermed hensynet til ekteskapslovens system og setter en grense som i utgangspunktet er relativt enkel å forholde seg til.

Betydningen av å ha en grense for når verdier må være ervervet for å inngå i likedelingsgrunnlaget blir tydelig ved betingede krav. Selve kravets eksistens er avhengig av en fremtidig begivenhet som først kan inntreffe etter skjæringstidspunktet. Hensynet til en retts teknisk god regel basert på at fellesskapet er opphørt og lovens system tilsier da at betingede krav *ikke* bør inngå i delingsgrunnlaget.

På bakgrunn av de hensyn som nå er drøftet, kan vi slutte at hvorvidt betingede krav bør inngå i delingsgrunnlaget avhenger av en avveining av til dels kryssende hensyn – hensynet til hva som er en rimelig og rettferdig regel og hensynet til hva som utgjør en retts teknisk god regel – som gir ulikt resultat. Hva som utgjør en god rettsregel må på denne bakgrunn forankres i en avveining av de hensynene som her er drøftet: På den ene siden at vilkårene for å få utbetalt bonus har vært etterlevd og forsøkt tilfredsstilt *under* ekteskapet og at ektefellene har innrettet seg på en forventning om en fremtidig bonusutbetaling, og, på den andre siden, at fellesskapet er opphørt *før* betingelsen for krav på bonus inntreffer.

Ved at norsk rett oppstiller et krav om at verdier må være opptjent for at de skal inngå i den formuen ektefellen «hadde», og som er gjenstand for deling på skjæringstidspunktet, jf. punkt 1.3 ovenfor, tyder det på at mer retts tekniske hensyn, hensynet til fellesskapets opphør, er blitt gitt avgjørende vekt ved tolkningen av el. § 60 (1). Tatt i betraktning den usikkerheten som knytter seg til hvorvidt ektefellen faktisk har et krav på betingede bonuser, må dette sies å være en god regel, selv om det, som vist, etter omstendighetene kan gi urimelige utslag.

2.1.2 Rettsdogmatisk

Mens vi i punkt 2.1.1 så på spørsmålet om hvorvidt betingede bonuser bør inngå i delingsgrunnlaget, skal vi i det følgende undersøke hvorvidt det er mulig å oppstille en regel om at betingede krav *skal* inngå i delingsgrunnlaget.

2.1.2.1 Opptjeningsvilkåret anvendt på betingede bonuser

Vi legger i fortsettelsen til grunn at det i gjeldende rett er foretatt en avveining av hensynene som nevnt i punkt 2.1.1, som begrunner et opptjeningskrav ved tolkning av «hadde» i el. § 60 (1). For forståelsen av § 60 (1) vises det til punkt 1.3.

Et første spørsmål blir da hvorvidt betingede bonuser kan være opptjent *før* skjæringstidspunktet. Hvis skulle være tilfelle, er det ikke tvilsomt at betingede bonuser skal inngå i delingsgrunnlaget.

Utgangspunktet er klart: Dersom kravet er betinget av en fremtidig hendelse, vil kravet først være opptjent når betingelsen inntreffer. Tilsvarende, hvis kravet var opptjent, kunne det ikke lenger karakteriseres som betinget. En bonus kan riktignok være fullt ut opptjent i den forstand at beløpsgrensen for vederlaget er nådd. Dersom det hefter en betingelse for å få et rettslig krav på vederlaget, er likevel ikke kravet opptjent i den betydning dette vilkåret har ved tolkningen av § 60 (1).³⁵

Det er etter dette nødvendig å trekke opp et klart skille: Dersom kravet ved avtaleinngåelsen er betinget av en fremtidig hendelse, men man allikevel får utbetalt noe dersom betingelsen ikke inntreffer, er ikke *hele* kravet betinget. I realiteten har man da opptjent verdier *før* man visste om betingelsen kom til å inntreffe. I en slik situasjon er det bare totalsummen som er betinget, mens deler av den allerede kan være opptjent før skjæringstidspunktet.

Det blir derfor av avgjørende betydning å fastslå *når* et krav er opptjent.

³⁵ Toft Larsson opererer i sin artikkel med et skille mellom opptjenings- og bindingstid (betingelsen). Han er imidlertid klar på at det i de (betingede) opsjons- og bonuseksemplene som han bruker, ikke vil være noen forskjell på opptjenings- og bindingstid. Se Toft Larsson (2008).

Ved vurderingen av om verdier er opptjent før skjæringstidspunktet kan vi med fordel ta utgangspunkt i det som er avtalt mellom partene.

Eksempel 1-3 forutsatte at vederlagene bare skulle tilfalle ektefelle A dersom han overholdt konkurranseforbudet gjennom bindingstiden (eksempel 1), dersom forholdet mellom inngangsverdi og aksjenes verdi på innløsningstidspunktet var positiv (eksempel 2) og dersom han stod i jobben ut bindingstiden (eksempel 3). Lojalitetsbonusen (eksempel 3) var riktignok allerede utbetalt ved skjæringstidspunktet. I likhet med de andre bonusene, var imidlertid ikke bonusen opptjent før bindingstiden var ute.

En foreløpig konklusjon blir dermed at opptjeningsvilkåret står i veien for at vederlagene i eksempel 1-3 kan inngå i delingsgrunnlaget.

I alle de nevnte eksemplene var det avtalt at opptjeningen av *hele* bonusen var betinget av én hendelse, og at det ikke var mulig å opptjene deler av bonusen over tid. La oss derfor se på et eksempel hvor situasjonen ikke er fullt så enkel:

Eksempel 4: I det følgende forutsetter vi at *konkurranseklausulen* (eksempel 1) var slik at A skulle få utbetalt én million kroner ved utløpet av fireårsperioden, men at han innbakt i denne summen opptjente 100 000 kroner for hvert år av bindingstiden. Da ville han få utbetalt kr 100 000 hvis han brøt konkurranseforbudet etter ett år og kr 300 000 etter tre år. Ved samlivsbruddet to år inn i bindingstiden ville dermed A ha opptjent kr 200 000. Pengene ville imidlertid først bli utbetalt ved utløpet av fireårsperioden, med mindre A brøt konkurranseforbudet like etter at han hadde opptjent kr 200 000.

Regelen er at det er opptjeningen som er avgjørende, ikke utbetalingen. Selv om A ikke får utbetalt pengene før to år etter samlivsbruddet, er kr 200 000 opptjent i henhold til avtalen.

De tohundretusen i eksempel 4 bør dermed som utgangspunkt inngå i delingsgrunnlaget.

En foreløpig oppsummering blir etter dette at et betinget krav rent logisk ikke kan være opptjent før betingelsen inntreffer. I så tilfelle er ikke det opptjente kravet eller deler av dette

lenger betinget. Opptjeningsvilkåret stenger effektivt for at betingede krav kan inngå i delingsgrunnlaget.

Det avgjørende for om betingede bonuser kan inngå i delingsgrunnlaget må på denne bakgrunn bli hvorvidt det bør være adgang til å fravike opptjeningsvilkåret i visse situasjoner.

2.1.2.2 Unntak fra opptjeningsvilkåret?

Med dette utgangspunktet, at opptjeningsvilkåret utgjør en skranke for hvilke verdier som kan inngå i delingsgrunnlaget, skal vi i det følgende undersøke muligheten for å gjøre unntak fra opptjeningsvilkåret.

Man kan tenke seg unntak fra opptjeningsvilkåret i to retninger: Dersom utbetalingen av det opptjente kravet ligger langt fram i tid, og dersom det er stor sannsynlighet for at kravet vil bli opptjent i nærmeste fremtid. I den første situasjonen vil det være aktuelt å unnta et opptjent krav fra likedeling. I den andre situasjonen vil det være tale om å innta et krav i likedelingsgrunnlaget som enda ikke er opptjent.

Det *første* tilfellet ble berørt i eksempel 4:

Hvis vi legger til grunn at ektefelle B i eksempel 4 ikke har nettoverdier å dele, og at de to hundretusen er de eneste aktiva på As hånd, resten gjeld, er det klart at det å gi B halvparten kan bli byrdefullt for A siden han ikke enda har fått utbetalt den opptjente andelen av konkurranseklausulen. Her krysses regelen også av hensynet til As kreditorer dersom A påtar seg ytterligere gjeld for å gi B kr 100 000 og med det svekker sine kreditorers posisjoner.

Dersom utbetalingen ligger langt frem i tid, kan man i tråd med slike betraktninger stille spørsmål ved hvorvidt vederlaget bør falle utenfor likedelingsgrunnlaget, både av hensyn til As kreditorer og egen betalingsevne, selv om en del av vederlaget rent faktisk er opptjent ved skjæringstidspunktet.

Spørsmålet blir nærmere bestemt om opptjeningsvilkåret må underlegges en tidsbegrensning dersom utbetalingen ligger langt frem i tid, slik at opptjente verdier likevel *ikke* skal inn i delingsgrunnlaget.

Høyesterett har indirekte behandlet spørsmålet i en avgjørelse i Rt. 2001 s. 572. Saken omhandlet et familierettslig skifte. Mannen, en lege, hadde omdannet legepraksisen sin fra enkeltmannsforetak til aksjeselskap i 1995. Samlivet ble brutt 2. mai 1996. Blant flere spørsmål måtte Høyesterett avgjøre hvorvidt aksjeutbyttet som ble vedtatt utbetalt på ordinær generalforsamling 30. juni 1996 skulle inngå i delingsgrunnlaget. Utbyttet var beregnet på grunnlag av selskapets overskudd i 1995.

Mannen hevdet at det ikke fantes noen aktiva i selskapet som kunne komme til utbetaling ved skjæringstidspunktet 2. mai. Verdien av utbyttet forutsatte at mannen fortsatte å jobbe i selskapet. Han hevdet derfor at det å la utbyttet som ble vedtatt utbetalt 30. juni inngå i delingsgrunnlaget var å gi ektefellen krav på andel av hans fremtidige inntektsevne.

Førstvoterende³⁶ med tilslutning av tre dommere³⁷ uttalte:

«Selv om vedtaket om å dele ut aksjeutbytte for 1995 ble truffet etter samlivsbruddet, og det på det tidspunkt samlivsbruddet fant sted, ikke var tilstrekkelige likvider i selskapet til å betale ut utbyttet, finner jeg det klart at kravet på aksjeutbytte må inngå i delingsgrunnlaget. Vedtaket om å dele ut utbytte er truffet på grunnlag av driften i 1995, og selv om vedtaket først ble truffet 30. juni 1996, må kravet derfor anses oppstått før samlivsbruddet. Det at selskapet ved samlivsbruddet ikke hadde tilstrekkelige likvider for å betale ut utbyttet, og at disse derfor måtte skaffes til veie gjennom fremtidig inntjening, kan ikke spille noen rolle. Ved vedtaket av 30. juni 1996 påtok selskapet seg en rettslig forpliktelse til å dele ut utbytte, og denne forpliktelsen er også rent faktisk blitt oppfylt.»

Resultatet er tilsynelatende overraskende. Imidlertid hadde mannen akseptert at retten skulle se bort fra at det ikke var fattet vedtak om utbytte ved samlivsbruddet. Som nevnt gjorde han i

³⁶ På side 580

³⁷ Dissenterende dommer var ikke uenig i at utbyttet skulle inngå i delingsgrunnlaget. Dissensen angikk goodwill knyttet til legens person. Flertallet mente at goodwillen ble konvertert til et pengekrav på aksjeselskapet ved omdanningen fra enkeltmannsforetak til aksjeselskap. Dissenterende dommer var uenig og mente at det var å trekke legens fremtidige inntektsevne inn i skifteoppgjøret.

stedet gjeldende at det ved samlivsbruddet ikke var midler i aksjeselskapet til å dekke det avsatte utbyttet.

Høyesterett legger dermed en streng norm til grunn. Dersom man kan fastslå at verdiene er opptjent, skal de med i delingsgrunnlaget, selv om man først i ettertid fastslår at verdiene var opptjent. Vedtaket om utbetaling av utbytte hadde grunnlag i selskapets aktiva ved årsskiftet, en situasjon som lå forut som samlivsbruddet. Utbyttet var dermed opptjent før samlivsbruddet. Tidspunktet for opptjening ble altså avgjørende, selv om utbetalingen først skjedde på et senere tidspunkt, i dette tilfellet et halvt år etter opptjeningen.

