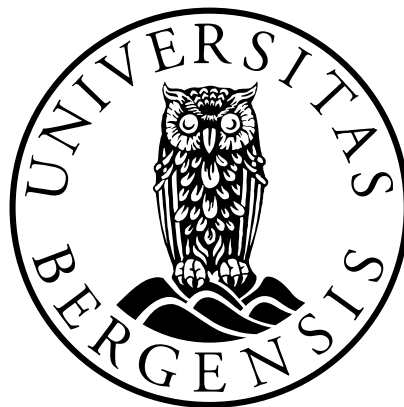


Skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet

Med særlig fokus på i hvilke tilfeller formuesverdi av næringsvirksomhet «klart kan føres tilbake til» midler fra den opprinnelige virksomheten som eierektefellen tok med seg inn i ekteskapet.

Kandidatnummer: 12

Antall ord: 14584



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| Innholdsfortegnelse | 2 |
| 1 INNLEDNING..... | 4 |
| 1.1 Tema og problemstilling | 4 |
| 1.2 Aktualitet | 5 |
| 1.3 Avgrensninger..... | 6 |
| 1.4 Videre fremstilling..... | 7 |
| 2 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 9 |
| 2.1 Oversikt over skifteoppgjøret | 9 |
| 2.2 Kort om skjevdelingsregelens begrunnelse..... | 10 |
| 2.3 Rettspraksis om skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet..... | 11 |
| 3 SÆRTREKK VED NÆRINGSVIRKSOMHET SOM FORMUESGODE..... | 13 |
| 3.1 Hva ligger i begrepet næringsvirksomhet? | 13 |
| 3.2 Næringsvirksomhet i relasjon til ekteskapsloven § 59 første ledd..... | 14 |
| 3.3 Hvilke utfordringer knyttes til skjevdeling av næringsvirksomhet? | 15 |
| 4 TILBAKEFØRINGSVILKÅRETS VURDERINGSTEMA OG BEVISKRAV FOR NÆRINGSVIRKSOMHET..... | 17 |
| 4.1 Innledende betraktninger | 17 |
| 4.2 Vurderingstema..... | 17 |
| 4.3 Beviskravets terskel og bevisbyrde..... | 19 |
| 5 SÆRLIG OM SURROGASJON I NÆRINGSVIRKSOMHET..... | 22 |
| 5.1 Innledende betraktninger | 22 |
| 5.2 Nærmere om begrepet surrogasjon | 22 |
| 5.3 Ombytting av formuesgoder generelt i næringsvirksomhet..... | 23 |
| 5.4 Et særlig spørsmål tilknyttet ombytting av formuekompleks i næringsvirksomhet..... | 25 |
| 6 SÆRLIG OM SAMMENBLANDING I NÆRINGSVIRKSOMHET | 29 |
| 6.1 Innledende betraktninger | 29 |
| 6.2 Kort om problemet gjennom empiri | 29 |
| 6.3 Mellomfinansiering/midlertidig sammenblanding..... | 31 |
| 6.4 Skillet mellom arbeidstakers privatøkonomi og selskapsøkonomien | 35 |
| 7 SÆRLIG OM AVKASTNING I NÆRINGSVIRKSOMHET | 39 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 7.1 | Er avkastning av næringsvirksomhet som skjevdelingsmiddel, også skjevdelingsberettiget? | 39 |
| 7.2 | Kort om beregningsutfordringer for avkastning | 41 |
| 8 | ET LIKESTILLINGSPERSPEKTIV | 43 |
| 8.1 | Fungerer skjevdelingsbestemmelsen kjønnsnøytralt? | 43 |
| 8.2 | Hva er alternativene? | 45 |
| 8.3 | Avsluttende kommentar | 46 |
| 9 | AVSLUTTENDE BEMERKNINGER | 48 |
| 10 | LITTERATURLISTE | 50 |
| 10.1 | Lov og forarbeider | 50 |
| 10.2 | Rettspraksis | 50 |
| 10.3 | Bøker..... | 50 |
| 10.4 | Artikler | 50 |
| 10.5 | Nettsider..... | 51 |

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Det er en kjensgjerning at alle ekteskap opphører før eller siden, enten ved skilsmisse eller ved død. Dersom ektefellene har felleseie skal formuen deres skiftes, og Lov av 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (heretter ekteskapsloven/el.) regulerer det juridiske forholdet mellom ektefeller.¹ Det følger av el. § 57 første ledd bokstav a) at en ektefelle kan kreve deling av ektefellenes samlede formue som er felleseie, når det er gitt bevilling eller avsagt dom for separasjon eller skilsmisse. Ved skifte av felleseie er likedeling lovens klare hovedregel etter el. § 58 første ledd. Et unntak fra likedeling i Norge, er skjevdeling. Det betegnes som retten en ektefelle kan ha til å holde visse verdier utenfor delingsgrunnlaget ved separasjon eller skilsmisse.² Temaet for masteroppgaven er skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd. I bestemmelsen fremkommer det 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 kreves holdt utenfor delingen.»

Hva som anses som skjevdelingsmidler kan i prinsippet være verdier på alt av eiendeler og goder,³ gitt at vilkårene i ekteskapsloven § 59 første ledd er innfridde. Næringsvirksomhet er én type skjevdelingsmiddel, hvor det ofte er tilknyttet formue. Skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet byr på flere utfordringer og reiser ulike problemstillinger.

Hovedproblemstillingen for oppgaven er i hvilke tilfeller en næringsvirksomhets nåverdi «klart kan føres tilbake til» midlene fra den opprinnelige virksomheten som en ektefelle brakte inn i ekteskapet.

Opgavens overordnede problemstilling knytter seg derfor til selve vilkårene for skjevdeling med spesielt fokus på tilbakeføringsvilkåret, og i hvilke tilfeller disse vilkårene er oppfylt slik

¹ Partene må ha formalisert sitt forhold gjennom lovlig vigsel for at ekteskapet skal omfattes av ekteskapsloven, jf. ekteskapsloven § 11. Selv om et samboerskap ligner svært mye på et ekteskap i det «hverdagslige», kan ikke det begrunne analogisk anvendelse for samboere, se Lødrup & Sverdrup (2016) s. 347.

² Eeg (2006) s. 291

³ Eiendeler med personlig eller spesiell karakter, omfattes av særskilte unntak fra delingen etter ekteskapsloven § 61

at verdier i næringsvirksomhet kan skjevdeles. Ordlyden i ekteskapsloven § 59 første ledd gir noen kriterier og dermed noen utgangspunkter. Likevel løses ikke alle problemer av bestemmelsen. Næringsvirksomheter er i stadig dynamisk endring grunnet forskjellige faktorer,⁴ og som konsekvens av det svinger verdien under ekteskapet. Det kan for eksempel skje forandringer i næringsvirksomheten gjennom ombygging av eiendeler eller organisasjonsform, slik at innhold og struktur endres. Et annet tilfelle er endring gjennom sammenblanding av midler. Næringsvirksomheten kan også forandres ved at nye midler oppstår som følge av driften, og det må da vurderes om avkastningen er å anse som skjevdelingsmidler. Formuesverdien av næringsvirksomheten må, selv etter disse forandringene, «klart [kunne] føres tilbake til» skjevdelingsmidlene ved inngangen av ekteskapet for å kunne skjevdeles, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd.

1.2 Aktualitet

I september 2020 avsa Høyesterett HR-2020-1760-A. Saken omhandlet skjevdeling av eierektefellens verdier i næringsvirksomheter som han også jobbet i. Ved tidspunktet for ekteskapsinngåelsen eide ektefellen 25 prosent av aksjene i selskapet. Under ekteskapet solgte eierektefellen seg ut av selskapet som virksomheten ble drevet i, og var med på etableringen av to nye selskaper, der virksomheten ble videreført. Da han skulle skifte med den fraseparerte ektefellen, krevde eierektefellen at verdiene i de nye selskapene skulle skjevdeles i sin helhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd. I likhet med tidligere instanser, kom Høyesterett enstemmig frem til at skjevdelingskravet ikke kunne tas til følge. Den nylige avsagte høyesterettsdommen, som muligens er den eneste om skjevdeling av verdi i næringsvirksomhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd,⁵ viser at problemstillingen er svært aktuell.

Skjevdelingsregelen er også veldig viktig av praktiske årsaker, da skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet får stor betydning for hvordan verdier fordeles mellom ektefeller i et skifteoppgjør. Etter tall fra Statistisk Sentralbyrå (heretter SSB) er det i senere årene blitt inngått rundt 23 000 ekteskap årlig i Norge, med noen mindre svingninger fra år til år.⁶ Selv

⁴ Nærmere om særtrekk ved næringsvirksomhet som formuesgode i punkt 3

⁵ Se punkt 2.3 for ulike dommers rettslige spørsmål om skjevdeling av næringsvirksomhet

⁶ Ifølge SSB (2021b) (2020c) ble det i 2020 bare inngått i overkant av 16 000 ekteskap. Derimot kan det kanskje begrunnes av særtilstanden som kom med koronapandemien og preget samfunnet.

om andelen samboere har økt gradvis fra 1980-tallet, er fortsatt rundt 70 prosent av alle voksne par i 2020 gift. Videre er det omtrent 10 000 skilsmisser og 10 000 separasjoner hvert år.⁷ For å oppsummere er i underkant $\frac{3}{4}$ av alle par ektefeller hvor det juridiske forholdet reguleres av ekteskapsloven, og om lag 40 prosent av alle ekteskap oppløses.⁸

SSB har ikke rene tall på hvor mange ektefeller som driver egen næringsvirksomhet, men ved inngangen av 2021 var det registrert rett over 606 000 virksomheter i Norge.⁹ Ved å sammenfatte antall ekteskap og skilsmisser med antall virksomheter, er det sannsynlig at en person som driver virksomhet både gifter seg og skiller seg opptil flere ganger i løpet av livet. Ved skiftet må eierektefellen ta stilling til delingsoppgjør av verdier, og om næringsvirksomheten kan holdes utenfor likedelingen. Det kan være tale om store verdier tilknyttet bedriften, og det har vært uklart hvordan spørsmålet om skjevdeling av næringsvirksomhet skal løses. Mange tvister kan oppstå, men sakene blir ofte forlikt før dom i første instans.¹⁰ Tema fortjener derfor en mer dyptgående analyse.

1.3 Avgrensninger

Skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet er komplekst og består av mange problemstillinger. Av hensyn til oppgavens omfang, er det gjort flere avgrensninger. Som tittelen tilsier, er det først og fremst næringsvirksomhet det settes søkelys på fremfor øvrige skjevdelingsmidler. Næringsvirksomhet har særegne trekk det er interessant å fordype seg i med tanke på ekteskapsloven § 59 første ledd. Det fokuseres heller ikke på vilkårene «ervert ved arv, eller ved gave». Likevel kan eksemplene som brukes om næringsmidler ved ekteskapsinngåelsen, også være overførbare til arv- og gavesituasjoner.