Prejudikatsverdien av dommen svekkes noe av at Høyesterett kun indirekte tok stilling til hvorvidt krav hvor utbetalingen skjer på et senere tidspunkt enn opptjeningen kan holdes utenfor delingsgrunnlaget. Dommen gir likevel holdepunktet for å hevde at det ikke er mulig å gjøre unntak fra opptjeningsvilkåret, selv om størrelsen på utbetalingen er usikker og ligger langt fram i tid.

Den *andre* situasjonen hvor det kan være aktuelt å se for seg et unntak fra opptjeningsvilkåret, knytter seg til hvor sannsynlig opptjeningen er. Spørsmålet er om den lille usikkerheten knyttet til at betingelsen inntreffer vil ha noe å si for hvorvidt opptjeningsvilkåret utgjør en god regel ved tolkningen av § 60 (1). Nærmere bestemt blir spørsmålet om en adgang til å innta verdier i delingsgrunnlaget som ikke enda er opptjent ved skjæringstidspunktet, men mest sannsynlig blir opptjent kort tid etter, på bakgrunn av prinsipielle betraktninger kan hjemles i reelle hensyn. Problemstillingen fremgår av følgende eksempel:

Eksempel 5: A giftet seg med B i år 2000. I år 2008 tiltrådte han i ny jobb. A fikk utbetalt én million kroner forutsatt at han ikke sa opp jobben de neste tre årene. Selv om pengene allerede var utbetalt, var det nedfelt i avtalen at A måtte betale dem tilbake i sin helhet dersom han sa opp stillingen sin før utgangen av bindingstiden. I 2012 opphørte samlivet mellom A og B, *to måneder* før bindingstidens utløp. Pengene var på dette tidspunktet intakt på en egen konto.

I eksempel 5 er det med to måneder igjen av bindingstidens utløp lite sannsynlig at A vil komme til å si opp jobben og dermed risikere å måtte tilbakebetale én million kroner. Bin-

dingstiden er likevel enda ikke utløpt (betingelsen) ved samlivsbruddet og vederlaget er dermed ikke opptjent.

Situasjonen i eksempel 5 er at A og B vært gift i tre år og ti måneder av bindingstiden på fire år. Ved samlivsbruddet er lojalitetsbonusen ikke opptjent. Tre år og ti måneder av bindingstiden er imidlertid innenfor den tiden som regnes som fellesprosjektet til A og B. Hensynet til hva som er en rimelig og rettferdig deling av formuen tilsier dermed at hele eller deler av lojalitetsbonusen bør inngå i delingsgrunnlaget.

Rimelighets- og rettferdighetshensyn krysses imidlertid av de mer retts tekniske hensyn. Det er riktignok ingen risiko for sammenblanding av verdiene, jf. bevishensynet. Bonusen er intakt på en egen konto. Likevel blir ikke bonusen opptjent før to måneder *etter* samlivsbruddet. Forutsatt at det ikke har skjedd en opptjening på et tidligere tidspunkt, blir dermed A belastet sin fremtidige inntektsevne, jf. hensynet til felleskapets opphør. Regelverkets system tilsier videre at opptjeningsvilkåret bør håndheves strengt: Når Høyesterett³⁸ legger til grunn en streng norm for at verdier skal inngå i delingsgrunnlaget så fremt man kan fastslå at de er opptjent, gir det, i tråd med systembetraktninger, mening at det motsatt er slik at verdier antakeligvis ikke skal inngå i delingsgrunnlaget dersom de ikke er opptjent. Dette må etter slike betraktninger gjelde selv om det bare gjenstår to måneder av bindingstiden før bonusen er opptjent.

To sett av hensyn krysser dermed hverandre og gir ulike løsninger på hvorvidt hele eller deler av bonusen i eksempel 5 bør inngå i delingsgrunnlaget.

Momenter som er særlig fremtredende i eksempel 5 er *tidsfaktoren* og *graden av usikkerhet*. Tre år og ti måneder av bindingstiden på fire år har forløpt mens A og B var gift. Det er liten grad av usikkerhet knyttet til hvorvidt A kommer til å opptjene vederlaget to måneder etter samlivsbruddet. Rimelighets- og rettferdighetshensyn må dermed ha betydelig vekt. Det at to måneder av bindingstiden ligger utenfor begrunnelsen for likedeling, altså ekteskapet som fellesprosjekt, bør av samme grunn ikke være avgjørende. Snarere må disse momentene redusere vekten av retts tekniske hensyn. Videre er det heller ingen stor belastning for A at verdier

³⁸ Dommen i Rt. 2001 s. 572

som han enda ikke har et rettslig krav på, blir medregnet i delingsgrunnlaget, siden han med stor grad av sannsynlighet vil opptjene vederlaget kort tid etter samlivsbruddet og trolig før delingen skjer.

Konklusjonen er på denne bakgrunn at selv om opptjeningsvilkåret i all hovedsak må være avgjørende for hvorfor et betinget krav *ikke* skal inngå i delingsgrunnlaget, bør det være rom for unntak. Som vist, er det særlig hvor tids- og usikkerhetsfaktoren vipper vektskålen i favør av rimelighets- og rettferdighetshensyn at unntak fra opptjeningsvilkåret bør være mulig. Adgangen til å gjøre unntak bør imidlertid av hensyn til opptjeningsvilkårets sterke stilling i norsk familierett være snever og reservert liknende tilfeller som i eksempel 5 ovenfor, hvor sannsynligheten for at det utbetalte vederlaget bortfaller er svært liten eller at sannsynligheten for at kravet opptjenes er svært stor.

2.1.2.3 Øvrige rettskilder

Ekteskapslovens forarbeider er tause når det gjelder betingede krav. Ingen publiserte avgjørelser fra Høyesterett har heller tatt direkte stilling til hvorvidt krav som var betinget ved skjæringstidspunktet skal inngå i delingsgrunnlaget.

*Lødrup og Sverdrup*³⁹ er imidlertid klare på at utgangspunktet ved usikre, suspensivt betingede erverv er at betingelsen må være inntrådt før skjæringstidspunktet for at verdien skal inn i delingsgrunnlaget. På samme måte er det ifølge dem ved resolutivt betingede erverv. Dersom ervervet som har funnet sted før skjæringstidspunktet bare er endelig hvor betingelsen ikke inntrer, kan verdien av tingen ikke trekkes inn før det er på det rene om betingelsen inntrer eller ikke.

En avgjørelse inntatt i Rt. 1978 s. 1327 er her sentral,⁴⁰ og *Lødrup*⁴¹ understreker at regelen i ekteskapsloven fra 1991 ikke oppstiller en annerledes regel enn den etter eldre rett. Dommen er derfor relevant også for skjæringstidspunktet i § 60 (1) i nåværende ekteskapslov.

³⁹ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 235. Se også samme oppfatning hos Holmøy og Lødrup (2001) s. 409.

⁴⁰ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 235, Holmøy og Lødrup (2001) s. 409.

⁴¹ Lødrup (1997) s. 194

Dommen i Rt. 1978 s. 1327 omhandlet et felleseieskifte hvor Høyesterett måtte avgjøre når samlivsbruddet hadde skjedd, og hvorvidt mannens lotterigevinst skulle inn i delingsgrunnlaget. På denne bakgrunn anførte hustruen prinsipalt at det var likegyldig om gevinstloddet ble trukket ut før eller etter at samlivet opphørte. Det avgjørende, mente hun, måtte være at loddet var innkjøpt lenge før det var tale om samlivsopphør, at loddet hadde en potensiell verdi som var felleseiets, og at gevinsten derfor måtte bli en del av fellesboet. Subsidiært hevdet hun at samlivet ikke ble hevet før én dag etter trekningen. På grunn av hustruens anførsler ble Høyesterett gitt mulighet til å avgjøre om det var tidspunktet for innkjøpet av loddet eller tidspunktet for trekningen som skulle være avgjørende for om gevinsten skulle være med i likedlingsgrunnlaget.

Høyesterett avgjorde saken ved at den fant hustruens subsidiære anførsel for å være oppfylt, nemlig at samlivet opphørte dagen etter loddtrekningen og at dette derfor skulle være skjæringstidspunktet. Høyesterett fant derfor ikke grunn til å gå inn på hustruens prinsipale anførsel og lot dermed være å kommentere hva situasjonen hadde vært dersom lotterigevinsten hadde vært en betinget fordring. I og med at skjæringstidspunktet ble satt til dagen etter trekningen var ikke lotterigevinsten lenger betinget.

Så lenge Høyesterett satte skjæringstidspunktet til dagen etter trekningen, er dommens resultat ikke i seg selv et prejudikat for hvorvidt betingede krav inngår i delingsgrunnlaget. *Lødrup og Sverdrup*⁴² og *Holmøy og Lødrup* mener likevel at dommen gir holdepunkter for å hevde at det er tidspunktet for trekningen og ikke loddkjøpet som er avgjørende for om gevinsten skal gå inn i delingsgrunnlaget: «... dommen bærer klart bud om at hvis trekningen hadde funnet sted *etter* samlivsbruddet, ville gevinsten falt utenfor delingsgrunnlaget.»⁴³ (Kursivering i original).

Betraktningene i juridisk teori skiller ikke mellom lotterigevinster og ulike betingede bonusordninger lik dem vi har sett på. Juridisk teori kan derfor tas til inntekt for at betingede krav, uansett hvor stor usikkerhet som er knyttet til hvorvidt de blir opptjent, som utgangspunkt ikke skal inngå i delingsgrunnlaget. Lotteritilfellet er likevel noe spesielt sammenliknet med

⁴² Lødrup og Sverdrup (2009) s. 235.

⁴³ Holmøy og Lødrup (2001) s. 409

betingede bonusordninger. Man bør derfor være varsom med å trekke for mange paralleller mellom dem.

Et eksempel på at juridisk teori har fått gjennomslag i underrettspraksis er en avgjørelse i Borgarting lagmannsrett fra 2005.⁴⁴ Hustruen mente at ektemannen hadde opptjent en andel av en verdistigningsbonus som han var berettiget til etter avtale med arbeidsgiver, og at denne andelen skulle være med i delingsgrunnlaget. Hun mente det måtte være uten betydning at slik bonus først ble utbetalt etter skjæringstidspunktet. En andel av bonusen var etter hennes mening allerede opptjent og skapt gjennom partenes felles innsats og burde derfor tas med.

Lagmannsretten sluttet seg til tingretten da den skisserte at suspensivt betingede krav «som hovedregel ikke skal tas med i delingsgrunnlaget». Lagmannsretten uttalte videre:

«Da tingrettens dom ble avsagt, var det ikke klart om betingelsen om verdistigning var oppfylt, og tingretten avgjorde derfor saken etter denne hovedregelen. Det må nå som nevnt anses på det rene at B ikke hadde opptjent noen verdistigningsbonus på skjæringstidspunktet. Hadde han sluttet i selskapet da, ville han ikke fått noen bonusutbetaling, og dette må i alle fall være avgjørende.»

Lagmannsretten fulgte dermed hovedregelen som oppstilt i teorien, om at bonusen ikke skulle tas med i delingsgrunnlaget fordi betingelsen enda ikke hadde inntrådt på skjæringstidspunktet. Den uttalte også videre:

«I en situasjon som dette vil det alltid kunne hevdes at partenes fellesskap, og dermed også den andre ektefellens økonomiske og faktisk innsats for familien, er en medvirkende årsak til og forutsetning for at ektefellen kan inneha en stilling som setter ham eller henne i stand til eventuelt senere å oppnå en bonus etter en slik avtale. Men dette kan i seg selv ikke gi noe grunnlag for at bonus opptjent etter skjæringstidspunktet skal tas med i delingsgrunnlaget, like lite som annen verdistigning eller andre inntekter som kommer senere som hovedregel skal tas med.»