En problemstilling som ikke adresseres, er hvordan et eventuelt skjevdelingskrav skal beregnes. På et teoretisk plan er det viktig å skille klart mellom hva som er *vilkårene* for å kunne skjevdele næringsvirksomhetens verdi på den ene siden og hvordan skjevdelingskravet skal *beregnes* på den andre siden, for å lettere belyse ulike rettslige problemer i praksis.

⁷ SSB (2021b), tabell «Inngåtte ekteskap, skilsmisser og separasjoner»

⁸ SSB (2020) s. 13

⁹ SSB (2021a), tabell «Antall virksomheter etter størrelse»

¹⁰ Lie (2012) s. 79

Omfangsbegrensninger gjør at oppgaven bare fordypes i førstnevnte hovedspørsmål. Avgrensningen utelukker også verdsettelsesmodeller.

Gjeld kunne vært drøftet på ulike måter, som hvordan gjeldsopptak under ekteskapet påvirker hvor mye som klart kan tilbakeføres til inngangsmidlene. Det samme gjelder personlig goodwill, latent skatt, betydning av selskapsavtaler, andre omsetningsbegrensninger og muligheten i ekteskapsloven § 44 for en ektefelle til å si ifra seg retten til skjevdeling. Problemstillingene er interessante, men krever omfattende behandling og gis derfor ikke plass i oppgaven.

Videre kan den andre ektefellen ha bidratt til verdiskapning i næringsvirksomheten, i form av for eksempel kapitalinnskudd eller arbeidsinnsats. Det kan gi interessante rettslige problemer i vurderingen av eierektefellens skjevdelingskrav, men det har ikke vært rom for en slik analyse.

Skjevdeling har også utenfor Norge fått en større betydning. Likevel er det i andre land en relativt snever adgang til å skjevdele sammenlignet med norsk rett.¹¹ Av hensyn til oppgavens omfang, er det besluttet å ikke ha med en komparativ sammenligning med andre nordiske lands ekteskapsrett.

Hvis skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 første ledd vil føre til et «åpenbart urimelig resultat», kan skjevdelingsretten helt eller delvis falle bort etter § 59 andre ledd. Ved vurderingen skal det legges vekt på «ekteskapets varighet» og «ektefellenes innsats for familien». Bestemmelsen begrenser adgangen til skjevdeling der en ektefelle i utgangspunktet har rett til å skjevdele. Dersom en ektefelle ikke oppfyller vilkårene etter første ledd, kan ektefellen etter § 59 tredje ledd likevel gis rett til å holde hele eller deler av verdien utenfor delingen der «sterke grunner» taler for det. Tredje ledd utvider altså en ektefelles adgang til å holde verdier utenfor delingen. Problemstillingen i oppgaven knyttes til skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd, og vil bare nevne § 59 andre og tredje ledd der det er aktuelt som alternativ.

1.4 Videre fremstilling

¹¹ Frantzen (2004) avsnitt 4.4

For å kunne besvare oppgavens hovedproblemstilling, tas det utgangspunkt i *vilkårene* for skjevdeling, med spesielt fokus på tilbakeføringsvilkåret og beviskravet. Hovedtyngden vil ligge på hva som skal til for å skjevdele nåverdi av næringsvirksomhet, herunder hva som «klart kan føres tilbake til» midlene fra den opprinnelige virksomheten.

Ekteskapsloven § 59 første ledd er en del av et større regelsett for skifteoppgjør. Ettersom andre regler i ekteskapsloven har betydning for spørsmålet om verdi i næringsvirksomhet kan skjevdeles, gis det en kortfattet fremstilling av rettslige utgangspunkter i kapittel 2. Her nevnes også kort skjevdelingens begrunnelse i skifteoppjøret samt dommer som behandler spørsmål om skjevdeling av verdi i virksomhet.

Det trengs en forståelse av hva begrepet næringsvirksomhet omfatter og hvilke utfordringer som knyttes til akkurat næringsvirksomhet, for å se hva som skal til for å skjevdele verdier i næringsvirksomhet. Disse spørsmålene tas opp i kapittel 3.

Videre blir tilbakeføringsvilkårets vurderingstema, beviskrav og bevisbyrde behandlet i kapittel 4. I kapittel 5 ses det nærmere på hva som kreves for at verdi av næringsvirksomhet oppfyller tilbakeføringsvilkåret, tross ombyttingstilfeller. Kapittel 6 har en analyse av hvordan ulike tilfeller av sammenblanding virker inn på tilbakeføringskravet. I kapittel 7 ses det på om avkastning av næringsvirksomhet som skjevdelingsmiddel også «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen.

I kapittel 8 tas det opp hvorvidt skjevdelingsbestemmelsen i § 59 første ledd er en kjønnsnøytral regel, både generelt og sett i lys av næringsvirksomhet med dets problemstillinger. Til sist inneholder kapittel 9 avsluttende bemerkninger.

2 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

2.1 Oversikt over skifteoppgjøret

Ekteskapsloven § 59 første ledd er en bestemmelse i et regelkompleks som regulerer det økonomiske oppgjøret mellom ektefeller. Det vil derfor gis en kortfattet fremstilling for å få bedre kjennskap til ekteskapsloven § 59 første ledd.

Det følger av ekteskapsloven § 65 første ledd at ektefeller har avtalefrihet i skifteoppgjøret. Ektefellene kan bli enige om hvilken fordeling av eiendeler og verdier de ønsker å ha, og kan fravike det som ellers ville fulgt av loven.¹² Dersom ektefellene ikke blir enige, skjer delingen etter ekteskapslovens øvrige regler. Felleseie og særeie er begrepene som brukes om ektefellenes formuesordning. Er eiendelene felleseie, går verdien inn i delingsgrunnlaget. Ektefellene har felleseie om de ikke har avtalt noe annet. Det fremkommer av ordlyden i ekteskapsloven § 58 første ledd om likedeling, da «ektefellenes samlede formuer skal som utgangspunkt deles likt». Særeie innebærer på sin side at ektefellens verdier eller eiendeler kan holdes utenfor delingen, jf. ekteskapsloven § 42 første ledd.

Fordi spørsmålet ved skjevdeling av næringsvirksomhet er om nåverdien kan føres tilbake til inngangsverdien, er det relevant å undersøke hva inngangsverdien var og hva nåverdien er. Verdsettelse av eierektefellens næringsvirksomhet på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen kan skape utfordringer, og det står ikke direkte i ekteskapsloven hvordan skjevdelingsformuens inngangsverdi skal verdsettes. I et aksjeselskap,¹³ må eierektefellens aksjer anses som «midler» en ektefelle hadde ved inngåelsen av ekteskapet, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Det er da aksjene som skal verdsettes. Ved enkeltpersonforetak er det mer usikkert hva som kan identifiseres som formuesgoder tilhørende bedriften, og hvordan de aktuelle formuesgodene skal verdsettes. Kvitteringer fra aktiva ektefellen bruker i sitt foretak, kan bevise hvilke formuesgoder som skal telles som «midler» eierektefellen hadde ved ekteskapsinngangen.¹⁴ Kvitteringene kan også ha en rolle i å bevise hva som var inngangsverdien av enkeltpersonforetaket.

¹² Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 124

¹³ Se punkt 3.1 for nærmere utdyping om enkeltpersonforetak og aksjeselskap

¹⁴ Eeg (2006) s. 304

Det er formuesverdiene ektefellene hadde på skjæringstidspunktet som skal deles likt, jf. ekteskapsloven §§ 58 og 60 første ledd. Nåverdien av formuen må verdsettes, og det følger av ekteskapsloven § 69 andre ledd jf. § 60 at verdsettelsestidspunktet svarer til skjæringstidspunktet, såfremt eierektefellen eier eiendelen «fullt ut». Næringsvirksomhet kan stige i verdi etter skjæringstidspunktet, men formue eller gjeld som eierektefellen skaffer seg etter dette tidspunktet skal ikke inngå i delingsgrunnlaget, jf. ekteskapsloven § 60 andre ledd og tredje ledd.

2.2 Kort om skjevdelingsregelens begrunnelse

For å forstå ekteskapsloven § 59 første ledd må det ses nærmere på begrunnelsen for skjevdelingsregelen, med de hovedhensyn som lovgiver fremhevet som bestemmende. Hovedsakelig bygger delingsreglene for formue på en avveining mellom rimelighetshensyn og retts tekniske hensyn på familierettens område. Hensynene som begrunner likedeling av ektefellers formuer i ekteskapsloven § 58 første ledd, er de samme hensyn som begrenser hovedregelens utstrekning og begrunner skjevdelingsregelen i § 59 første ledd.

Likedelingsregelen i ekteskapsloven § 58 første ledd er begrunnet med «det fellesskap av økonomisk og annen art» som er mellom ektefellene.¹⁵ Tanken er at ektefeller ofte organiserer samlivet slik at de verdier som opparbeides i løpet av ekteskapet, er skapt av ektefellenes felles innsats. Ekteskapet blir særegent på grunn av fellesskapet, og det er derfor rimelig at alle verdier deles likt ved skifteoppjøret.¹⁶ Skjevdelingsregelen følger motsetningsvis av begrunnelsen for likedeling. Midler som en ektefelle hadde ved ekteskapsinngåelsen, eller som senere er ervervet gjennom arv eller gave fra andre enn ektefellen, er ikke et produkt av fellesinnsatsen.¹⁷ Da blir likedeling ansett som urimelig. Begrunnelsen er at likedelingsregelen ikke skal strekke seg lengre enn hva som blir sett som rimelig etter en økonomisk innsatsbetraktning.

I utformingen av skjevdelingsregelen var retts tekniske og bevismessige hensyn sentrale. En av målsetningene med beviskravet «klart» og at bevisbyrden skulle ligge på ektefellen som *krevde skjevdeling*, var å «reduere mulighetene for uklarhet og tvister i forbindelse med hva

¹⁵ NOU 1987: 30 s. 79

¹⁶ Ot.prp nr. 28 (1990-1991) s. 66

¹⁷ NOU 1987: 30 s. 79

som kan være gjenstand for skjevdeling».¹⁸ Eierektefellen gis derfor ikke rett til å skjevdele etter ekteskapsloven § 59 første ledd dersom beviskravet «klart» ikke er oppfylt. Da er det naturlig å falle tilbake på hovedregelen om likedeling.