⁴⁴ Borgarting lagmannsrett, LB-2005-72847-2

Lagmannsretten er her inne på noen av de mer prinsipielle argumentene for at betingede krav bør inngå i likedelingsgrunnlaget.⁴⁵ Når den likevel avviser å dele mannens verdistigningsbonus på en slikt grunnlag, skyldes nok det at et slikt resultat inntil videre ville fremstå som uhjemlet så lenge bonusen er betinget og dermed ikke opptjent. Som påpekt ovenfor, ville alternativet vært å gjøre unntak fra opptjeningsvilkåret.

Vedrørende *dansk* rett skriver *Nielsen*⁴⁶ at «Optjeningstidspunktet har [...] betydning for særlige lønformer fx provision, bonus o.l., hvis det kan fastslås, at der *er* opnået ret hertil.» (kursivering i original). Opptjening er, med unntak for vanlig lønnsinntekt – utbetalingstidspunktet er av ulike grunner avgjørende – også avgjørende etter *svensk* rett.⁴⁷ Det er på denne bakgrunn nærliggende å ta *Nielsen* og *Agell* til inntekt for en oppfatning i juridisk teori om at betingede krav heller ikke skal inngå i delingsgrunnlaget etter svensk og dansk rett. Vedrørende nordiske rettskilders relevans vises det til punkt 1.5 ovenfor.

Høyesterett har som nevnt enda ikke tatt stilling til spørsmålet, og rettstilstanden er dermed ikke endelig avklart. Det er likevel en klar oppfatning i juridisk teori at betingede krav som hovedregel ikke skal med i delingsgrunnlaget etter norsk rett. Dette har også underrettspraksis lagt til grunn av mangel på andre holdepunkter. Høyesterett vil naturligvis ikke se seg bundet av noen av disse i vurderingen av hvor absolutt en slik hovedregel bør være. Sannsynligheten er desto større for at Høyesterett vil oppstille en regel på bakgrunn av hensynene bak likedelingsregelen og på denne bakgrunn komme til den samme hovedregel som teorien oppstiller.

Hvorvidt Høyesterett vil åpne for unntak fra hovedregelen, kan man naturligvis ikke vite sikkert. Det er imidlertid interessant at det i omtalen av betingede krav konsekvent blir brukt ord som «hovedregel» og «utgangspunkt.» Slike formuleringer antyder at det i visse tilfeller kan være aktuelt med unntak, noe også *Holmøy og Lødrup*⁴⁸ åpner for. De nevner imidlertid ikke i hvilke situasjoner man kan se for seg unntak.

⁴⁵ Jf. punkt 1.6 ovenfor.

⁴⁶ Se *Nielsen* (2008) s. 120

⁴⁷ Jf. *Agell* (2003) s. 275

⁴⁸ *Holmøy og Lødrup* (2001) s. 409

Dersom Høyesterett skulle komme til å oppstille et unntak basert på de bærende hensyn bak likedelingsregelen og andre reelle hensyn, og dermed innta betingede bonusordninger i delingsgrunnlaget, vil det måtte skje etter en konkret vurdering av det formuesfellesskapet som har vært mellom to ektefeller. Det kan naturligvis ikke utelukkes at Høyesterett kan komme til å oppstille en regel som åpner for et snevert unntak. Man kan i så fall se for seg unntak for tilfeller som inneholder betydelig mindre grad av usikkerhet enn lotteritilfellene, og hvor sannsynligheten for at kravene opptjenes er stor, slik situasjonen var i eksempel 5, jf. punkt 2.1.2.2.

2.2 Skjevdeling

Vi så i punkt 2.1 på betingede krav ved skjæringstidspunktet i rettspolitisk og rettsdogmatisk sammenheng. I det følgende skal vi på samme måte undersøke hvordan man ved delingen bør og skal behandle krav som var betinget *ved ekteskapsinngåelsen*. Det er et vilkår for å kunne kreve skjevdeling at verdien av den betingede bonusen «klart kan føres tilbake til midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått», jf. el. § 59 (1).

Problemene med å fastslå hvorvidt bonusen var ervervet før ekteskapsinngåelsen, kan sammenliknes med drøftelsene under punkt 2.1 ovenfor. Konsekvensbetraktninger skulle dermed tilsi at betingede krav som hovedregel ikke kan skjevdeles fordi krav som er betinget ved ekteskapsinngåelsen vanskelig kan være ervervet før ekteskapsinngåelsen. I motsatt fall hadde kravet ikke vært betinget. Uten andre holdepunkter i avtalen blir det dermed vanskelig å hevde at deler av bonusen ble ervervet før ekteskapsinngåelsen.

Spørsmålet er etter dette hva som skal til for at ektefellen «hadde» kravet, jf. § 59 (1). Her er det to muligheter, utbetaling eller opptjening.

Ordlyden gir i seg selv ikke svar på hvordan man skal forstå «hadde». Verken forarbeider, rettspraksis eller juridisk teori har heller problematisert spørsmålet. For å tilfredsstille sammenhengen mellom de ulike bestemmelsene i ekteskapsloven, gir det likevel best mening at ordlyden «hadde» i § 59 (1) skal forstås på samme måte som «hadde» i § 60 (1), jf. punkt 1.3. I så fall må opptjening være avgjørende for hvorvidt kravet eksisterte ved ekteskapsinngåelsen.

En slik forståelse av vilkåret «hadde» medfører at man ikke kan unnta betingede krav fra delingen all den tid de ikke var opptjent ved ekteskapsinngåelsen. Forutsetningen for å kunne skjevdele betingede krav er derfor at man må godta at midler som en ektefelle faktisk *ikke* hadde, blir unntatt deling. Dette innebærer en betydelig utvidelse av lovens ordlyd, og kan i utgangspunktet tale mot en slik adgang. Rent prinsipielt kan det likevel være gode grunner for å tillate skjevdeling.

2.2.1 Rettspolitisk

Spørsmålet blir på denne bakgrunn om krav som var betinget ved ekteskapsinngåelsen, men hvor betingelsen inntrådte under ekteskapet, *bør* kunne holdes utenfor likedelingsgrunnlaget i medhold av § 59 (1).

Adgangen til å kreve deler av felleseiet skjevdelet, og dermed unntatt fra delingsgrunnlaget, hviler som nevnt i punkt 1.6.3, på rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger: Det er ikke rimelig at det en ektefelle hadde ved ekteskapsinngåelsen skal inn i delingsgrunnlaget fordi det i ettertid har eksistert et fellesskap.

Følgende eksempel illustrerer problemet:

Eksempel 6: I 2010 skrev A ved tiltredelsen som daglig leder i bedrift X under på en avtale som ville gi ham en verdistigningsbonus om fire år dersom virksomheten han ble ansatt i hadde steget i verdi (betingelsen). I 2012 giftet A seg med B. I 2014 fikk A utbetalt verdistigningsbonusen. A og B brøt samlivet noen uker senere.

Det er på det rene at betingelsen inntrådte før skjæringstidspunktet og at pengene på dette tidspunktet er opptjent og utbetalt. Spørsmålet er hvor stor del av verdistigningsbonusen A kan skjevdele. Etter tidligere rett var det ikke adgang til delvis skjevdeling. Dette ble imidlertid endret gjennom vedtakelsen av ekteskapsloven av 1991.⁴⁹

Utgangspunktet må i tråd med skjevdelingsregelens begrunnelse være at det ikke er rimelig at hele verdistigningsbonusen skal inngå i delingsgrunnlaget. Av de fire årene fra avtaleinngåelsen til utbetalingen har A og B kun vært gift i de to siste årene. Det er de to siste årene som faller innenfor begrunnelsen for likedelingsregelen. De to første årene, før ekteskapsinngåelsen, faller ikke inn under denne begrunnelsen og taler derimot for skjevdeling. Rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger taler derfor i favør av at A bør få skjevdele halvparten av verdistigningsbonusen i eksempel 6 siden disse to årene ikke har noen forbindelse til fellesskapet som A og B dannet ved ekteskapsinngåelsen.

⁴⁹ Se Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 69

Under punkt 2.1 så vi at det i utgangspunktet var avgjørende for hvorvidt betingede krav skulle inngå i likedelingsgrunnlaget at betingelsen inntrådte *under* ekteskapet, det vil si før skjæringstidspunktet i el. § 60 (1). I skjevdelingstilfellene vil betingelsen ha inntruffet under ekteskapet, og man vil derfor ved delingen vite hvorvidt bonusen ble opptjent og utbetalt. Spørsmålet om skjevdeling kommer først opp i ettertid når formuen skal deles. Ved samlivsbruddet og delingen *vet* man at aksjene hadde steget i verdi og at A mottok bonusen (eksempel 6). Den usikkerheten som preger betingede bonuser ved skjæringstidspunktet, finnes dermed ikke for krav som *var* betinget ved ekteskapsinngåelsen. Den samme usikkerheten som kan foreligge ved skjæringstidspunktet for betingede krav, finner dermed ikke sitt motstykke i et krav på skjevdeling. Dette taler også for at A bør ha krav på å skjevdele deler av verdistigningsbonusen.

Mot skjevdeling taler imidlertid den usikkerheten som var knyttet til verdistigningsbonusen *før* ekteskapsinngåelsen. Ved avtaleinngåelsen var det høyst usikkert om betingelsen i eksempel 6 i det hele tatt ville inntreffe. Betingelsen for å få utbetalt verdistigningsbonusen var at virksomhetens aksjer hadde en høyere verdi fire år frem i tid. Dette har man ved avtaleinngåelsen ikke noen forutsetninger for å kunne vite noe om.

Selv om bonusens eksistens ved delingen ikke er usikker, vil det å bruke etterfølgende omstendigheter til å fastslå at bonusen skal kunne skjevdeles også føre til bevismessige problemer: På den ene siden er det ikke sikkert at virksomheten i det hele tatt hadde en verdistigning i de to årene før ekteskapsinngåelsen, hele verdistigningen kan ha kommet under samlivet. Dette taler i så fall for en likedeling av midlene. På den andre siden kan det tvert om være As innsats i de to forgående år som har ført til verdistigningen i de to årene ekteskapet varte. Verdistigningen har i så tilfelle manifestert seg på et senere tidspunkt enn As arbeidsinnsats. Dette vil i så fall tale for å skjevdele hele verdistigningsbonusen. Imidlertid må disse bevismessige problemene bli avgjørende for spørsmålet. Praktiske hensyn taler derfor mot at A kan skjevdele den betingede verdistigningsbonusen.

Det er etter dette klart at skjevdelingsregelen hviler på en begrunnelse om at det ikke er rimelig å innta verdier i delingsgrunnlaget som ikke er ervervet under ekteskapet. Jo mindre tid som gjenstod ved ekteskapsinngåelsen før betingelsen inntraff, desto større grunn vil det derfor være for at verdistigningsbonusen i eksempel 6 bør skjevdeles i stedet for å inngå i de-

lingsgrunnlaget. Som påpekt, vil det riktignok rent praktisk være vanskelig å bevise at oppfyllelsen av betingelsen for bonusutbetalingen ligger nærmere tiden før enn under ekteskapet. De bevismessige problemene knyttet til når verdistigningen faktisk skjedde, vil likevel bli redusert av at det gjenstår lite igjen av bindingstiden ved ekteskapsinngåelsen. Det bør ha formodningen mot seg at verdistigningen skjedde under ekteskapet dersom bindingstiden opphørte bare noen uker eller måneder etter ekteskapsinngåelsen.

På denne bakgrunn er det nærliggende å konkludere med at krav som var betinget ved ekteskapsinngåelsen ikke bør kunne kreves skjevdelet. Imidlertid kan man se for seg at en modifikasjon av denne regelen bør kunne tenkes der hvor tidsfaktoren blir ansett som avgjørende: Jo mindre av bindingstiden som gjenstod ved ekteskapsinngåelsen, desto større grunn bør det i tråd med rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger være for å tillate skjevdeling av krav som var betinget ved ekteskapsinngåelsen.

2.2.2 Rettsdogmatisk

Hensynet til at det ikke er rimelig at en ektefellen skal likedele verdier som han hadde med seg inn i ekteskapet, gir holdepunkter for å hevde at ektefeller på visse vilkår *bør* kunne skjevdele betingede bonuser. Det gjenstår likevel å ta stilling til hvorvidt el. § 59 (1) åpner for at ektefeller *skal* kunne kreve å skjevdele betingede bonuser, og vi skal derfor i det følgende vie oss til dette spørsmålet.