Skjevdelingsreglene eksisterer også til dels fordi ektefeller ikke har inngått ektepakt om særeie, eller giver/arvelater ikke har satt særeievilkår, i tilfeller hvor det kanskje burde vært gjort. Ekteskapsutvalget uttalte at likedeling i noen tilfeller kan virke støtende, også for midler ervervet under ekteskapet. De ønsket innenfor bestemte grenser å åpne adgang til å fravike likedelingsregelen, da muligheten for å «skille seg til penger» burde holdes innenfor en begrenset ramme. En del av flertallets begrunnelse for innføring av skjevdelingsordningen i 1991, var nettopp at en giver/arvelater ikke trengte å ha spesialkunnskap om at gaven/arven måtte gis som særeie.¹⁹ Selv om det også er klare forskjeller i regelsettene, handler likevel begge om å kunne unnta verdier fra deling ved skilsmisse. Skjevdeling kan da være et slags substitutt for særeie i tilfeller hvor særeie burde vært avtalt i form av ektepakt etter ekteskapsloven § 42 første ledd, eller som særeievilkår hos giver/arvelater, men ikke er det.

2.3 Rettspraksis om skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet

Det finnes mange dommer om skjevdeling generelt, men svært få som har tatt opp spørsmål om skjevdeling av næringsvirksomhet. I Rt. 2001 s. 572 opprettet ektefellen en legepraksis som enkeltpersonforetak under ekteskapet, og omdannet senere praksisen til et aksjeselskap. Året etter ble ektefellene separert. Hovedspørsmålet var knyttet til verdsettelsen i ekteskapsloven § 69, men eierektefellen krevde subsidiært skjevdeling av verdiene i næringsvirksomheten. Skjevdelingskravet gikk på ekteskapsloven § 59 tredje ledd, fordi verdiene i næringsvirksomheten ble opparbeidet under ekteskapet. Eierektefellen fikk ikke medhold i at det var «sterke grunner» for å holde utenfor hele eller deler av verdien av felleseie, som kreves i ekteskapsloven § 59 tredje ledd. Dommen omhandlet skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet, men ikke etter samme vurdering som ekteskapsloven § 59 første ledd, da tredje ledd anses som en snever unntaksregel.

¹⁸ NOU 1987: 30 s. 83-84

¹⁹ NOU 1987: 30 s. 81

Videre hadde eierektefellen i Rt. 2015 s. 710 (Aksjehandelskontodommen) satt salgssummen fra leiligheten han hadde brakt inn i ekteskapet og leieinntektene av denne før den ble solgt, på en aksjehandelskonto. Han opprettet et investeringsselskap og «daytraded» i flere år med midlene fra kontoen. Ved skiftet krevde eierektefellen skjevdeling av en fritidsbåt, en personbil og deler av investeringsselskapet etter ekteskapsloven § 59 første ledd. Eierektefellen mente at verdien av disse midlene «klart kunne føres tilbake til» leiligheten, men fikk ikke medhold. Selv om deler av verdien som kreves skjevdelt kommer fra investeringsselskapet og dømmes etter ekteskapsloven § 59 første ledd, omhandler dommen tilbakeføring til leilighet og ikke til næringsvirksomhet ved ekteskapsinngåelsen. Faktum skiller seg derfor fra fokuset i denne oppgaven.

HR-2020-1760-A kan dermed anses som den eneste høyesterettsdommen om skjevdeling av formuesverdi i næringsvirksomhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd, der virksomheten også er skjevdelingsmidlene ved inngåelsen av ekteskapet.²⁰ Den nye dommen har størst overføringsverdi til oppgaven, men det kan også trekkes ut retningslinjer fra de øvrige dommene der det er likheter. På tross av få dommer om skjevdeling av næringsvirksomhet, er det et veldig praktisk viktig problem hvor utfallet har stor betydning i et skifteoppgjør.

²⁰ Se punkt 1.2 om HR-2020-1760-A

3 SÆRTREKK VED NÆRINGSVIRKSOMHET SOM FORMUESGODE

3.1 Hva ligger i begrepet næringsvirksomhet?

For å kunne analysere adgangen til å skjevdele næringsvirksomhet, er det først avgjørende å se nærmere på hva begrepet næringsvirksomhet omfatter og innebærer.

Ordet «næringsvirksomhet» er satt sammen av to komponenter. «Virksomhet» er en organisasjon som produserer varer og/eller tjenester. Det kan betegne en juridisk person, men kan også knyttes til en næringsdrivende. Andre ord for virksomhet er firma, foretak, bedrift eller selskap. Det finnes både private og offentlige virksomheter som kan være kommersielle, ikke-kommersielle eller ideelle. «Næring» har flere betydninger, men sett i kontekst kan det defineres som virksomhetens hovedbeskjeftigelse. Hovedaktiviteten er kommersiell, og denne næringskilden brukes slik at det i et marked forsøkes å skape fortjeneste. Næringsvirksomhet kan derfor forstås som etablering, utvikling og drift av en organisasjon, ved at kommersielle ressurser brukes for å oppnå økonomisk vekst og gevinst.

Begrepet næringsvirksomhet rammer svært vidt, både når det gjelder selskapsformer og næringssektorer. Spennet er alt fra et lite foretak hvor eieren leies inn som tryllekunstner under arrangementer, til et stort konsern som driver en landsdekkende butikkjede med mange tusen ansatte. I 2019, var hele 95 % av alle bedrifter i Norge enkeltpersonforetak eller aksjeselskap.²¹

SSB viser at 66.8% av virksomhetene ikke har ansatte, så den klare majoriteten av alle bedrifter i Norge er enkeltpersonforetak.²² Enkeltpersonforetak eies av en fysisk person og drives for egen regning og risiko. Det gir personlig frihet, men også ansvar. Innehaver av et enkeltpersonforetak kan ha ansatte, men ikke selv være ansatt i eget selskap. Det gjør det mulig å disponere overskuddet slik at det kan tas ut så mye eller lite man vil til privat bruk,

²¹ SSB (2021a)

²² SSB (2021a), tabell «Antall virksomheter etter størrelse». Det kan også være en større prosent, men dette er et sikkert minsteantall

bare det settes av penger til skatt og avgifter.²³ Blant de rundt 406 000 virksomhetene ved inngangen av 2021 som ikke har noen ansatte, er det flest enkeltpersonforetak i næringen for jordbruk, skogbruk og fiske. Det er ofte heltids- eller deltidsbønder som står for disse opp mot 60 000 foretakene. Innen omsetning og drift av fast eiendom er det over 51 000 enkeltpersonforetak, som gjør det til den nest mest populære næringen.²⁴ Tradisjonelt har det vært en overvekt av menn som driver virksomhet i disse yrkene, enten det er plante- og husdyrprodusenter eller enkeltpersonforetak som driver eiendomsinvestering.

Aksjeselskap er på sin side en egen juridisk person. Dette innebærer at eier ikke står personlig ansvarlig for mer enn den innbetalte aksjekapitalen. Det er aksjene som er aktiva i et aksjeselskap. En fordel med denne selskapsformen er at eier også kan være ansatt i eget selskap. Lønn skal utbetales, og det er aksjeselskapet som har arbeidsgiveransvaret.²⁵ Aksjeselskap kan ha sin hovedbeskjeftigelse innen alt fra lakseoppdrett og transport til hudpleie og velvære.

3.2 Næringsvirksomhet i relasjon til ekteskapsloven § 59 første ledd

En problemstilling som kan oppstå i et skifte med næringsvirksomhet innblandet, er om eierektefellen kan skjevdele næringsvirksomheten i sin helhet. Det følger av ekteskapsloven § 59 første ledd at er det «verdien av formue» som kan skjevdeles. Forarbeidene støtter ordlyden, hvor det fremkommer at «[b]estemmelsen gir rett til å beholde en viss del av *verdien* av formuen udelt; den gir ikke rett til naturalutlegg».²⁶ Det er altså ikke muligheter for å holde hele næringsvirksomheten utenfor delingen. Hadde det vært hjemmel i ekteskapsloven § 59 første ledd for å skjevdele hele næringsvirksomheten, kunne man for eksempel ha skjevdelte selve aksjepostene i et aksjeselskap. Ønsker man naturalutlegg må det derimot kreves etter de vanlige reglene i ekteskapsloven kapittel 13. Det er *formuesverdien* knyttet til næringsvirksomheten som er relevant å skjevdele; ikke næringsvirksomheten i seg selv.

²³ Altinn (2020a)

²⁴ SSB (2021a), tabell 1

²⁵ Altinn (2020b)

²⁶ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 121

Formuen som utgjør næringsvirksomheten, må verdsettes slik at man kan finne verdien og det mulige skjevdelingskravet, jf. ekteskapsloven § 69.²⁷

Formuesverdien til en næringsvirksomhet er i konstant endring. Verdien av formue vil som oftest endre seg fra ervervet, under ekteskapet og til skjæringstidspunktet i ekteskapsloven § 60. Eksempelvis kan en rørlegger ha drevet et lite enkeltpersonforetak for seg selv med små verdier da han giftet seg. Oppdragsmengden vokste kanskje etter hvert, så eierektefellen ansatte flere og endret juridisk form til aksjeselskap med millionomsetning. Selskapet kan så ha vært gjennom en finanskrisen hvor verdien ble svært lav, før den etter hvert bygde seg opp igjen. Eksempelen viser at markedets svingninger kan medføre at formuesverdien varierer gjennom ekteskapet. Etter ordlyden «klart kan føres tilbake til» i ekteskapsloven § 59 første ledd, hindres ikke muligheten for skjevdeling i seg selv av at næringsvirksomheten er endret. Det er ikke virksomhetens naturalform, slik den så ut ved ekteskapsinngåelsen, som er relevant. Det avgjørende for skjevdeling er at selve verdien av selskapet på skjæringstidspunktet etter ekteskapsloven § 60, «klart kan føres tilbake til» de midlene som elektrikerens hadde i enkeltpersonforetaket da han giftet seg. Det er «verdien av formue» som er ledesnoren for å finne tilbake til midlene, ikke næringssektoren eller den juridiske organisasjonsformen. Så lenge formuesverdiene i aksjeselskapet «klart kan føres tilbake til» midlene rørleggeren hadde i enkeltpersonforetaket da han giftet seg, kan verdien av aksjene skjevdeles. Det er selvfølgelig med forbehold om ekteskapsloven § 59 andre ledd, fordi retten til å utta midler etter første ledd helt eller delvis kan falle bort dersom det vil føre til et «åpenbart urimelig resultat».

3.3 Hvilke utfordringer knyttes til skjevdeling av næringsvirksomhet?

Som fremhevet i forarbeidet, reises det neppe retts tekniske innvendinger mot en skjevdelingsregel når eiendelene som ektefellene hadde med seg ved ekteskapets inngåelse er lette å oppspore, og de er i behold når delingen finner sted. Det ektefellene kan holde utenfor omfatter da verdiene av disse eiendelene.²⁸ Næringsvirksomhetens konstante endring gjør

²⁷ Se punkt 2.1

²⁸ NOU 1987:30 s. 83

derimot at det kan oppstå flere utfordringer ved spørsmål om skjevdeling av verdier i en bedrift.