Det følger av el. § 59 (1) at verdien av formue som «klart kan føres tilbake til midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått,» kan vedkommende ektefelle kreve å holde utenfor delingen.

Vilkåret «klart føres tilbake til» henspeler på hvorvidt verdiene er i behold enten i sin opprinnelige form eller beviselig på annen måte ved delingen. Dette er altså ikke noe vilkår for hvor sikker ervervlsen *før* ekteskapsinngåelsen må være. Det eneste vilkåret som stilles til midlene *før* ekteskapsinngåelsen er at det må være «midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått.»

Betingede krav og skjevdeling er ikke problematisert i forarbeidene. Det går likevel an å regne med at betingede krav ikke var et ukjent fenomen i lovforberedelsen. Forarbeidenes taushet kan i så fall tyde på at skjevdeling av slike krav faller utenfor bestemmelsen.

Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet.

Utgangspunktet må på denne bakgrunn være at *alt* ektefellen hadde ervervet før inngåelse av ekteskap i prinsippet er omfattet av formuleringen i § 59 (1).⁵⁰ Alt ektefellen *ikke* hadde ervervet før ekteskapsinngåelsen faller dermed utenfor bestemmelsen.

Avgjørende for hvorvidt vilkåret «hadde» er oppfylt, blir derfor at verdiene påviselig var ervervet – det vil si opptjent, jf. punkt 2.2 – før ekteskapsinngåelsen. For forståelsen av opptjeningsvilkåret henvises det til 1.3.

⁵⁰ Eeg (2006) s. 303.

Det kan på denne bakgrunn ikke oppstilles en regel om at betingede krav skal kunne skjevdeles i medhold av § 59 (1).

Rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger kan som vist i punkt 2.2.1, være relevante argumenter for å likevel tillate skjevdeling. Imidlertid vil man trolig måtte tilnærme seg spørsmålet på en annen måte der hvor bestemmelsen selv oppstiller et unntak. Domstolene vil i en slik situasjon sannsynligvis ta utgangspunkt i unntaksbestemmelsen og neppe oppstille et unntak fra hovedregelen på selvstendig grunnlag.

Selv om første ledd ikke åpner for å skjevdele betingede krav, gjenstår det derfor å ta stilling til hvorvidt unntaksbestemmelsen i *tredje ledd* kommer til anvendelse.

§ 59 (3) åpner for at en ektefelle kan gis rett til å holde utenfor delingen hele eller deler av verdien av felleseie som er ervervet *etter* ekteskapsinngåelsen dersom «sterke grunner» taler for det.

Spørsmålet blir derfor om «sterke grunner» kan tale for å skjevdele ulike former for bonusutbetalinger som var betinget ved ekteskapsinngåelsen, men hvor betingelsen har inntrådt under ekteskapet.

Ordlyden «sterke grunner» tilsier at tredje ledd er en snever unntaksregel. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene⁵¹ og i rettspraksis, og ble særlig understreket i en enstemmig dom inn tatt i Rt. 2002 s. 1596: Den ene ektefellen ønsket å skjevdele verdien av boligeiendom som var ervervet ved lånefinansiering før ekteskapsinngåelsen. Høyesterett kom til at ektefellen kunne skjevdele den forholdsmessige andelen av eiendommens verdi på skjæringstidspunktet som ikke var lånefinansiert. Ektefellen hadde subsidiært anført at han kunne skjevdele eiendommen etter *tredje* ledd og Høyesterett måtte derfor også ta stilling til dette spørsmålet. Førstevoterende uttalte:

«Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at det ikke er grunnlag for en utvidet skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 tredje ledd i dette tilfellet. Denne bestemmelsen gir - dersom «sterke grun-

⁵¹ Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 122

ner taler for det» - hjemmel for å skjevdele verdier som er ervervet under ekteskapet på annen måte enn ved arv og gave. Høyesterett har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at § 59 annet ledd er en snever unntaksregel, jf. blant annet Rt-1999-177. *Det er ikke tvilsomt at dette i minst like høy grad gjelder bestemmelsen i tredje ledd*, jf. NOU 1987:30 side 130, Ot.prp.nr.28 (1990-1991) side 122, Innst.O.nr.71 (1990-1991) side 15, og Holmøy og Lødrup: Ekteskapsloven med kommentarer 2. utg side 402.» (min kursivering).

I forarbeidene⁵² er det nevnt eksempler på situasjoner hvor skjevdeling av midler ervervet under ekteskapet og som ikke er arv eller gave, kan holdes utenfor delingen:

«Et eksempel hvor skjevdeling bør kunne være aktuelt, er hvor den ene ektefellen så å si bare eier verdier som kan gjøres til gjenstand for skjevdeling etter hovedregelen i utkastet, mens den andre i liten grad har slike verdier, men til gjengjeld har opparbeidet seg betydelige verdier under ekteskapet. Ekteskapslovutvalget nevner på s 79 til 80 i utredningen flere andre eksempler hvor likedeling av verdier ervervet under ekteskapet kan være urimelig i det enkelte tilfellet:

«En ektefelle kan ha vanskelig for å forsørge seg selv, på grunn av sykdom, manglende yrkesutdannelse eller - erfaring eller av andre grunner, mens den annen ektefelle er fullt arbeidsfør, vel etablert i yrkeslivet og har opparbeidet seg pensjonsrettigheter. Den ene ektefelle kan ha en betydelig gjeld som ikke har sammenheng med erverv som er kommet også den annen ektefelle til gode. En skilsmisse kan komme etter at en ektefelle har forsørget den annen under utdanning, og før denne ektefelle er kommet i arbeid og har bidratt noe til det felles underhold. En ektefelle kan ha sin formue bundet i en virksomhet som er opparbeidet under ekteskapet, og kan, om virksomheten skal fortsette, ha vanskelig for å utløse den annen ektefelle fullt ut.»

Andre eksempler kan være at den ene ektefellen vesentlig har forminsket sin formue ved misbruk av retten til å råde over felleseiet eller ved annen utilbørlig atferd, eller andre tilfeller hvor det etter gjeldende rett kan kreves bosondring.»

⁵² Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 69

Som det fremgår av sitatene ovenfor, er det snakk om helt spesielle situasjoner hvor den ektefellen som kan kreve skjevdeling av ulike grunner er den svake part som, etter omstendighetene, har et reelt behov for å holde formuen sin utenfor delingen.

Dette er også lagt til grunn i juridisk teori. *Lødrup og Sverdrup*⁵³ skriver: «Vil en likedeling ødelegge eller svekke ektefellens inntjeningssevne, og det er tale om verdien av nødvendig produksjonsutstyr eller kostbare arbeidsredskaper, kan skjevdeling bli aktuelt. Selv om regelen er en verdiregel, vil skjevdeling gjøre ektefellen økonomisk i stand til å overta slike eierdeler etter el. § 66.»

På denne bakgrunn vil trolig kravet om «sterke grunner» for de fleste praktiske formål ikke være oppfylt for den ektefellen som ved ekteskapsinngåelsen hadde betingede krav på bonus og andre vederlag, jf. det som ovenfor er sagt om hvem som mottar slike ytelser. Mottakeren vil sannsynligvis være den mest ressurssterke av de to ektefellene. Vedkommende vil da neppe ha en verneverdig interesse i å få holde bonusutbetalingene sine utenfor delingsgrunnlaget.

Selv om rettstilstanden er usikker, blir konklusjonen på denne bakgrunn at skjevdelingsregelen i § 59 ikke åpner for at en ektefelle helt eller delvis kan holde krav som var betinget ved ekteskapsinngåelsen utenfor delingen.

⁵³ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 271

3 Usikker gjeld: Kausjon.

Som nevnt innledningsvis, er likedeling som utgangspunkt en toleddet øvelse: Først må man fastslå hvilke felleseiemidler den enkelte ektefelle har som skal inngå i delingsgrunnlaget, og dernest må man gjøre fradrag for gjeld etter reglene i el. § 58. Til nå har vi konsentrert oss om deling av ektefellenes aktiva og betingede krav. I fortsettelsen skal vi se på ektefellenes passiva og usikker gjeld.

I punkt 1.2 så vi at betingede krav og usikker gjeld hadde visse likhetstrekk, men også viktige forskjeller knyttet til betingelser og graden av usikkerhet. De prinsipielle sidene av kausjon og betingede bonuser likner hverandre, men som vi skal se, er de ikke helt sammenfallende. I det følgende skal vi derfor se på hvorvidt ektefellene på prinsipielt grunnlag bør få fradra usikker gjeld ved delingen. Dernest skal vi se på om dette gjenspeiles i gjeldende rett, det vil si hvorvidt usikker gjeld skal komme til fradrag i delingsgrunnlaget.

3.1 Gjeldsavleggelse

Utgangspunktet er klart; ektefellenes samlede formuer skal deles likt etter at det er gjort *fradrag for gjelden* ektefellen hadde på skjæringstidspunktet, jf. el. §§ 58 (1) og 60 (1) og (3). Gjeld som en ektefelle har «pådratt» etter skjæringstidspunktet, kan han eller hun ikke kreve fradrag for, jf. § 60 (3).

I motsetning til betingede krav er det altså ikke gjeldens eksistens ved skjæringstidspunktet som er problemet i det følgende, snarere at gjelden enda ikke er *aktuell* på dette tidspunktet, jf. punkt 1.2.

3.1.1 Rettspolitisk

Vi ser først på spørsmålet hvorvidt man ved gjeldsavleggelsen *bør* ta hensyn til ektefellenes individuelle kausjonsforpliktelser, selv om gjelden er usikker.

Som nevnt i punkt 1.6.2, hviler gjeldsavleggelsen på hensynet til en deling basert på ektefellenes reelle økonomiske stilling og hensynet til kreditorenes stilling. Gjelden er i kausjonsforhold usikker, kausjonisten vet ikke når han vil måtte innfri gjelden eller hvor mye av den han

må innfri. Med dette utgangspunktet er det nødvendig med en avveining mellom de nevnte, til dels kryssende hensyn. To eksempler kan illustrere problemet:

Eksempel 7: A og B giftet seg i år 2000. I 2005 påtok B seg å garantere for at hennes sønn C fra et tidligere ekteskap hadde tilstrekkelig egenkapital til å kjøpe seg sin første bolig. Garantistillelsen var på kr 500 000. C hadde ett års avdragsfrihet på lånet, men hadde ellers gode fremtidsutsikter. I 2006 brøt A og B samlivet.

Eksempel 8: A og B giftet seg i 2005. I 2006 besluttet B å stille garanti for venninne D. D hadde rotet seg opp i ulike finansielle prosjekter og skyldte etter hvert banken kr 200 000. Disse forventet hun likevel å få igjen. Hun hadde nemlig investert lånte penger i en jordomseiling med et vikingskip og var av den oppfatning at salg av TV-rettigheter til turen skulle gi avkastning. B stilte garanti for disse pengene. Noen måneder senere brøt A og B samlivet.

I begge eksemplene er det ingen tvil om at gjeldens eksistens ikke er betinget. Gjelden er pådratt ved garantistillelsen, jf. ovenfor i punkt 1.2. Sannsynligheten for at B må innfri gjelden er imidlertid ulik i eksemplene 7 og 8.

Det er ektefellenes formue på skjæringstidspunktet etter at gjelden er fradratt som skal deles. Hensynet til en deling basert på ektefellenes *reelle økonomiske situasjon* ved skjæringstidspunktet tilsier dermed at kausjonen bør komme til fradrag dersom det er stor sannsynlighet for at gjelden vil bli misligholdt innen kort tid etter delingen. Dette hensynet må vektes mot *hensynet til kreditorene*, jf. punkt 1.6.2. Selv om sannsynligheten skulle være liten for at kausjonisten må innfri skyldnerens gjeld, har kreditor godtatt kausjonisten under den forutsetning at han hos kausjonisten har nødvendig sikkerhet for kravet. Kreditors formål er i alle tilfeller å sikre seg, uavhengig av den konkrete risiko for at gjelden skal bli misligholdt. Kreditors stilling vil dermed bli svekket sammenliknet med kreditors forutsetninger ved tegningen av forpliktelsen dersom man ikke skal ta hensyn til garantistillelsen ved gjeldsavleggelsen.

I eksempel 7 er det liten sannsynlighet for at B må innfri Cs gjeld i nærmeste fremtid. C har gode fremtidsutsikter, og ingenting tyder dermed på at han ikke skal kunne betjene lånet sitt. Derimot er sannsynligheten desto større i eksempel 8 for at B må innfri gjelden til D. D har en forhistorie med feilslåtte investeringer og mulighetene for avkastning på jordomseilingen er

usikker. Det er derfor trolig at B vil måtte innfri Ds gjeld i sin helhet og innen kort tid etter samlivsbruddet.

Kausjonisten Bs reelle økonomiske situasjon er noe ulik i eksemplene 7 og 8. Dersom sannsynligheten for at hun må innfri gjelden er liten, har hun reelt sett ikke en gjeldspost som det er grunn til å ta hensyn til på lik linje med andre passiva ved delingen av formuen. Slik sett får A da et krav på Bs *reelle* nettoverdier.

Sannsynligheten for at B må innfri gjelden har også betydning for Bs ektefelle A. Dersom B får fradrag for gjeld som ikke kommer til å bli aktuell, har B gjort fradrag for en større sum i delingsgrunnlaget enn hun skulle ut fra sin reelle økonomiske situasjon. Dette kan etter omstendighetene bli urimelig byrdefullt for A. Slike betraktninger tilsier at man må foreta en konkret vurdering av de faktiske forhold for å kunne svare på om B bør få fradrag for garanti-stillelsen.

Kreditorene har imidlertid ikke noen interesse i en deling av reelle verdier basert på en sannsynlighetsvurdering av hvorvidt B må innfri kravet i nær eller fjern fremtid. Kreditorene er en tredjepart i denne sammenheng som har inngått en kontrakt med B. Det bør derfor sterke grunner til for at en tredjepart skal få svekket sin stilling som en følge av et samlivsbrudd. Hvorvidt kausjonisten er gift, og da lever med en iboende fare for samlivsbrudd, bør ikke ha noen betydning for kreditors mulighet til å få innfridd sitt krav. Rent samfunnsøkonomisk er det heller ikke noen grunn til å oppstille en familierettslig regel som ville hatt som resultat at enslige skulle være mer attraktive kausjonister enn ektefeller. Slike betraktninger bør veie tungt.

Vi ser etter dette at det også i kausjonstilfellene er relevant med rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger, jf. punkt 2.1.1 ovenfor, ved at hensynet til ektefellenes reelle økonomiske situasjon tillegges vekt. Slik sett er kausjonstilfellene sammenliknbare med betingede bonusordninger. Det er på den ene siden mulig å argumentere for at det ikke alltid er rimelig for den andre ektefellen at kausjonisten får fullt gjeldsfradrag. På den andre siden må også hensynet til kausjonistens økonomiske situasjon tas med i betraktning. I motsetning til vurderingen av om betingede krav bør inngå i likedelingsgrunnlaget, kommer imidlertid hensynet til en tredjepart, kreditor, inn med stor tyngde i kausjonstilfellene. Det er i kausjonstilfellene ikke i

hovedsak tale om en avveining mellom hva som er en rimelig fordeling av ektefellenes midler og den retts teknisk beste løsning. I stedet foregår avveiningen i disse tilfellene mellom hvordan gjeldsfradrag skal gjenspeile ektefellenes reelle økonomi og hensynet til kreditor. Hensynet til kreditor må i en slik avveining stå i en særstilling, fordi det går utover og favner over en videre personkrets enn det fordelingen av verdier mellom to tidligere ektefeller gjør.

Hensynet til kreditorene bør på denne bakgrunn tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av hvorvidt kausjon bør komme til fradrag som gjeld ved oppgjøret mellom ektefellene.

Konklusjonen på hvorvidt kausjon bør komme til fradrag blir på denne bakgrunn at kausjonsforpliktelsen bør komme til fradrag i begge eksemplene (7-8), uavhengig av at sannsynligheten for at gjelden blir aktuell er svært ulik i de to eksemplene.

Det gjenstår å ta stilling til *hvordan* en gjeldsavleggelse av kausjonsforpliktelser bør skje.

Det er i mangel av andre holdepunkter fornuftig å ta utgangspunkt i de samme hensynene som begrunner selve gjeldsavleggelsen ved dette spørsmålet, altså hensynet til en deling basert på ektefellenes reelle økonomiske situasjon og hensynet til kreditorene.

I enden av skalaen finner vi *fullt gjeldsfradrag*. En slik løsning vil tilfredsstillende kreditorene som da er sikret at kausjonisten er likvid også etter skiftet. Imidlertid ville man med en slik løsning kunne risikere at kausjonistens tidligere ektefelle sitter igjen med for lite etter delingen fordi det som nevnt, er usikkert hvorvidt og hvor mye av forpliktelsen kausjonisten vil måtte innfri. Det er dermed en fare for at kausjonisten får unnta en større sum fra delingen enn han trenger for å innfri gjelden. Kanskje nettopp av denne grunn har ikke fullt gjeldsfradrag i denne formen fått særlig gjennomslag i juridisk teori, jf. nedenfor under punkt 3.1.2.

I den andre enden finner vi en *konkret sannsynlighetsvurdering*. Retten må da ta stilling til hvorvidt og hvor mye av gjeldsforpliktelsen som det er sannsynlig at kausjonisten må innfri og gi vedkommende fradrag for tilsvarende sum ved skiftet. En slik løsning vil i større grad gjenspeile ektefellenes reelle økonomiske situasjon, men vil innebære en større usikkerhet for kreditorene.

Denne løsningen likner hva Zimmer foreslår ved vurderingen av hvorvidt latente skatteforpliktelse skal regnes med til delingsgrunnlaget. Et hensyn som blir vektlagt av ham er størst mulig grad av reell likedeling.⁵⁴ Riktignok gjør ikke hensynet til kreditor seg gjeldende på samme måte som i kausjonstilfellene hvor kreditor er en kontraktspart, men det er likevel interessant å sammenlikne kausjonstilfellene med hvordan urealisert skattbar gevinst bør behandles ved delingen. Zimmer⁵⁵ skriver blant annet: «For *gårds- og skogbrukseiendommer* kan man med sikkerhet si at det ikke vil bli noen skatteplikt – og at det altså ikke er noen latent skatteplikt – hvor tiårsvilkåret er oppfylt på tidspunktet for skifteoppjøret. Er tiårsvilkåret ennå ikke oppfylt, må det likevel anses for å være så sannsynlig at en gevinst ved salg vil bli skattefri, at det ikke bør tas hensyn til noen latent skatteplikt» (kursivering i original).

Fordi skatteforpliktelsen kan ligge langt frem i tid bør det foretas en neddiskontering.⁵⁶ På den måten unngår man at vedkommende ektefelle får gjøre fradrag for større verdier enn hva skatteforpliktelsen reelt sett representerer.

Et gjennomgangstema hos Zimmer er at man *skal* ta hensyn til latente skatteforpliktelse ved delingen, og at måten dette gjøres på i størst mulig grad bør sikre reell likedeling av ektefelle-nes verdier. Selv om latente skatteforpliktelse ikke har direkte overføringsverdi til kausjonstilfellene, kan løsningen med en konkret vurdering tjene som forbilde for hvordan man bør behandle kausjonsforpliktelse. Helt sammenliknbart med kausjonsforpliktelse er skatteforpliktelse likevel ikke: For det første står trolig hensynet til de frivillige kreditorer sterkere i kausjonstilfellene enn hensynet til den ufrivillige kreditor, staten, gjør i skattetilfellene. En slik løsning som Zimmer argumenterer for ivaretar ikke i stor nok grad kreditorhensynet i kausjonstilfellene, jf. ovenfor. I tillegg er det slik at det er mulig å se spørsmålet om latente skatteforpliktelse som et spørsmål om verdsettelse⁵⁷ av verdier som *skal* med i delingsgrunn-

⁵⁴ Zimmer (2002) s. 806

⁵⁵ *ibid.* s. 810

⁵⁶ Zimmer (2002) s. 813

⁵⁷ Forarbeidene til ekteskapsloven behandler latent skatteplikt under verdsettelsesreglene i ekteskapslovens § 69, jf. NOU 1987:30 s. 141 og Ot.prp.nr.28 (1990-1991) s. 129. Zimmer mener imidlertid at latent skatteplikt må behandles som selvstendige passivposter i skifteoppjøret fordi latente skatteforpliktelse skal regnes med også der de ikke er knyttet til spesielle gjenstander. Se Zimmer (2002) s. 811.

laget. Latente skatteforpliktelser er i et slikt perspektiv ikke en selvstendig gjeldspost, i motsetning til kausjonsforpliktelsen.

For å oppsummere, tilsier hensynene bak gjeldsavleggelsen at kausjon bør komme til fradrag på lik linje med annen gjeld ved delingen. På hvilken måte kausjonen bør komme til fradrag løses derimot ikke av hensynet til ektefellenes økonomiske situasjon og hensynet til kreditorerne alene, men bør i det minste bero på en avveining av disse hensynene.

3.1.2 Rettsdogmatisk

I det videre går vi over til å se på spørsmålet hvorvidt norsk rett oppstiller en regel om at kausjon *skal* komme til fradrag som gjeld i delingsgrunnlaget.

Spørsmålet er ikke omtalt i forarbeidene. Det foreligger heller ingen publiserte avgjørelser fra Høyesterett som har tatt direkte stilling til spørsmålet.

I juridisk teori⁵⁸ er man derimot samstemte i at man skal ta hensyn til kausjon ved gjeldsavgjørelsen som skal skje i medhold av el. § 58 (1) med begrunnelsen at gjelden er pådratt, jf. punkt 1.2.

Fra juridisk teori fremgår det også et konkret forslag til *hvordan* kausjon skal komme til fradrag.

*Holmøy og Lødrup*⁵⁹ mener at man ved delingen må avsette midler til dekning av kausjonsforpliktelsen, i tilfelle den senere skulle bli aktuell. Dersom forpliktelsen ikke lenger er aktuell, skal midlene deles mellom ektefellene.

Holmøy og Lødrups løsning er prinsipielt sett god. Avsatte midler sikrer kreditorenes stilling fullt ut ved at de får dekket sine krav uavhengig av hvor stor andel av skyldnerens gjeld som det blir opp til kausjonisten å innfri. Videre sikrer løsningen et oppgjør i etterkant av delingen hvor den andre ektefellen får utbetalt penger som han hadde hatt krav på ved skjæringstidspunktet dersom kausjonsforpliktelsen ikke hadde blitt aktuell. Denne løsningen tilfredsstiller dermed de to helt grunnleggende hensynene som bør ivaretas ved oppstillingen av en regel om kausjonsforpliktelser på skiftet, jf. punkt 1.6.2.

Holmøy og Lødrup møter bifall hos *Nørgaard*⁶⁰ som ser for seg samme modell etter *dansk* rett: «Ved *eventuelle forpligtelser* kan der avsættes midler i boet til dækning af forpligtelsen for de tilfælde, at den viser sig at blive aktuel – et problem, som kan opstå f.eks. ved kautions-

⁵⁸ Holmøy og Lødrup (2001) s. 412 og Lødrup og Sverdrup (2009) s. 237

⁵⁹ Holmøy og Lødrup (2001) s. 412, jf. også Lødrup og Sverdrup (2009) s. 237.

⁶⁰ Se Lund-Andersen m.fl. (2003) s. 610 flg., jf. også Nielsen (2008) s. 121

forpliktelse» (kursivering i original.) Hun skriver videre i fotnote: «Et eventuelt overskud af de afsatte midler deles mellem ægtefællerne – forpligtelsen viser sig måske slet ikke at blive aktuell.»