Det knytter seg raskt problemer til klarhetskravet da det må bevises at formuesverdien «klart» kan tilbakeføres til ekteskapsinngåelsen. Kjøp, salg og sammenblanding av ulike typer midler og selskap kan føre til usikkerhet om hvorvidt formuesverdien tilstrekkelig «klart» kan tilbakeføres. I løpet av eksempelvis 20 år med ekteskap, kan selskapet ha blitt oppkjøpt og et nytt stiftet, kapitalinnskudd av ulike midler er foretatt, organisasjonsformen er endret eller så kan næringsvirksomhetens hovedbeskjeftigelse være utvidet. Ulike forandringer i bedriften gjør det krevende å vurdere om formuesverdien til en næringsvirksomhet «klart» kan føres tilbake til de opprinnelige skjevdelingsmidlene, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Hvis det ikke «klart» kan bevises at verdien kan tilbakeføres til bedriften ved inngangen av ekteskapet, får ikke eierektefellen skjevdelte næringsvirksomheten etter ekteskapsloven § 59 første ledd. Likevel kan en ektefelle fortsatt ha rett til å holde utenfor delingen hele eller deler av verdien av felleseie etter ekteskapsloven § 59 tredje ledd, dersom «sterke grunner taler for det». Denne vurderingen skiller seg fra første ledd.

Et særegent trekk med næringsvirksomhet er den vide favnen som omfatter bedrifter av ulike størrelser innen et stort utvalg av næringssektorer. Med andre ord eksisterer det ikke en standard næringsvirksomhet. Denne variasjonen gjør at skjevdelingsvurderingen blir vanskelig i et ekteskapsoppgjør, med tanke på hvordan virksomhetens nåverdi skal deles i et skifte. Det kan derfor være utfordrende å finne felles retningslinjer for all næringsvirksomhet. Noen av disse sidene ved skjevdeling av næringsvirksomhet vil tas opp i det følgende. I oppgaven vil både næringsvirksomhet, virksomhet, foretak, selskap og bedrift benyttes om hverandre for å skape variasjon i teksten. Betydningen er ment å være den samme som i punkt 3.1.

4 TILBAKEFØRINGSVILKÅRETS VURDERINGSTEMA OG BEVISKRAV FOR NÆRINGSVIRKSOMHET

4.1 Innledende betraktninger

Som ramme for hva som skal til for at en ektefelle kan skjevdele verdier i næringsvirksomhet etter ekteskapsloven § 59 første ledd, må det først ses nærmere på vurderingstema og beviskravets terskel. Hvordan skal «klart kan føres tilbake til» vurderes oppfylt, og hvor høy er bevisterskelen for at formuesverdien «klart» kan tilbakeføres til midler i næringsvirksomhet som eierektefellen hadde med seg inn i ekteskapet?

4.2 Vurderingstema

Det stilles først spørsmål om hva som er vurderingstema i bedømmelsen av om formuesverdien «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd.

Etter ordlyden må det ikke være identiske midler gjennom hele ekteskapets varighet for at formuesverdien skal kunne spores tilbake til de opprinnelige midlene. Kravet er ikke ment å være uoppnåelig, men terskelen er høy, jf. «klart». I forarbeidene tas det opp at problemer kan oppstå der de opprinnelige eiendelene har vært forbrukt, ombyttet, sammenblandet med andre eiendeler, eller hvor en gjenstand har økt i verdi under ekteskapet på grunn av en eller begge ektefellers innsats.²⁹ Uttalelsen fra Justisdepartementets vurdering har karakter av å være en merknad til lovens vurderingstema, men det sies ikke noe spesifikt om næringsvirksomhet eller nærmere om hva vurderingstemaet faktisk er. Det må derfor undersøkes hvilke tolkningsbidrag som kan utledes av rettspraksis.

I Rt. 2015 s. 710 krevde ektefellen å skjevdele en prosentvis andel av verdien til aktiva som var finansiert med midler fra en aksjehandelskonto. Der viser førstvoterende til at «[p]roblemene oppstår når de opprinnelige eiendelene er byttet om med andre formuesgoder

²⁹ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 67

og blandet sammen med ektefellenes likedelingsmidler».³⁰ Høyesterett fremhevet derfor at det sentrale vurderingstema var om «de formuesgodene som kreves skjevdelt, har tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene». ³¹ HR-2020-1760-A viste til Rt. 2015 s. 710 og tok også i bruk vurderingstemaet «tilstrekkelig økonomisk identitet».³² Høyesterett tolkes slik at det sentrale er å finne en overensstemmelse mellom verdien av næringsvirksomheten ved skjæringstidspunktet, og skjevdelingsmidlene ved ekteskapsinngåelsen. Derimot trenger det ikke å være 100 prosent identitet, så lenge gjenkjenneligheten er dekkende nok.

Hva som ligger i «klart kan føres tilbake til», er også behandlet i teorien. Uten at det fremkommer eksplisitt, virker Høyesteretts vurderingstema å bygge på Eegs resonnement i sin doktorgradsavhandling. Der formulerer han at «[s]pørsmålet er om det er (tilstrekkelig) økonomisk identitet mellom det opprinnelige og de aktuelle formuesgoder til at rettighetene i det opprinnelige nå er gått over på de aktuelle».³³ Andre teoretikere har også behandlet temaet. Fredwall viser til at ved å måtte rekonstruere en «tilstrekkelig» økonomisk identitet, har Høyesterett valgt en mellomløsning fremfor en enten-eller-løsning.³⁴ Fredwall kan forstås som at det altså ikke kreves at nåverdien av formuesgodet må være helt gjenkjennbart med det opprinnelige. Vurderingstema kan sies å være en bedømmelse av om et visst innhold i dekkende nok grad kan gjenfinnes eller rekonstrueres.

Fredwall bruker en tursti som en metafor, hvor man må kunne følge stien tilbake til start for at det skal være «tilstrekkelig økonomisk identitet». En slik tilnærming krever et sammenhengende stisystem. Hun fremhever at må det være mulig å gå tilbake på «smulestien» som er lagd. Overført må de opprinnelige midlene som ble tilført felleseiet kunne finnes igjen. Dersom det er nødvendig å kutte vekk grener og kratt for å gjenfinne deler av stien og komme seg tilbake til start, må skjevdelingskravet anses som tapt selv om stien andre steder er sammenhengende. Verdiene er der, men det vil ikke gi rett til skjevdeling da det ikke lengre er tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige midlene.³⁵ Likevel kreves det ikke fullstendig økonomisk identitet – det er nok at identiteten er «tilstrekkelig». Stien må ikke være fullt belyst eller asfaltert slik at den er flat – det er nok at det er en sti som

³⁰ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 33

³¹ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 33

³² HR-2020-1760-A avsnitt 40

³³ Eeg (2006) s. 340

³⁴ Fredwall (2020) s. 273

³⁵ Fredwall (2020) s. 274

gjør det mulig å følge de aktuelle verdiene hele veien tilbake til de opprinnelige midlene.³⁶ Fredwalls metafor anses som et illustrerende eksempel på hvordan nåverdien må ha tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene, og vil derfor brukes gjennomgående i oppgaven der det er naturlig.

I tilfeller hvor det er enkelt å rekonstruere en direkte ombytting eller overføring, er det klart en tilstrekkelig økonomisk identitet. Motsatt er det klart utilstrekkelig dersom det er en fullstendig økonomisk sammenblanding mellom ulike midler. De konkrete og nyanserte vurderingene kommer i spennet mellom de klare ytterpunktene av tilbakeføringsvilkåret.³⁷ Det er i disse tilfellene de rettslige problemene oppstår, og grenser må settes på hva som faller innenfor og hva som faller utenfor ordlyden. Om eierektefellens nåverdi av næringsvirksomheten «klart kan føres tilbake til» inngangsmidlene, slik det kreves i ekteskapsloven § 59 første ledd, avhenger etter rettspraksis og juridisk teori om det foreligger «tilstrekkelig økonomisk identitet».

4.3 Beviskravets terskel og bevisbyrde

Det oppstilles så et nærmere spørsmål om hva som ligger i «klart». Ordlyden «klart» tilsier at det ikke er nødvendig med totalt identiske midler, men terskelen er likevel høy. Det står tydelig i forarbeidene at «[d]et kreves mer enn alminnelig bevisovervekt for at det skal kunne legges til grunn at vilkårene for skjevdeling er oppfylt på dette punktet [...]».³⁸ Det kan trekkes ut av forarbeidene at det generelt ikke er nok med sannsynlighetsovervekt på 51 prosent for at skjevdelingsvilkårene er oppfylt – det skal mer til. Selv om ordlyd og forarbeid tilsier at terskelen generelt er høy, kan det stilles spørsmål om beviskravet «klart» har en annen terskel ved skjevdeling av næringsvirksomhet enn ved andre skjevdelingskrav som eksempelvis bolig og bil. Det må undersøkes om rettspraksis gir tolkningsbidrag.

Hvor strengt beviskravet er for næringsformue gjennom vurderingstema «tilstrekkelig økonomisk identitet», tas opp i HR-2020-1760-A som igjen henviser til Rt. 2015 s. 710. Høyesterett siterer uttalelsen fra 2015, hvor det ikke er rom for skjevdeling kun basert på en «beregnet eller indirekte verdimesig sammenheng» med opprinnelige skjevdelingsmidler.³⁹

³⁶ Fredwall (2020) s. 275

³⁷ Fredwall (2020) s. 274

³⁸ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 121

³⁹ HR-2020-1760-A avsnitt 41 viser til Rt. 2015 s. 710 avsnitt 52

Uttalelsen kan tolkes slik at Høyesterett gir uttrykk for hva som er under den nedre grensen for «tilstrekkelig økonomisk identitet».

Eierektefellen som ville skjevdele formuesverdien av bedriften sin i HR-2020-1760-A, anførte at næringsvirksomhet måtte vurderes som et samlet dynamisk formuekompleks av faktiske, rettslige og økonomiske posisjoner når det kom til hva som kunne anses som «tilstrekkelig økonomisk identitet». Førstvoterende var derimot uenig, og sier tydelig at «tilstrekkelig økonomisk identitet» ikke er ment som annet enn det som følger av lovens eget kriterium «klart kan føres tilbake til».⁴⁰ Vedrørende bevisterskelen uttaler førstvoterende Thyness at det «[e]tter min mening [ikke er] grunnlag for å stille andre krav når det gjelder næringsvirksomhet enn det som gjelder for skjevdelingskrav generelt».⁴¹ Uten at det fremkommer klart fra høyesterettsdommen hvorfor beviskravet ved næringsvirksomhet skal være likt som hos andre skjevdelingskrav, kan det tenkes at årsaken bunner at det er samme hensyn som gjør seg gjeldende for alle skjevdelingsmidler. Livsfellesskapet står i sentrum, og det vesentlige er om verdiene er skapt av innsats i ekteskapet eller om de stammer fra skjevdelingsmidler.