Det kan imidlertid være praktiske innvendinger mot denne måten å foreta delingen på. For det første er det ikke sikkert at kausjonisten har nok likvide midler å avsette. Kan hende er pengene bundet opp i fast eiendom eller andre ting. Det kan for det andre være at kausjonisten behøver pengene til å innfri annen gjeld som forfaller på et tidligere tidspunkt. En tredje innvending er tidsperspektivet: For den andre ektefellen kan det bli byrdefullt å måtte vente i lang tid på å få vite hvorvidt kausjonistens forpliktelse blir aktuell. Vedkommende kan ha behov for å kjenne til omfanget av sin økonomiske situasjon ved delingen for å kunne innrette seg deretter. I tillegg er det ikke alle som ønsker et etteroppgjør med sin tidligere ektefelle lenge etter at delingen fant sted.

For svensk rett sin del har det i tråd med slike betraktninger vært antatt at man må foreta en konkret sannsynlighetsvurdering av hvorvidt kausjonisten vil måtte innfri gjelden basert på de faktiske omstendigheter ved skiftet. Agell⁶¹ hevder at det kan bli et problem for løsningen som norsk og dansk teori oppstiller at det ikke er diskutert hvordan man skal forholde seg til kausjonsforpliktelser som løper over veldig lang tid. Et sted vil man måtte trekke en grense, og da slipper man ikke unna å måtte foreta en form for sannsynlighetsvurdering likevel.

Et eksempel på et tilfelle hvor man i stedet for å avsette midler, foretok en konkret sannsynlighetsvurdering, jf. punkt 3.1.1 ovenfor, fremgår av en avgjørelse i Gulating lagmannsrett fra 2011.⁶² Saken gjaldt krav om tilsidesettelse av skifteavtale, jf. el. § 65, og spørsmål om hvilket skjæringstidspunkt som skulle legges til grunn. Retten kom til at avtalen måtte settes til side og foretok derfor en likedeling etter hovedregelen om skifte av felleseie. Mannen hadde kausjonert for 39 millioner kroner, og det relevante spørsmålet for oss var hvorvidt og hvordan kausjonen skulle komme til fradrag på skiftet.

Retten uttalte følgende om mannens kausjonsforpliktelse:

⁶¹ Agell (2003) s. 277 flg.

⁶² Gulating lagmannsrett, LG-2011-27150

«B har videre anført at det ved delingen må tas hensyn til en garantiforpliktelse han personlig hefter for på 39 mill. kroner. Det er på det rene at det på skifte skal tas hensyn til gjeld. Garantiforpliktelsen er en betinget gjeldspost og den må da tas hensyn til i den utstrekning det fremstår som realistisk at den vil måtte bli innfridd.»

Retten foretok så en konkret vurdering:

«Lagmannsretten har dog merket seg at det hefter sidesikkerhet for garantien. Verdien av disse er ikke opplyst. Dessuten har gjelden blitt håndtert over lang tid, og det er ikke konkrete opplysninger som tilsier at situasjonen er forverret etter 2007. Det må således gjøres et skjønnsmessig og begrenset fradrag for denne gjeldspost.»

Hvis vi tar utgangspunkt i hensynet til kreditorene og ektefellenes reelle økonomiske situasjon, tyder lagmannsrettens uttalelser på at den vekter sistnevnte hensyn tyngst. Det svekker kreditors stilling å ta hensyn til kausjonsforpliktelsen «i den utstrekning det fremstår som realistisk at den vil måtte bli innfridd.» Kreditor har inngått en avtale om garantistillelse med kausjonisten, og en slik vurdering som lagmannsretten her foretar vil fra kreditors ståsted øke usikkerheten omkring kausjonistens betalingsevne.

Det hefter stor grad av usikkerhet ved lagmannsrettens løsning, og retten er selv inne på noen av usikkerhetsmomentene: Det hefter en sidesikkerhet for garantien, men ingen opplysninger om verdien av disse. Kreditorene er dermed sikret på flere måter, men vi har ingen informasjon om størrelsen på sikkerheten. Dette taler isolert sett for et gjeldsfradrag som i det minste sikrer kreditors stilling. Det andre usikkerhetsmomentet er at gjelden har blitt håndtert over lang tid. Det finnes altså ingen indikasjon på at kreditors stilling er utsatt. Dette taler mot et gjeldsfradrag.

Sammen illustrerer disse to usikkerhetsmomentene et viktig poeng: Ved å underlegge kausjonsforpliktelsen en konkret sannsynlighetsvurdering når man har få knagger å henge vurderingene på, kan gjeldsfradraget bli skjønnsmessig til en slik grad at det alltid kan innvendes at gjeldsfradraget ikke ble riktig, enten for lite eller for stort. Praktiske hensyn taler dermed mot en slik måte å beregne gjeldsfradraget på.

Det er etter dette gode grunner for å hevde at kausjonsforpliktelser skal komme til fradrag ved delingen. Det er likevel noe usikkert *hvordan* kausjonsforpliktelser skal komme til fradrag: På den ene siden har vi Holmøy og Lødrups løsning. Denne innebærer å avsette midler til deknning av gjeldsforpliktelsen dersom den blir aktuell.⁶³ På den andre siden finner vi Agells konkrete sannsynlighetsvurdering som også har blitt anvendt i norsk underrettspraksis. Holmøy og Lødrups løsning balanserer i større grad hensynet til ektefellenes reelle økonomiske situasjon og hensynet til kreditor. Dette styrker denne måten å beregne gjeldsfradrag på. Det er imidlertid mulig å peke på flere praktiske innvendinger mot begge løsningene. Det er på den ene siden ikke gitt at det er mulig eller på kort sikt ønskelig å avsette likvide midler, jf. ovenfor. På den andre siden er det stor usikkerhet knyttet til å vurdere sannsynligheten for at gjeldsforpliktelsen skal bli aktuell. Den beste løsningen bør derfor ligge et sted imellom, hvor man på den ene siden ivaretar hensynene bak gjeldsavleggelsen, jf. Holmøy og Lødrup, men også er lydhør for Agells innvending om at en form for sannsynlighetsvurdering er nødvendig ved kausjonsforpliktelser som løper over svært lang tid.⁶⁴

⁶³ Holmøy og Lødrup (2001) s. 412

⁶⁴ Agell (2003) s. 277 flg.

3.2 Skjevdeling

På samme vis som vi så på adgangen til å skjevdele betingede krav, skal vi nå se på hvilken betydning usikker gjeld ved ekteskapsinngåelsen kan ha å si for adgangen til å skjevdele verdier som ektefellene tok med seg inn i ekteskapet.

Et krav på skjevdeling er et nettokrav.⁶⁵ Dette innebærer at dersom ektefellens passiva oversteg hennes aktiva ved ekteskapsinngåelsen, har hun i utgangspunktet ikke noe krav på å få skjevdele sine aktiva ved samlivsbruddet.⁶⁶

3.2.1 Rettspolitisk

Vi tar i det følgende utgangspunkt i spørsmålet om kausjonsforpliktelser ved ekteskapsinngåelsen *bør* regnes med ved vurderingen av hvorvidt ektefellen hadde nettoverdier ved ekteskapsinngåelsen.

Begrunnelsen for at et krav på skjevdeling skal være et nettokrav er at dersom ektefellen kun har bruttoverdier, bringer hun reelt sett ikke noen verdier inn i ekteskapet.⁶⁷ Hun må da nedbetale gjelden med felleseiemidler. Siden kravet er en verdiregel faller det utenfor regelens anvendelsesområde at verdier som har sitt grunnlag i nedbetalt gjeld mens ektefellen var gift, skal kunne skjevdeles.⁶⁸

Eksempel 9: Da B giftet seg med C i 1998 brakte hun med seg en leilighet uten panteheftelser verdt kr 2 000 000. I tillegg hadde hun kausjonert for huskjøpet til sin sønn fra forrige ekteskap med en sum på kr 1 000 000. I 2002 brøt B og C samlivet. B hadde fremdeles leiligheten og krevde å få skjevdele hele verdien av denne på kr 2 000 000. C motsatte seg dette og hevdet at B kun hadde tatt med seg kr 1 000 000 i nettoverdier inn i ekteskapet.

⁶⁵ NOU 1987:30 s. 130

⁶⁶ Holmøy og Lødrup (2001) s. 391, Lødrup og Sverdrup (2009) s. 260

⁶⁷ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 260

⁶⁸ Dersom det er benyttet andre skjevdellingsmidler til å nedbetale lånet, kan skjevdellingskravet være i behold, se Lødrup og Sverdrup (2009) s. 260.

Utgangspunktet må også her være at kausjonen ble pådratt da B tegnet den, jf. punkt 1.2. Det var altså ved ekteskapsinngåelsen på det rene at gjelden eksisterte. Imidlertid var det usikkert hvorvidt B ville måtte innfri gjelden.

Drøftelsen kan med fordel deles inn i to tilfeller: I det *første* tilfellet vet man ved samlivsbruddet at B måtte innfri kausjonen i år 2000. I det *andre* tilfellet er kausjonen fortsatt ikke innfridd ved samlivsbruddet.

I den *første* situasjonen har B ved samlivsbruddet innfridd kausjonen på én million kroner. Siden hun ikke brakte med seg særreiemidler inn i ekteskapet, er gjelden innfridd med felleseiendrer som ellers skulle ha inngått i delingsgrunnlaget. Å tillate skjevdeling av bruttoverdiene vil dermed utvane formålet med likedeling, nemlig at verdier som er skapt i ekteskapet skal likedeles. Denne situasjonen er sammenliknbar med at B kun hadde med seg egen gjeld inn i ekteskapet. I tråd med utgangspunktet hadde hun da utelukkende hatt én million kroner netto ved ekteskapsinngåelsen. Dette må også bli avgjørende i Bs tilfelle. I denne situasjonen er det ingen grunn til å behandle spørsmålet forskjellig fordi det er tale om at B har kausjonert for sønnen i stedet for å ta opp eget lån. Som samskyldner hadde hun i realiteten med seg gjeld inn i ekteskapet.

Kausjonsforpliktelsen bør dermed regnes med ved vurderingen av hvorvidt B hadde netto verdier ved ekteskapsinngåelsen.

I den *andre* situasjonen er det heller ikke tvilsomt at kausjonen eksisterer (gjelden er pådratt). Denne situasjonen skiller seg likevel fra den første fordi det ved samlivsbruddet fremdeles er usikkert hvorvidt B vil måtte innfri gjelden. Gjelden har dermed ikke blitt innfridd under ekteskapet med felleseiendrer som ellers skulle ha inngått i delingsgrunnlaget, slik tilfellet er i den første situasjonen. Her støter vi derfor ikke an mot selve kjernen i begrunnelsen for at skjevdeling er et nettokrav, nemlig at gjelden innfris med felleseiendrer under ekteskapet. Dette taler for at kausjonen ikke bør påvirke Bs nettoverdier, og at kausjonen dermed ikke bør redusere Bs skjevdelingskrav.

Det er likevel grunn til å se reglene om deling av formue i sammenheng. I punkt 3.1.1 så vi at det var gode grunner for å tillate at kausjonsforpliktelser kommer til fradrag som gjeld ved

delingen. Dersom B får skjevdele hele verdien av leiligheten på to millioner og i tillegg får fradrag for kausjonsforpliktelsen på én million, har hun i realiteten unntatt tre millioner kroner fra delingsgrunnlaget. Dette gir dårlig innbyrdes sammenheng mellom delingsreglene. Hensynet til ekteskapslovens system tilsier at B ikke både kan kreve skjevdeling uten hensyn til kausjonsforpliktelsen og samtidig få fullt gjeldsfradrag. Også i denne situasjonen bør man derfor regne med kausjonsforpliktelsen ved vurderingen av hvor store nettoverdier B hadde ved ekteskapsinngåelsen.

Hensynene som begrunner skjevdeling og gjeldsfradrag, samt systemhensyn, tilsier dermed at man bør regne med kausjonsforpliktelser på lik linje med annen gjeld ved vurderingen av størrelsen på skjevdelingskravet, uavhengig av hvorvidt kausjonsforpliktelsen er innfridd ved samlivsbruddet.

3.2.2 Rettsdogmatisk

Selv om gode grunner taler for at man bør regne med kausjonsforpliktelser, gjenstår det å ta stilling hvorvidt man *skal* ta hensyn til kausjonsforpliktelser ved utmålingen av skjevdelingskrav.

I følge Ekteskapslovutvalget omfatter skjevdelingskravet «nettoverdien av midler man hadde da ekteskapet ble inngått m.v. Gjeld som ektefellen har pådratt seg i forbindelse med erverv eller påkostning av eiendeler som inngår i formue som er unntatt fra deling, vil derfor komme til fradrag når størrelsen av skjevdelingskravet skal fastlegges.»⁶⁹ Man kan ta uttalelsen til Ekteskapslovutvalget til inntekt for at skjevdelingskravets størrelse bare kan reduseres av gjeld som er pådratt for å erverve *eiendelen* som ligger til grunn for verdien som ektefellen ønsker å skjevdele, selv om sitatet kan tolkes i mer enn én retning. Dette tilsier i så fall at man ikke skal regne med kausjonsforpliktelser siden det ikke er gjeld som er pådratt til erverv.

I juridisk teori⁷⁰ ser det imidlertid ut til å være lagt til grunn en generell oppfatning om at gjelden *ikke* behøver å ha noen tilknytning til noen bestemt eiendel for at skjevdelingskravet kan bortfalle. Blant annet har studiegjeld blitt trukket frem som passiva som kan redusere nettoverdiene som ektefellen hadde ved ekteskapsinngåelsen. En generell oppfatning blant forfattere av juridiske bøker bør i mangel av klarere holdepunkter veie tungt.

Man må på denne bakgrunn sannsynligvis behandle kausjon på samme måte som annen gjeld ved vurderingen av hvor stort nettobeløp ektefellen har med seg inn i ekteskapet. Kausjonsforpliktelser reduserer dermed beløpet som ektefellene kan skjevdele på lik linje med annen gjeld som ektefellene har med seg inn i ekteskapet.

Hvis vi ser tilbake til eksempel 9, må løsningen på dette grunnlag bli den samme her som etter de prinsipielle drøftelsene under punkt 3.2.1: Kausjonsforpliktelsen reduserer Bs skjevdelingskrav med kr 1 000 000. B kan dermed skjevdele kr 2 000 000 – kr 1 000 000 = kr 1 000 000.

⁶⁹ NOU 1987:30 s. 130

⁷⁰ Se Holmøy og Lødrup (2001) s. 390 og Lødrup og Sverdrup (2009) s. 260

I eksempel 9 så vi at en forutsetning i Bs tilfelle var at eiendommen ikke var lånefinansiert ved ekteskapsinngåelsen og heller ikke hadde steget i verdi ved samlivsbruddet. Lånefinansierte ervervelser og verdistigning på disse har imidlertid vært gjenstand for behandling i Høyesterett, jf. nedenfor. Dette foranlediger en problematisering av hvordan kausjonsforpliktelser påvirker vurderingen av skjevdelingskravets størrelse dersom vi endrer på forutsetningene i eksempel 9. I det følgende forutsetter vi derfor at Bs eiendom var lånefinansiert ved ekteskapsinngåelsen og at det har skjedd en verdistigning:

Eksempel 10: Da B giftet seg med C i 1998 brakte hun med seg en leilighet verdt kr 2 000 000. Kr 1 000 000 av disse var lån. I tillegg hadde hun kausjonert for huskjøpet til sin sønn fra forrige ekteskap med en sum på kr 1 000 000. I 2002 brøt B og C samlivet. I mellomtiden hadde leiligheten som følge av en generell oppgang i markedet steget til kr 2 500 000. B krevde å få skjevdele kr 2 500 000. C motsatte seg dette og hevdet at B med en gjeld og kausjon på til sammen kr 2 000 000 ikke hadde med seg nettoverdier inn i ekteskapet.

Spørsmålet er hvorvidt B kan kreve skjevdeling i en slik situasjon.

I tråd med utgangspunktet hadde ikke B med seg nettoverdier inn i ekteskapet. Dette tilsier at hun ikke har et skjevdelingskrav. Imidlertid har leiligheten i mellomtiden steget i verdi uten at dette skyldes påkostninger gjort med felleseiemidler under ekteskapet. I så tilfelle hadde skjevdeling av verdistigningen vært uaktuelt og skulle i stedet inngått i likedelingsgrunnlaget. Den ville da, i tråd med likedelingsregelens begrunnelse, vært skapt i fellesskap under ekteskapet, jf. punkt. 1.6.1.

Spørsmålet er derfor i det følgende hvilken innvirkning den etterfølgende verdistigningen på eiendommen skal ha på skjevdelingskravet når det er på det rene at B på grunn av den delvise lånefinansieringen og kausjonsforpliktelsen, ikke hadde med seg nettoverdier inn i ekteskapet.

Den grunnleggende dommen om verdistigningens betydning for skjevdelingskravet er inntatt i Rt. 2002 s. 1596.

I denne saken ønsket den ene ektefellen å skjevdele deler av verdien av en bolig som han hadde med seg inn i ekteskapet. Hovedspørsmålet i saken var hvilken betydning den lånefinansiert

erte delen av verdien av eiendommen, skulle ha ved beregningen av skjevdelingskravet. Ved inngåelsen av ekteskapet utgjorde gjelden 51,7 prosent av eiendommens verdi. Høyesterett sluttet seg til mindretallet i dommen i Rt. 2001 s. 1434⁷¹ og deres begrunnelse for at skjevdelingskravet skulle gjelde den forholdsmessige andel av eiendommens verdi på skjæringstidspunktet som tilsvarte den *andelen av eiendommens verdi som ikke var lånefinansiert* ved ekteskapets inngåelse.

*Eeg*⁷² problematiserer det han kaller for netto inngangsverdi-modellen med utgangspunkt i dommen i Rt. 2002 s. 1596. Han mener dommen utfordrer utgangspunktet om at skjevdelingskravet er et nettokrav fordi dommen gjør skjevdelingskravets størrelse avhengig av «hvor stor del av *dette godets* verdi – og ikke ektefellens samlede formues verdi – som henholdsvis tilsvarte og oversteg størrelsen på lånet eller lånene, ved ervervet eller ekteskapets inngåelse» (kursivering i original). Han fortsetter videre: «Varianten åpner altså ikke for å ta hensyn til *annen* gjeld ektefellen hadde, i alle fall ikke i medhold av § 59 *første* ledd. Andre gjeldsposter som ektefellen måtte ha ved ekteskapets inngåelse enn lån som var brukt til erverv av dette godet, synes dermed å bli irrelevante» (kursivering i original).

Dommen tilsier at kausjonsforpliktelsen ikke er av betydning for skjevdelingskravet ved beregningen dersom verdiene er knyttet til en gjenstand som er steget i verdi ved samlivsbruddet. Hvis vi i eksempel 10 tar utgangspunkt i den forholdsmessige andelen av eiendommens verdi på skjæringstidspunktet som tilsvarte den andelen av eiendommens verdi som ikke var lånefinansiert ved ekteskapets inngåelse, blir skjevdelingskravet som følger: Halvparten (1/2) av leilighetens verdi var lånefinansiert ved ekteskapets inngåelse. Ved skjæringstidspunktet var leiligheten verdt kr 2 500 000. Verdien som kan skjevdeles blir da $2\,500\,000 / 2 = \text{kr } 1\,250\,000$.

Problemet med denne måten å beregne skjevdelingskravet på kan illustreres av eksempel 9 og 10: I eksempel 9 så vi at B fikk skjevdele kr 1 000 000 som tilsvarte nettobeløpet hun hadde ved inngåelsen av ekteskapet. I eksempel 10 kunne B imidlertid holde kr 1 250 000 utenfor

⁷¹ Høyesteretts flertall på tre dommere mente det ikke var grunnlag for skjevdeling og tok derfor ikke stilling til beregningen av skjevdelingskravet.

⁷² *Eeg* (2006) s. 391

delingen, selv om hun ved ekteskapsinngåelsen *ikke* hadde nettoverdier, utelukkende fordi leiligheten hadde steget i verdi. Verdistigningen var på kr 500 000, men skjevdelingskravet blir likevel på kr 1 250 000 fordi man etter Høyesteretts⁷³ beregningsmetode ikke skal ta hensyn til annen gjeld enn den som ble pådratt for å erverve eiendommen.

Kausjonsforpliktelsen, i likhet med annen gjeld, blir på denne bakgrunn bare av betydning for skjevdelingskravet dersom leiligheten ikke er lånefinansiert. Dette er en retts teknisk lite heldig løsning som ikke kan ha vært tilsiktet når man la til grunn at skjevdeling var et nettokrav.

Vedrørende annen gjeld enn den som er pådratt for å erverve en gjenstand hevder Eeg⁷⁴ at det «neppe [er] tvilsomt at slik gjeld normalt må være av betydning for skjevdelingskravets utstrekning.» Han legger til at det for å redde netto inngangsverdi-modellen er «nødvendig å erkjenne at slik gjeld er av betydning ikke fordi den eksisterte ved ekteskapets inngåelse, men fordi den *er betalt under ekteskapet* med midler som skulle vært delt. Det åpner ikke § 59 første ledd, men derimot *annet ledd for*» (kursivering i original).

Spørsmålet er om el. § 59 (2) kommer til anvendelse for kausjonsforpliktelser.

Det følger av § 59 (2) første punktum at «vil retten til å utta midler etter første ledd føre til et åpenbart urimelig resultat, kan den helt eller delvis falle bort.» Det er altså ikke nødvendigvis tale om fullstendig likedeling av eiendeler som ektefellen ellers kunne ha krevd å skjevdele, men en justering av skjevdelingskravet som vil hindre et åpenbart urimelig resultat.⁷⁵

Ordlyden «åpenbart urimelig» indikerer at annet ledd er en snever unntaksregel. Dette er også slått fast av Høyesterett.⁷⁶

Ved vurderingen av om resultatet av skjevdeling vil bli åpenbart urimelig skal det særlig legges vekt på «ekteskapets varighet» og «ektefellenes innsats for familien», jf. annet ledd annet

⁷³ Dommen i Rt. 2002 s. 1596

⁷⁴ Eeg (2006) s. 391

⁷⁵ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 268

⁷⁶ Se dommene inntatt i Rt. 1999 s. 177, Rt. 2002 s. 1596 og Rt. 2008 s. 769

punktum. Jo lenger ekteskapet har vart, desto mer fellesskap har det normalt vært mellom ektefellene. Da er det mer naturlig å dele verdiene enn å tillate skjevdeling. Ved vurderingen av ekteskapets varighet vil man telle med samboerskap før ekteskapet. Er eiendelene som ektefellen krever skjevdelte ervervet under samboertiden, taler det for å anvende annet ledd.⁷⁷

Eksempel 10, hvor B ikke hadde netto verdier ved ekteskapsinngåelsen, bør være et tilfelle som faller inn under annet ledds anvendelsesområde. Dersom B har innfridd kausjonen på kr 1 000 000 med felleseiendel under ekteskapet, bør B i tråd med begrunnelsen for regelen ikke få skjevdele denne summen. Hvis Bs lån på eiendommen blir innfridd med felleseiendel, er denne delen av eiendommen i praksis ervervet under ekteskapet, ikke før. Det vil da være urimelig å gi B medhold i skjevdelingskravet. Hennes skjevdelingskrav bør i stedet begrenses til det forholdsmessige skjevdelingskravet etter verdistigningen, fratrukket den innfridd kausjonsforpliktelsen, det vil si $kr\ 1\ 250\ 000 - 1\ 000\ 000 = kr\ 250\ 000$.

Dersom kausjonen består ved samlivsbruddet, vil B mest sannsynlig få fradrag for hele eller deler av denne gjelden. Da er det heller ikke rimelig at B skal kunne fradra gjeld og i tillegg skjevdele kr 1 250 000. Skjevdelingskravet bør derfor reduseres med samme beløp som kausjonen gir B gjeldsfradrag, altså én million kroner, slik at skjevdelingskravet blir på kr 250 000.