Høyesterett viser til Lødrup og Sverdrups oppsummering av hvem som har bevisbyrden og hva som er beviskravet i tilknytning til ombytnings- og sammenblandingstilfellene.⁴² De skriver i «Familieretten» «[a]t bevisbyrden ligger på den som krever skjevdeling, betyr ikke at den konkrete pengestrømmen må følges i detalj gjennom alle ombytninger. Prinsippet om fri bevisbedømmelse gjelder også her, og dommeren kan være overbevist om at verdiene finnes hos ektefellen, selv om ikke alle ombytninger kan dokumenteres fullt ut. Blir de konkrete beviskravene for strenge, kan det føre til uheldig favorisering av ektefeller som «samler på papirer» og slik kan dokumentere et hendelsesforløp nøyaktig».⁴³ Førstvoterende Thyness henvisning tolkes slik at Høyesterett gjennom Lødrup og Sverdrups begrunnelse ønsker en balanse. Beviskravet er høyt fordi verdier i et skifteoppgjør ikke skal kunne unntas for lett når man har levd sammen i et økonomisk fellesskap. Samtidig skal ikke «klart» tolkes så strengt at bare særlig organiserte eller «kalkulerte» ektefeller gis muligheten til å skjevdele næringsvirksomheten.

⁴⁰ HR-2020-1760-A avsnitt 43

⁴¹ HR-2020-1760-A avsnitt 43

⁴² HR-2020-1760-A avsnitt 45

⁴³ Lødrup & Sverdrup (2016) s. 273

For å nå opp til terskelen «klart» i ekteskapsloven § 59 første ledd, kan det sies at det er et krav å kunne følge stien hele veien tilbake til start.⁴⁴ Derimot aksepteres ujevnheter i underlaget, fordi det skal ikke avskjære muligheten for skjevdeling at ikke absolutt alt er dokumentert. Beviskravet «klart» ligger høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men er samtidig ikke i nærheten av det strafferettslige beviskravet «bevist utover enhver rimelig tvil». Det er i tillegg klarlagt av Høyesterett at beviskravet for verdier i næringsvirksomhet ikke er annerledes enn hos øvrige gjenstander for skjevdeling.

I de følgende kapitlene skal det analyseres om ulike typer endringer i bedriften likevel innebærer at nåverdien «klart kan føres tilbake til» den opprinnelige næringsvirksomheten ved ekteskapsinngåelsen, etter ekteskapsloven § 59 første ledd. For alle disse tilfellene er bevisterskelen lik som for øvrige skjevdelingsmidler, og vurderingstema er «tilstrekkelig økonomisk identitet».

⁴⁴ Se punkt 4.2 om Fredwalls metafor

5 SÆRLIG OM SURROGASJON I NÆRINGSVIRKSOMHET

5.1 Innledende betraktninger

Som beskrevet i punkt 3 er den dynamiske karakteren et kjennetegn ved næringsvirksomhet. Virksomheter endrer seg fra sin opprinnelse gjennom ombygging av formuesverdier. For eksempel kan en tømrer ha et enkeltpersonforetak før han gifter seg, men endre bedriften til et aksjeselskap underveis i ekteskapet. Da har næringsvirksomhet skiftet juridisk organisasjonsform. Det kan også være en butikk hvor det opprinnelig bare var klær i varesortimentet, mens eierektefellen i løpet av ekteskapets tid bestemte seg for å også selge interiør. På denne måten endres innholdet i omløpsmidlene som utgjør formuekomplekset. Et tredje tilfelle er bonden som driver gårdsbruk med griser når hun inngår ekteskap, men som etter hvert bestemmer seg for å også drive med melkekyr. Slik utvider hovedbeskjeftigelsen seg. Disse eksemplene er ment for å vise variasjonen i virksomheter som på forskjellige måter gjennomgår endringer i form av ombygging. Det rettslige spørsmålet er hva som skal til for at verdier i næringsvirksomhet har tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige næringsmidlene, selv om det er gjort ombygginger, slik at det er surrogasjon som kan skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

5.2 Nærmere om begrepet surrogasjon

Ordet surrogasjon kan sies å være en utspredd generell betegnelse for at «rettigheter følger med når et rettighetsobjekt erstattes av andre aktiva, slik at surrogatet (erstatningsmiddelet) deretter er gjenstand for rettighetene».⁴⁵ Adgangen til å skjevdele selv om surrogasjon har funnet sted, er uomstridt.⁴⁶ Dersom ombygging skjer på en slik måte at formuesgoder som ektefellen har ved skjæringstidspunktet «klart kan føres tilbake» gjennom en eller flere ombygginger av ektefellenes opprinnelige formuesgoder, er det foregått en surrogasjon som

⁴⁵ Eeg (2006) s. 222

⁴⁶ Ordlyden stenger ikke for at surrogasjon skal omfattes av tilbakeføringsvilkåret. Det står også i NOU 1987:30 (1990-1991) s. 83 at hvis «hustruens aksjer er solgt og salgssummen er investert i ny fritidsbolig, vil skjevdelingsregelen nå omfatte denne». Det taler for at surrogasjon ikke hindrer skjevdeling. Juridisk teori er også samstemt om at det er et alminnelig surrogasjonsprinsipp, se eksempelvis Eeg (2006) s. 341.

har innfridd vilkårene i ekteskapsloven § 59 første ledd. Det er i tråd med alminnelige formuerettslige surrogasjonsprinsipper, som anses for å være kjerneinnholdet av tilbakeføringsvilkåret.⁴⁷ Surrogasjon er riktignok bare et navn på resultatet av ombytting, i tilfeller hvor verdier faktisk kan skjevdeles.⁴⁸ En annen sak er *om* eierektefellen kan sannsynliggjøre en relevant årsakskjede tilstrekkelig «klart» når det er foregått ombyttinger i en virksomhet, slik ordlyden i ekteskapsloven § 59 første ledd krever.

5.3 Ombytting av formuesgoder generelt i næringsvirksomhet

Det rettslige spørsmålet er dermed hva som kreves for at verdier i næringsvirksomhet fortsatt har tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige næringsmidlene, tross ombytting.

«Klart kan føres tilbake til» tilsier ikke at ombytting i seg selv er en del av ordlyden. Likevel er ombytting en mulig årsak til at tolkning og bruk av beviskravet «klart», volder problemer for om ombyttingen er en surrogasjon av midler. Som beskrevet i punkt 4.3, fremhever ordlyd og forarbeid at det kreves mer enn alminnelig bevisovervekt.⁴⁹ Ved vurderingen av forslaget til det som tilsvarende ekteskapsloven § 59 første ledd til tredje ledd, mente Ekteskapslovutvalgets flertall at ombytting var en av to tilfeller som kunne reise retts tekniske problemer. De fant det derfor nødvendig med en nærmere undersøkelse, og nevnte «de såkalte *sammenblandings- eller surrogattilfellene*».⁵⁰ Utvalget gikk derimot ikke nærmere inn på *hva* som kreves for at ombytting «klart kan føres tilbake til» inngangsmidlene etter ekteskapsloven § 59 første ledd, hverken for skjevdelingsmidler generelt eller for næringsvirksomhet spesielt. Forarbeidet stadfestet kun at surrogasjon kan skjevdeles. Det må derfor søkes nærmere avklaring i øvrige rettskilder.

Førstvoterende i HR-2020-1760-A sa seg enig i Lødrup og Sverdrups uttalelse om at beviskravet ikke krever at «den konkrete pengestrømmen må følges i detalj for alle ombyttinger».⁵¹ Utsagnet kan forstås som at det ikke er nødvendig med absolutt transparens i

⁴⁷ Eeg (2008) s. 218

⁴⁸ Eeg (2008) s. 224

⁴⁹ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 121

⁵⁰ NOU 1987: 30 s. 83

⁵¹ HR-2020-1760-A avsnitt 44 og 45. Se også punkt 4.3 for hele uttalelsen tilknyttet bevisbyrden og beviskravet

hvordan formuesgodene er ombyttet. Likevel gir den ingen nærmere tolkningsbidrag på hva som skal til for at det har skjedd en surrogasjon av formuesgoder gjennom ombyttede midler. Øvrig rettspraksis gir heller ingen retningslinjer for hva som kreves.

Ifølge Eeg er forutsetningen for surrogasjon at aktiva som aksjene i et selskap er surrogat for, altså foretakets aktiva ved ombyttingen, faktisk kan tilbakeføres til midlene som ektefellen hadde ved ekteskapsinngåelsen. Det kan derfor være vanskelig å tillate skjevdeling dersom formuesgodene ikke lengre er de samme.⁵² Her kan det trekkes linjer til Fredwalls bilde av «smulestien». Tilbakeføringsvilkåret innebærer at det ikke hjelper med en godt synlig sti på byttet mellom midler og nye aksjer, hvis stien ikke er gjenkjennbar mellom midlene rett før ombyttingen og de opprinnelige midlene som var i selskapet før ekteskapsinngåelsen. Likevel gir heller ikke teorien konkrete retningslinjer på hva som skal til for at ombytting har tilstrekkelig økonomisk identitet, og dermed anses som surrogasjon som kan skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

I en vurdering av om verdiene etter ombyttingen har tilstrekkelig økonomisk identitet, kan det ses til bakgrunnen for skjevdelingsregelen. De reelle hensynene som gjør seg gjeldende, må anvendes konkret ut fra omstendighetene som foreligger. Det kan være illustrerende med noen eksempler der hensynene brukes i vurderingene. Et tilfelle er en fysioterapeut som har et enkeltpersonforetak innen fysioterapi før hun gifter seg, og som i løpet av ekteskapet gjør bedriften om til en større klinikk og da oppretter et aksjeselskap. Den juridiske organisasjonsformen byttes om, og spørsmålet blir om det har skjedd en surrogasjon av enkeltpersonforetakets aktiva til aksjeverdier. Det kan argumenteres for at nettoverdien av enkeltpersonforetakets eiendeler, rettigheter og forpliktelser vil utgjøre aksjekapitalinnskuddet. Da de opprinnelige midlene fra enkeltpersonforetaket ikke er et produkt av fellesinnsatsen mellom ektefellene,⁵³ skal ikke likedelingsbegrunnelsen strekkes lengre enn hva som anses rimelig etter en økonomisk innsatsbetraktning. Rimelighet tilsier at aksjenes verdi er surrogat for de midlene som eierektefellen hadde med seg inn i ekteskapet. En slik «ren» ombytting gir heller ingen bevismessige problemer, jf. «klart», så også retts tekniske hensyn taler for at nåverdien har tilstrekkelig økonomisk verdi. Det kan

⁵² Eeg (2006) s. 344

⁵³ NOU 1987: 30 s. 79

argumenteres for at det er gjennomført en surrogasjon som kan skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

Et annet tilfelle er en eierektefelle med egen taktekker- og blikkenslagerbedrift før ekteskapsinngåelsen, som jevnlig under ekteskapet kjøper nye verktøy og materialer i virksomheten. Han gjør da ombyttinger i formuekomplekset. Regnskapene kan kanskje fremstå som litt mangelfulle dersom tidsperioden er lang. Rettstekniske og bevismessige hensyn taler da mot at eierektefellen skal få skjevdele, fordi det var en sentral målsetning å redusere mulighetene for tvister i forbindelse med hva som kan være gjenstand for skjevdeling.⁵⁴ For ektefellen kan det virke urettferdig å måtte likedele formuesverdien for at ombyttningene ikke er «klar[e]» nok, når verdiene i det store og hele er i behold fra ekteskapsinngåelsen. Likevel skal man være varsom for å ikke uthule vernet som ligger i «klart», ettersom det er en sikkerhetsventil for den andre ektefellen at man faller tilbake på hovedregelen om likedeling i tilfeller med usikkerhet. Det er også rimelig at formuesgoder opparbeidet i ekteskapet skal være likedelingsmidler. Ved delvis skjevdeling, vil de formuesgodene som «klart kan føres tilbake til» inngåelsen av ekteskapet skjevdeles, mens resten av formuekomplekset deles likt etter ekteskapsloven § 58 første ledd.

Etter en rettskildeanalyse er det mangel på presise retningslinjer for hva som skal til, for at ombytting av midler har tilstrekkelig økonomisk identitet og anses som surrogasjon slik at nåverdien «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen i medhold av ekteskapsloven § 59 første ledd. Rettsanvenderen må derfor bygge på en mer konkret bevisvurdering for hvert enkelt saksfaktum. Dette gjelder spesielt i forbindelse med ombytting av formuesverdier i næringsvirksomhet fordi tilfellene er så mangfoldige.

Ombyttingstilfellene, dersom de når Høyesterett, må derfor avgjøres konkret ut fra omstendighetene som foreligger.

5.4 Et særlig spørsmål tilknyttet ombytting av formuekompleks i næringsvirksomhet

⁵⁴ NOU 1987: 30 s. 83-84

Etter en gjennomgang av rettskildene, er det ingen konkrete retningslinjer, så det må vurderes konkret. En annen problemstilling under spørsmålet om ombytting resulterer i surrogasjon som kan skjevdeles, oppstår spesielt i tilfeller med ombytting av *formuekompleks*. Det er stor variasjon i hva formuekomplekset består av, og rettighetsposisjoner, varesortiment og driftsløsøre er under stadig forandring. Noen omløpsmidler er ment for å skiftes ut ofte, som for eksempel varelager i butikker med fast retail. Andre omløpsmidler, som driftsløsøre i et anleggssfirma, er av mer varig karakter da anleggsmaskiner har lengre levetid.

Skal «verdien av formue» tolkes som formuesverdien til hele næringsvirksomheten som sådan, eller som formuesverdien til hver av de enkelte eiendelene og rettighetene i omløp? Dersom det er sistnevnte, må det bevises at *hver eiendels formuesverdi* «klart kan føres tilbake til» næringsmidlene ved ekteskapets inngåelse for at eierektefellen kan kreve skjevdeling, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Det vil i tilfelle gjøre det mer krevende å få skjevdelt verdier i næringsvirksomhet.

Etter ekteskapsloven § 59 første ledd kan «verdien av formue» som «klart kan føres tilbake til» midler en ektefelle hadde ved ekteskapets inngåelse, tolkes som at det er formuesverdien tilknyttet hver enkelt eiendel som må finnes igjen i de opprinnelige næringsmidlene. Ved å bruke Fredwalls metafor, er det ikke mulig å følge smulestien tilbake selv om man kom seg forbi noen utstående grener på et av stedene, når det på andre steder er helt gjengrodd. Det taler for at det må være formuesverdien til hver enkelt av eiendelene og rettighetene. I forarbeidet påpekes det at problemer kan oppstå dersom midlene er byttet om i et annet formuesgode. Videre uttales det at ektefellen må kunne unnta fra deling de verdier som klart kan tilbakeføres, når det er tale om ombytting av formuesgoder.⁵⁵ Likevel gis det ikke tydelig avklaring hva «verdien av formue» i næringsvirksomhet innebærer.

I HR-2020-1760-A viste eierektefellen til vendingen «tilstrekkelig økonomisk identitet», og anførte at næringsvirksomhet må vurderes som et samlet dynamisk formuekompleks av faktiske, rettslige og økonomiske posisjoner.⁵⁶ Førstvoterende tilbakeviste ektemannens forståelse av hvordan næringsvirksomhet skal vurderes i henhold til skjevdeling, og sier at han ikke forstår Aksjehandelskonto-dommen slik at «tilstrekkelig økonomisk identitet» er

⁵⁵ Ot.prp nr. 28 (1990-1991) s. 121

⁵⁶ HR-2020-1760-A avsnitt 42

ment som noe annet enn hva som følger av lovens eget kriterium «klart kan føres tilbake til». «Etter min mening er det ikke grunnlag for å stille andre krav når det gjelder næringsvirksomhet enn det som gjelder for skjevdelingskrav generelt».⁵⁷ Høyesterett tolker ordlyden bokstavelig. «Verdien av formue» som «klart kan føres tilbake til» midler ved ekteskapsinngåelsen, krever derfor at verdien av hvert enkelt formuesgode må ha tilstrekkelig økonomisk identitet for å kunne skjevdeles – også i tilfeller med næringsvirksomhet.

Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet, men går ikke nærmere inn på begrunnelsen for hvorfor det ikke er grunnlag for å stille andre krav når det gjelder næringsvirksomhet enn det som gjelder for øvrige skjevdelingsverdier ellers. Problemet er også behandlet i juridisk teori, hvor det både er argumentert for at næringsvirksomhet skal likestilles med andre skjevdelingsmidler, og for at næringsvirksomhet kommer i en særstilling i relasjon til tilbakeføringsvilkåret.

Giertsen er av den oppfatning at formuesverdien må relateres til virksomheten som helhet, da «[d]et er det samlede formuekomplekset slik det er til enhver tid som sammen med arbeidskraften konstituerer den økonomiske virksomhet som ektefellen utøver».⁵⁸ Han mener at å drøfte hver av de enkelte eiendelene og rettighetene gir en kunstig oppsplitting av komplekset, og at «[e]n vil gå glipp av det vesentlige, som er at skjevdelingskravet knytter seg til en driftsenhet».⁵⁹ Eeg mener motsetningsvis at de aktiva som foretaket består av på skjæringstidspunktet i henhold til ekteskapsloven § 60 første ledd, ikke kan anses som de samme aktiva som da ekteskapet ble inngått. Derfor må tilbakeføringskravet også i tilfeller med næringsvirksomhet gjelde slik at det kreves tilstrekkelig økonomisk identitet mellom de nåværende aktuelle formuesgoder, og de midler ektefellen hadde da ekteskapet ble inngått. Til forskjell fra Giertsen, har Eeg en annen mening om hva som er vesentlig. «Etter mitt syn er ikke det vesentlige for et delingsoppgjør mellom ektefeller *hva slags* midler en ektefelles formue består av, men at det nettopp er et *livsfelleskap* som oppløses. Det er de økonomiske konsekvensene av denne oppløsingen som skal trekkes, og ikke en vurdering av i hvilken grad ekteskapsoppløsningen bør influere på en mulig fortsatt drift av foretaket».⁶⁰

Juridisk teori kan brukes til å beskrive problemet og fremheve argumenter ved begge løsninger, i relasjon til hvordan «verdien av formue» i ekteskapsloven § 59 første ledd skal

⁵⁷ HR-2020-1760-A avsnitt 43

⁵⁸ Giertsen (2002) s. 303

⁵⁹ Giertsen (2002) s. 303

⁶⁰ Eeg (2006) s. 344-345

tolkes i lys av næringsvirksomhet. Dommen er i realiteten en tilslutning til Eeg sitt syn om at aktiva i næringsvirksomhet ikke skal særbehandles. Etter ordlyd og rettspraksis, samt enkelte oppfatninger i teori, kreves det at «verdien av formue» retter seg mot hver enkelt eiendel i næringsvirksomheten for at nåverdien «klart kan føres tilbake til» ekteskapsinngåelsen, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Om en bedrift bytter ut gamle maskiner med nyere modeller, må derfor hver formuesgodes verdi «klart [...] føres tilbake til» de opprinnelige midlene ved inngangen. Dersom ikke hver formuesverdi «klart kan føres tilbake», er det kun hjemmel for delvis skjevdeling.

6 SÆRLIG OM SAMMENBLANDING I NÆRINGSVIRKSOMHET

6.1 Innledende betraktninger

Ønsker en ektefelle å skjevdele nåverdien av sin næringsvirksomhet ved et skifteoppgjør, er det rettslige utgangspunktet at eierektefellen må bevise at formuesverdien «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd.

Vurderingene kan bli vanskeligere når ektefellene har sammenblandet økonomi. I prinsippet er ikke et skjevdelingskrav tapt bare fordi midlene er sammenblandet, så lenge skjevdelingsmidlene fra ekteskapsinngåelsen kan gjenfinnes på skjæringstidspunktet. Dette fremkommer av ordlyden, jf. «verdien av formue» som «klart kan føres tilbake» til «midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått» i ekteskapsloven § 59. Isolert sett tilsier bestemmelsen at det i utgangspunktet kan skjevdeles, såfremt nåverdien kan spores helt tilbake. Det må også gjelde ved næringsvirksomhet, da Høyesterett har slått fast at beviskravet er likt som i vurderingen av andre gjenstander for skjevdeling.⁶¹

Lovteksten gir likevel ikke nærmere avklaring på «hvor sammenblandet» de ulike midlene som utgjør formuesverdien kan tillates å være, og samtidig fortsatt anses for å ha tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene. Det blir adressert i forarbeidet at det kan bli særlig komplisert hvis det har skjedd en sammenblanding av andre midler,⁶² uten at det går nærmere inn i hvordan det skal vurderes. Lovtekst og forarbeid gir derfor ikke nærmere veiledning. Den rettslige problemstillingen er om det finnes retningslinjer, og i tilfelle hvilke, for når skjevdelingsmidlene kan anses for å ha tilstrekkelig økonomisk identitet til de opprinnelige midlene, på tross av sammenblanding. Før spørsmålet drøftes i lys av noen typetilfeller, vil det først foretas en beskrivelse av det faktiske problemet ved å bruke deler av en empirisk undersøkelse.