Det er etter dette usikkert hvorvidt det kan oppstilles en alminnelig generell regel om at kausjonsforpliktelser skal ha betydning for ektefellenes skjevdelingskrav. Det er på den ene side klart at et krav på skjevdeling er et nettokrav. En kausjonsforpliktelse skal medregnes på lik linje med annen gjeld og kan derfor redusere nettoverdiene som en ektefelle hadde med seg inn i ekteskapet. Etter omstendighetene kan et krav på skjevdeling på denne bakgrunn falle helt bort. Som vi har sett kan det imidlertid oppstå et problem dersom en ektefelle krever å få skjevdele verdistigningen på eiendom som var lånefinansiert ved ekteskapsinngåelsen. Ved beregningen av det forholdsmessige skjevdelingskravet skal man i tråd med Høyesteretts praksis ikke ta annen gjeld med i vurderingen. Dette kan føre til urimelige resultater, særlig hvor en ektefelle ikke har med seg nettoverdier inn i ekteskapet, men som følge av verdistig-

⁷⁷ Lødrup og Sverdrup (2009) s. 268-69

ning på eiendommen, som riktignok ikke overstiger gjelden ektefellen hadde samlet sett, får et skjevdelingskrav.

Slike urimelige utslag av retten til skjevdeling har loven selv verktøyet til å bøte på. § 59 (2) inneholder en snever unntaksregel som er ment å skulle justere åpenbart urimelige resultater av et skjevdelingskrav. Selv om problemstillingen som har vært løftet frem her, ikke har vært tema verken i rettspraksis eller juridisk teori, vil antageligvis annet ledd fange opp disse tilfellene.

Konklusjonen må derfor bli at kausjonsforpliktelser trolig skal regnes med ved beregningen av størrelsen på et skjevdelingskrav, selv om kausjon etter gjeldende rett ikke skal regnes med i beregningen av et forholdsmessig skjevdelingskrav som følge av verdistigninger. Dersom skjevdeling vil føre til et åpenbart urimelig resultat, kan sannsynligvis en kausjonsforpliktelse likevel være et moment i vurderingen av hvorvidt skjevdelingskravet helt eller delvis bør falle bort. Dette kan i så fall redusere uheldige følger av måten å beregne forholdsmessige skjevdelingskrav på.

4 Avsluttende kommentarer

Denne oppgaven har omhandlet spørsmål knyttet til betingede og usikre aktiv- og passivposter ved familierettslig skifte. Usikkerheten knyttet til disse postene er, i tillegg til en rettsdogmatisk gjennomgang, belyst rettspolitisk ved å se på hvorvidt en bonus som er betinget ved samlivsbruddet bør inngå i delingsgrunnlaget, og om en betinget bonus ved ekteskapsinngåelsen bør kunne kreves skjevdelt. Videre er det drøftet hvordan en kausjonsforpliktelse bør komme til fradrag i delingsgrunnlaget og hvorvidt en kausjonsforpliktelse ved ekteskapsinngåelsen bør innebære at krav på skjevdeling skal bortfalle.

Hovedreglene for om betingede krav skal inngå i likedelingsgrunnlaget og om usikker gjeld skal komme til fradrag, er klare: Krav som er betinget ved skjæringstidspunktet er ikke opp-tjent og skal derfor ikke deles. Usikker gjeld er pådratt ved kausjonserklæringen, og en ektefelle kan derfor gjøre fradrag for gjelden, selv om den enda ikke er aktuell på skjæringstidspunktet.

Det er noe mer usikkert om, og i hvilken grad, et krav som var betinget ved ekteskapsinngåelsen kan kreves skjevdelt på skiftet. Det samme gjelder den usikre gjeldens innvirkning på et skjevdelingskrav. Sannsynligvis må usikker gjeld kunne redusere nettoverdiene en ektefelle har med seg inn i ekteskapet og dermed redusere et krav på skjevdeling. Det er imidlertid ikke avklart på hvilken måte dette skal skje der hvor formuesgjenstandene en ektefelle hadde ved ekteskapsinngåelsen har vært gjenstand for verdistigning. Den usikre gjelden skal som utgangspunkt mest sannsynlig ikke med i vurderingen av hvor stor del av verdistigningen en ektefelle skal kunne skjevdele.

To hovedspørsmål har vært hvorvidt betingede krav *bør* deles og usikker gjeld *bør* komme til fradrag ved familierettslig deling av formue. Med hovedreglene som bakteppe vil det med andre ord si at det tilbakevendende spørsmålet har vært hvor absolutte hovedreglene er, og under hvilke omstendigheter det kan være aktuelt med unntak. Det kan i denne sammenheng være fordelaktig å trekke opp et skille mellom vurderingen av hva som ved skjæringstidspunktet inngår i likedelingsgrunnlaget på den ene siden, og størrelsen på skjevdelingskravet på den andre. Det er nemlig slik at mens hovedreglene for hva som skal inngå i og hva som kan fradras i likedelingsgrunnlaget stort sett mangler lovhjemlede unntak, er situasjonen annerledes i skjevdelingstilfellene. Skjevdelingsbestemmelsen i ekteskapslovens § 59 innehol-

der to sett av unntak: Den åpner for at hele eller deler av skjevdelingskravet skal falle bort der hvor resultatet ville bli åpenbart urimelig, jf. annet ledd, og for å tillate skjevdeling av midler som er ervervet under ekteskapet dersom sterke grunner taler for det, jf. tredje ledd. Med unntaksbestemmelser i begge retninger, er det lite trolig at domstolene vil åpne for unntak med et videre anvendelsesområde enn de lovfestede bestemmelsene. I stedet vil trolig rettsanvendelsen ta utgangspunkt i disse.

Det er, på grunn av mangel på unntak og presiseringer i loven, mer sannsynlig at domstolene vil måtte tilnærme seg spørsmålet om hvorvidt betingede krav bør inngå i likedelingsgrunnlaget på en mer prinsipiell måte. Selv om hovedreglene fremstår som klare i juridisk teori, er det som vi har sett, særlig i avveiningen mellom rimelighetshensyn og retttekniske hensyn at unntak bør kunne være aktuelt. Det avgjørende vil være om det bør være rom for å gjøre unntak fra vilkåret om at et krav må være opptjent for å inngå i delingsgrunnlaget. Dette vil måtte bero på en konkret vurdering av ektefellenes situasjon, men det er likevel mulig å si noe generelt om problemstillingen på bakgrunn av de tilfellene vi har vært gjennom: Jo mindre som gjenstår av bindingstiden før betingelsen inntreffer og jo større sannsynlighet det er for at en ektefelle kommer til å opptjene kravet innen kort tid, desto større grunn vil det være for at det betingede kravet bør inngå i delingsgrunnlaget. Ektefellen med betingede bonusordninger vil ha hatt glede av å leve i et formuesfellesskap gjennom store deler av bindingstiden, og ekteskapet som fellesprosjekt vil dermed tilsi at de betingede bonusordningene bør deles. I ekteskapet vil det på grunn av forskjeller mellom privat- og offentlig sektor og heltids- og deltidsarbeidende være forskjeller i størrelse på lønnsutbetalinger og rolle i familien, jf. punkt 1.4. En deling av betingede bonuser vil derfor i noen av situasjonene vi har sett på, best ivareta begrunnelsen bak likedelingsregelen. Det er likevel viktig å merke seg at betingede bonusordninger i de fleste situasjoner sannsynligvis ikke faller inn under delingsreglene. Dette kan etter omstendighetene være en utfordring for de familierettslige delingsreglene vi nå har, ettersom slike avlønningsformer blir stadig vanligere.

Når det gjelder usikker gjeld er det ikke omtvistet at kausjonsforpliktelser skal komme til fra- drag i delingsgrunnlaget, selv om det i visse situasjoner kan føre til urimelige resultater. Urime- lige resultater kan oppstå der hvor det er svært liten sannsynlighet for at kausjonisten vil måtte innfri gjelden. Kausjonisten vil da få en urimelig fordel ved delingen ved at han får fra- dra midler som han i realiteten beholder selv. For kausjonsforpliktelser er det på bakgrunn av

slike betraktninger noe uenighet om *hvordan* kausjonsforpliktelser skal fradras som gjeld. Løsningen må finnes i den prinsipielle avveiningen mellom hensynet til ektefellenes reelle økonomiske situasjon og hensynet til kreditor, men her er rettsstilstanden uavklart. Holmøy og Lødrup⁷⁸ og Lund-Andersen m.fl.⁷⁹ oppstiller en prinsipielt sett god regel som innebærer å avsette midler i tilfelle forpliktelsen blir aktuell. Som påpekt av Agell,⁸⁰ kommer man imidlertid ikke utenom at man må trekke en grense for kausjonsforpliktelser som løper over svært lang tid. Det bør være en grense for hvor lenge de tidligere ektefellene kan ha et uavklart forhold til disse verdiene.

I spenningen mellom mer eller mindre sannsynlige verdier, har jeg argumentert for at begrunnelsen bak delingsreglene etter omstendighetene kan gi grunnlag for å stille spørsmål ved hvor absolutte ekteskapslovens regler bør tolkes i lys av stadig mer utbredte former for avlønning og gjeld. I noen situasjoner kan unntak være nødvendig nettopp for å ivareta hensynene bak loven og lovens system.

⁷⁸ Holmøy og Lødrup (2001) s. 412

⁷⁹ Lund-Andersen m.fl. (2003) s. 610 flg.

⁸⁰ Agell (2003) s. 277 flg.

5 Litteraturliste

Bøker

Agell, Anders. *Nordisk äktenskapsrätt: En jämförande studie av dansk, finsk, isländsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov og harmoniseringsmöjligheter*. Nord: 2003:2. København, 2003.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Eeg, Thomas. *Deling av ektefellers formue*. 1. utg. Bergen, 2006.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.

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

Lund-Andersen, Ingrid, Noe Munch og Irene Nørgaard. *Familieret*. 5. utg. København, 2003.

Lødrup, Peter. *Familieretten*. 3. utg. Bergen, 1997.

Lødrup, Peter og Tone Sverdrup. *Familieretten*. 6. utg. Bergen, 2009.

Nielsen, Linda. *Skilsmisseret*. 1. utg. København, 2008.

Smith, Carsten. *Kausjonsrett*. 2. utg. Oslo, 1970.

Teleman, Örjan. *Bodelning. Under äktenskap och vid skilsmässa*. 5. utg. Stockholm, 2011.

Zimmer, Frederik. *Om latente skatter på skifte mellom ektefeller*. I: Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup. Oslo, 2002.

Artikler

Toft Larsson, Pål Øyvind. *Bonuser og opsjoner ved familierettslig skifte*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. FAB 2008-4 (Sisert fra Rettsdata.no).

Lovgivning

1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 4. juli 1991 nr. 47

Dommer

Rt. 1978 s. 1327

Rt. 1999 s. 177

Rt. 2001 s. 572

Rt. 2002 s. 1596

Rt. 2008 s. 769

LB-2005-72847-2 (Borgarting)

LG-2011-27150 (Gulating)

Forarbeider

NOU 1987:30

Innstilling til ny ekteskapslov – del II

NOU 1994:19

Finansavtaler og finansoppdrag. Delutredning nr. 1

NOU 2008:6

Kjønn og lønn. Fakta, analyser og virkemidler for likelønn.

NOU 2008:16

Om foretaksstyring og tiltak mot manipulering av finansiell informasjon.

NOU 2012:12

Ventetid – et spørsmål om tillit. En evaluering av statens karantenerregelverk.

Ot. prp. nr. 28 (1990-1991)

Om lov om ekteskap.

Ot. prp. nr. 41 (1998-1999)

Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

Nettsider

Statistisk Sentralbyrå (SSB). *Bonus – hvor mye og til hvem?* (2007) 14.05.2007.

<http://ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/bonus-hvor-mye-og-til-hvem>
[sitert 10.11.2014]

Statistisk Sentralbyrå (SSB). *De fleste bor romslig i eide boliger* (2010) 6.12.2010.

<http://ssb.no/bygg-bolig-og-eiendom/artikler-og-publikasjoner/de-fleste-bor-romslig-i-eide-boliger> [sitert 10.11.2014]

NRK. *Boligdrømmen: Fire av ti unge må ha ekstra sikkerhet* (2013) 16.05.2013.

<http://www.nrk.no/norge/sterk-okning-i-bolig-kausjoner-1.11029928> [sitert 10.11.2014]

Statistisk Sentralbyrå (SSB). *Ekteskap og skilsmisser, 2013* (2014) 21. august 2014.

<https://www.ssb.no/ekteskap> [sitert 19.11.2014]