6.2 Kort om problemet gjennom empiri

⁶¹ Se punkt 4.2 i oppgaven, jf. HR-2020-1760-A avsnitt 43

⁶² Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 121

I løpet av ekteskapets varighet går det betydelige summer inn, ut og på tvers av familien, i form av inntekter og utgifter for en eller begge ektefeller. I hvilken grad ektefellenes økonomi er sammenblandet, og spesielt om det blandes sammen i den ene ektefellens næringsvirksomhet, kan være utslagsgivende for om eierektefellen av bedriften kan skjevdele verdien av den eller ikke.

For å gi en virkelighetsforståelse før konkrete typetilfeller gjennomgås, brukes empiri for å vise realiteten i samfunnet og hvorfor sammenblanding av næringsvirksomhet er en relevant problemstilling. Fredwall valgte til doktoravhandlingen sin å gjennomføre en undersøkelse kalt «Hvordan lever vi, og hvordan deler vi» (heretter Leve-dele2016), med formål om å avdekke juridiske og formuerettslige sider ved samboerskap og ekteskap.⁶³ Hvor sammenblandet økonomi ektepar i Norge har, ble undersøkt av Fredwall i Leve-dele2016. I undersøkelsen ble ektefellene spurt om sin begrunnelse for å gifte seg, hvor formålet med kategoriene var å måle motivasjonen for å inngå ekteskap. Nesten halvparten av ektefellene svarte at «[v]i ønsket et stabilt og langvarig samliv» som begrunnelse. Rett bak med rundt 40 prosent, var den nest største grunnen at ektefellene «ønsket den økonomiske og juridiske tryggheten som ekteskapet gir». Allerede ved inngangen til et ekteskap er derfor forventningen og ønsket at man skal leve sammen i stabilitet og trygghet. Det er både med tanke på et stabilt samliv, men også i høyeste grad på grunn av den juridiske tryggheten.⁶⁴

Ektefellenes valg av formuesordning trakk også i samme retning. Som skrevet i punkt 1.1, har ektefeller felleseie etter hovedregelen i ekteskapsloven § 58 første ledd, dersom ikke annet er avtalt. Funnene i undersøkelsen viste at hele 98 prosent av ektefellene hadde felleseie, mot kun 2 prosent som hadde ektepakt om særeie.⁶⁵⁶⁶ Når dette ses i lys av at flertallet av respondentene forstod det slik at felleseie er det samme som sameie, er det tydelig at de fleste ektepar anser seg for å ha en veldig fellesskapsbasert formuesordning.⁶⁷ Poenget med å presentere svarene fra undersøkelsen, er å vise at de aller fleste ektefeller i dagens samfunn ønsker og tror at deres økonomi er sammenblandet. Det gir derfor en høy sjanse for at verdier

⁶³ Fredwall (2020) s. 88

⁶⁴ Fredwall (2020) s. 125-126, figur 4 s. 26 og s. 548 Q 19

⁶⁵ Fredwall (2020) s. 127 og vedlegg 2 Q 21.

⁶⁶ Riktignok slik at 18 prosent i tillegg hadde enkelte formuesobjekter i særeie, enten som følge av ektepakt, eller som følge av pålegg fra giver eller arvelater, jf. Fredwall (2020) s. 127

⁶⁷ Fredwall (2020) s. 128

som kreves skjevdelte, har en eller annen form for sammenblanding av likedelingsmidler i seg. Det kan komplisere vurderingen av om formuesgodets verdi kan skjevdeles.

I familier hvor en ektefelle driver næringsvirksomhet, kan det ofte foreligge sammenblanding av skjevdelingsmidler og andre midler i næringsvirksomheten. Likedelingsmidler kan på ulike måter ha betydning i bedriften. Ektefellen kan ha brukt midler fra en likedelingskonto til å skyte inn kapital i næringsvirksomheten, eller den felleseide boligen kan ha blitt pantsatt til sikkerhet slik at virksomheten kan ta opp lån til å kjøpe driftsutstyr. Det kan være vanskelig å identifisere hva av formuesverdien i en næringsvirksomhet som stammer fra skjevdelingsmidler og hva som stammer fra likedelingsmidler.

For å oppsummere, viser funnene fra undersøkelsen at de fleste ektepar lever i livsfellesskapet med sammenblandet økonomi. Rundt 40 prosent skiller seg og hele 98 prosent av ekteskapene har felleseie. Som vist i punkt 1.2 kan man anta at mange av de som driver virksomhet også er en ektefelle. Det kan da tenkes at tvister om skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet som har sammenblandende midler, fort kan oppstå. I det følgende ses det til noen typetilfeller, og spørsmålet er om det finnes retningslinjer for når skjevdelingsmidlene anses å ha tilstrekkelig økonomisk identitet til de opprinnelige midlene, på tross av sammenblanding.

6.3 Mellomfinansiering/midlertidig sammenblanding

Næringsvirksomheter endrer seg over tid, med kapital som går inn og ut. Typiske eksempler på at kapital går inn er å betale inn aksjeinnskudd for å starte en ny bedrift eller kapitalinnskudd i en allerede etablert virksomhet. For at formuesverdien skal kunne skjevdeles, må finansieringen av næringsvirksomheten bestå av skjevdelingsmidler.

Én type form for sammenblanding er mellomfinansiering. Dette innebærer at pengene som settes inn i virksomheten er likedelingsmidler. Likedelingsmidlene kan komme fra ulike deler av ektefellenes økonomiske fellesskap under samlivet, enten det er fra en lønnskonto eller fra salg av eiendom som er felleseie. En slik midlertidig sammenblanding skaper usikkerhet rundt om det er tilstrekkelig økonomisk identitet mellom nåverdien av virksomheten og de opprinnelige skjevdelingsmidlene ved ekteskapsinngåelsen. Dersom midlene som ble satt inn i bedriften, ikke ble erstattet av midler som «klart kan føres tilbake til» inngangsmidlene ved ekteskapet, kan ikke denne delen av næringsvirksomhetens verdi skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

HR-2020-1760-A tok opp det rettslige spørsmålet om hva som kreves for at verdier i næringsvirksomhet «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen, når eierektefellen blant annet har foretatt en midlertidig sammenblanding med likedelingsmidler. Eierektefellen betalte inn et aksjeinnskudd på 51 000 kroner til sitt nylige oppstartede firma, som han opprettet noen år inn i ekteskapet. Summen kom fra en konto som Høyesterett la til grunn at var likedelingsmidler. Dette gjorde han i påvente av at han innen kort tid ville få inn 31 250 kroner som vederlag for salg av aksjer i et firma han startet før ekteskapsinngåelsen. I tillegg hadde han allerede på tidspunktet mottatt en bankremisse på 25 000 kroner, som Høyesterett la til grunn at var en pengegave fra morfaren.⁶⁸ Eierektefellen anførte at aksjeinnskuddsbetalingen i realiteten ble gjort med skjevdelingsmidler, og at det ikke var til hinder for skjevdeling at det i en viss begrenset utstrekning hadde funnet sted mellomfinansiering med midler som ikke er gjenstand for skjevdeling.⁶⁹ Høyesterett uttalte at «[d]et foreligger her en viss grad av mellomfinansiering med likedelingsmidler og sammenblanding av likedelingsmidler og skjevdelingsmidler, noe som svekker tilknytningen mellom eierskapet til [X]-aksjene og eierskapet til [Y]-aksjene».⁷⁰ For å igjen ta i bruk Fredwalls metafor⁷¹, kan det trekkes den slutning at mellomfinansiering gjør det vanskeligere å følge smulestien hele veien tilbake. Likevel fastslår Høyesterett at mellomfinansiering i seg selv ikke avskjærer muligheten for skjevdeling.

Videre presiserer Høyesterett at «[d]en *faktiske, tidsmessige og beløpsmessige sammenheng* mellom betalingene er imidlertid så nær at jeg ikke kan se at disse forholdene i seg selv er til hinder for at verdien av [Y]-aksjene klart kan føres tilbake til [X]-aksjene» (min kursivering).⁷² Høyesteretts uttalelser kan derfor forstås slik at mellomfinansiering ikke i seg selv utelukker muligheten for skjevdeling. Hvorvidt Høyesterett gjennom denne setningen har utarbeidet en retningslinje, fremstår som uklart. Det kan likevel tenkes ut ifra Høyesteretts formuleringer at dersom det er en nær faktisk, tidsmessig og beløpsmessig sammenheng mellom innsats med likedelingsmidler og innsats med skjevdelingsmidler som erstatter likedelingsmidlene, så kan en tilstrekkelig økonomisk identitet anses å foreligge. Da vil verdien av formue «klart kan føres tilbake til» midlene ved ekteskapsinngåelsen. I det videre

⁶⁸ HR-2020-1760-A avsnitt 61

⁶⁹ HR-2020-1760-A avsnitt 22. Subsidiær anførsel.

⁷⁰ HR-2020-1760-A avsnitt 61

⁷¹ Fredwall (2020) s. 274

⁷² HR-2020-1760-A avsnitt 61

sees det derfor nærmere på hva som normalt innebærer at det kan sies å være faktisk, tidsmessig og beløpsmessig sammenheng.

At den «faktiske» sammenhengen må være nær, kan sikte til at eierektefellen må ha sikker kunnskap om at det snart er skjevdelingsmidler tilgjengelig. I tillegg holder det ikke på skjæringstidspunktet å vite at man venter på skjevdelingsmidler som kan erstatte de midlertidige likedelingsmidlene; skjevdelingsmidlene må også faktisk ha erstattet mellomfinansieringen. Det er ikke nær nok faktisk sammenheng dersom det bare er en viss sannsynlighet for at ektefellen en gang i fremtiden vil motta arv eller gave, og man i tillegg ikke får de skjevdelingsmidlene. Eksempelvis kan det ikke holde å vite at det mest sannsynlig kommer arv fra en besteforelder som i fremtiden kommer til å dø. En slik erfaringssetning er for generell til at man kan trekke konkrete slutninger. Om likedelingsmidlene ikke er erstattet med skjevdelingsmidler på skjæringstidspunktet, kan ikke verdien skjevdeles.

Denne forståelsen samsvarer med hensynene bak skjevdelingsbestemmelsen, hvor det bare kan forsvares å unnta formuesverdier fra likedelingsoppgjøret i et ekteskap dersom disse midlene ikke er «resultat av ektefellenes felles innsats under ekteskapet».⁷³ Når man i teorien ikke «bytter ut» likedelingsmidlene, er mellomfinansieringen midler som tilhører ekteskapet og som bør være gjenstand for likedeling. Før innbetalingen av likedelingsmidlene hadde ektefellen i HR-2020-1760-A fått en bankremisse i gave fra morfaren sin, og samtidig ventet han på vederlag for salg av aksjer som han eide ved ekteskapsinngåelsen. Ved å faktisk få skjevdelingsmidlene på konto, kan man si at eierektefellen «byttet» de midlertidige likedelingsmidlene med gaven fra morfaren og vederlaget for aksjesalget. Ettersom Høyesterett godtok byttet som en nær nok faktisk sammenheng, kan Høyesterett leses slik at de ventede skjevdelingsmidlene måtte være motivet for ervervet og at mellomfinansiering med likedelingsmidler i slike tilfeller kan godtas. I tillegg må det på skjæringstidspunktet faktisk ha skjedd en erstatning av mellomfinansieringen med skjevdelingsmidler, for at verdiene «klart kan føres tilbake til» de originale næringsmidlene.

Den «tidsmessige» sammenhengen forstås som tidsperioden mellom betaling med likedelingsmidler, til eierektefellenes skjevdelingsmidler er mottatt og har erstattet likedelingsmidlene. I den konkrete saken ble det av Høyesterett sett på som tidsmessig nær nok sammenheng at eierektefellen betalte aksjeinnskuddet 10. januar 2013 og fikk vederlaget

⁷³ NOU 1987: 30 s. 79

for aksjesalget i februar samme år. I tillegg var morfarens bankremisse mottatt allerede før aksjeinnskuddet. Høyesterett skriver ikke om en konkret makstid for hva som kan anses midlertidig, men «tidsmessig» sammenheng kan leses slik at det er snakk om mellomfinansiering så lenge det ikke har karakter av varighet. Igjen kan denne forståelsen begrunnes av at mellomfinansiering ikke avskjærer skjevdeling. Ved lengre tidsforløp gror ikke bare stien igjen, men man forlater også bevisst stien og finner en annen vei. Da er det mer tilfeldig om denne nye veien lenger frem går sammen med et forløp som ville vært sannsynlig dersom en hadde holdt seg til den opprinnelige stien, selv om man bevisst ønsker å finne tilbake til den originale.⁷⁴

Høyesterett krever også en «beløpsmessig» sammenheng. Det kan forstås som at likedelingsmidlene til innskuddet og skjevdelingsmidlene som snart anskaffes, er omtrent det samme beløpet. At det er et visst samsvar mellom de ulike type beløpene, har en forbindelse med den faktiske sammenhengen da det kreves at de kommende skjevdelingsmidlene må være motivet for ervervet. I HR-2020-1760-A var aksjeinnskuddets beløp fra likedelingsmidler på 51 000 kroner. Skjevdelingsmidlene ektefellen mottok var på 25 000 kroner fra bankremissen og 31 250 kroner fra aksjesalget. Det var cirka samme beløp og derfor et visst samsvar, slik at det er nærliggende å tro at innskuddet var motivert av skjevdelingsmidlene. At skjevdelingsmidlene til sammen var på et større beløp enn likedelingsmidlene, kan i denne sammenheng være et ytterligere argument for at ektefellen brukte likedelingsmidler med faktisk kunnskap om mottakelse av skjevdelingsmidler. Hadde det vært motsatt og likedelingsmidlene var større, vil beløpet som utgjør mellomlegget aldri anses som en mellomfinansiering fordi det er et likedelingsbeløp som skjevdelingsmidlene ikke kan erstatte. Da hadde det vært nærliggende å se det som kun delvis sammenblanding, fordi hele formuesverdien har ikke lengre tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene.

Momentene har en indre forbindelse når det må være både faktisk, tidsmessig og beløpsmessig sammenheng mellom betalingene. Essensen er at eierektefellen må ha positiv kunnskap om at vedkommende snart vil motta skjevdelingsmidler, og at det er derfor det betales med likedelingsmidler i mellomtiden. Innkommende skjevdelingsmidler må være foranledningen til ervervet. Det må også faktisk ha skjedd en ombytting fra mellomfinansieringen til skjevdelingsmidlene. I slike tilfeller har Høyesterett uttalt at

⁷⁴ Se punkt 4.2 om Fredwalls metafor

midlertidig sammenblanding ikke er til hinder for et skjevdelingskrav. Hvorvidt det er tilfelle, avhenger av hvor nær faktisk sammenheng eierektefellen visste at det var mellom de ulike midlene. Det påvirker igjen den beløpsmessige sammenhengen, som i sin tur avgjør tiden mellom ut- og innbetalingene. Et lengre tidsmessig perspektiv kan føre til at det blir en utfordring å bevise at det var en midlertidig sammenblanding. Disse momentene kan anses som forslag til retningslinjer for å avgjøre om mellomfinansiering er til hinder for at nåverdien har tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene.

6.4 Skillet mellom arbeidstakers privatøkonomi og selskapsøkonomien

Som skrevet i punkt 3.1, anses ikke eieren i et enkeltpersonforetak for å være ansatt, fordi enkeltpersonforetaket og innehaveren regnes som ett. Det vil si at eieren er personlig ansvarlig. I et aksjeselskap er det forskjell på eier og bedrift, og som eier og ansatt i egen næringsvirksomhet kan de ulike rollene blandes sammen. For eksempel kan en eier drive klesbutikk, og samtidig jobbe alle dagvakter bak kassa i selve butikken som en vanlig arbeidstaker. Et annet eksempel er å eie et oppdrettsanlegg for laks hvor man også er daglig leder i aksjeselskapet. Det økonomiske skillet mellom eier som ansatt og bedriften kan bli uklart. Dette har blant annet betydning for muligheten en eierektefelle har til å skjevdele formuesverdi av aksjeselskap. Sammenblanding av privatøkonomien og bedriftsøkonomien i et aksjeselskap kan føre til at det ikke er tilstrekkelig økonomisk identitet mellom nåverdien og skjevdelingsmidlene fra aksjeselskapet som ektefellen hadde med seg inn i ekteskapet, jf. «klart kan føres tilbake til» i ekteskapsloven § 59 første ledd. Da rolleskillet er det relevante, vil fokuset i kapittelet være på aksjeselskap på organisasjonsform.

Lovteksten i ekteskapsloven § 59 første ledd gir ikke noe annet utover at formuesverdien må «klart [kunne] føres tilbake til» midlene ved inngåelsen av ekteskapet. Det krever mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁷⁵ Forarbeidene er også tause på «hvor sammenblandet» det kan tillates at bedriftsøkonomien og eierens personlige økonomi kan være, og fortsatt nå opp til terskelen tilstrekkelig økonomisk identitet. Nærmere retningslinjer må derfor søkes i øvrige rettskilder.

⁷⁵ Jf. punkt 1.1

Forholdet mellom eierektefellens økonomi og selskapsøkonomien ble tatt opp i HR-2020-1760-A. Høyesterett gjør det klart at eierektefellens rolle i den opprinnelige virksomheten [X] som han hadde ved ekteskapsinngåelsen, og rollen slik den fremsto på skjæringstidspunktet i [Æ&Ø]-selskapene han senere opprettet, står «helt sentralt i saken».⁷⁶ Høyesteretts uttalelse forstås som at rolleskillet spiller vesentlig inn i spørsmålet om formuesverdien av selskapet har tilstrekkelig økonomisk identitet med inngangsmidlene. Videre fremhever Høyesterett at «[f]or at verdien av aksjene i [Æ&Ø]-selskapene på skjæringstidspunkt klart skal kunne føres tilbake til verdien av As [X]-aksjer da ekteskapet ble inngått, er en av flere forutsetninger at det har vært et *tilstrekkelig klart skille* mellom As rolle som arbeidstager og hans økonomi på den ene siden og økonomien i selskapene på den andre side» (min kursivering).⁷⁷ Dommen leses slik at det kreves relativt klare bevis på at det er en tydelig forskjell mellom eierektefellens personøkonomi som arbeidstager, og selskapsøkonomien. Den høye terskelen «tilstrekkelig klart skille» er i samsvar med lovteksten «klart kan føres tilbake til» og vurderingstema «tilstrekkelig økonomisk identitet». Spørsmålet er videre hva som ligger i at det må være et «tilstrekkelig klart skille».

Uten andre rettskilder enn reelle hensyn, er det over lengre tid antatt i juridisk teori at markedsmessig godtgjørelse må tas ut av eierektefellen.⁷⁸ Ektefeller organiserer ofte samlivet slik at de verdier som opparbeides under ekteskapet er skapt ved ektefellenes felles innsats. Hensynet til rimelighet tilsier da at disse verdiene deles likt ved ekteskapets opphør. Det økonomiske resultatet i form av oppsparte midler som er avkastning av eierens arbeidsinnsats, inngår derfor ikke i det som kan skjevdeles.⁷⁹ Det anses som likedelingsmidler. En eventuell differanse mellom markedsmessig lønn og faktisk lønn må tilskrives arbeidsinnsatsen. Differansen kan dermed ikke «klart» føres tilbake til skjevdelingsmidler.⁸⁰ I høyesterettsdommen presiseres det at en av forholdene som er med på å tilsi at skillet er tilstrekkelig klart, er at eierektefellen blant annet må ha fått markedsmessig lønn for sin innsats.⁸¹ Uttalelsen kan tolkes slik at i vurderingen av om privatøkonomien og selskapsøkonomien er tilstrekkelig adskilt, er det et minimumskrav at eierektefellen har tatt ut markedsmessig lønn. Dersom eieren ikke har tatt ut det som anses som markedsmessig lønn i

⁷⁶ HR-2020-1760-A avsnitt 66

⁷⁷ HR-2020-1760-A avsnitt 66

⁷⁸ Se blant annet Egge (2005) pkt. 5.2.1 og Giertsen (2002) s. 308

⁷⁹ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 19

⁸⁰ Lie (2012) s. 82

⁸¹ HR-2020-1760-A avsnitt 66

den type stilling, vil differansen mellom markedsmessig lønn og faktisk lønn i så fall komme selskapet til gode. «Siden lønn er likedelingsmidler, må manglende uttak av markedsmessig lønn behandles på samme måte som innskudd av andre likedelingsmidler i selskapet».⁸²

Manglende uttak av markedsmessig godtgjørelse, fører til sammenblanding mellom likedelingsmidler som kommer fra eierektefellens arbeidsinnsats og bedriftsøkonomien. En slik uklarhet kan igjen lede til at nåverdien ikke «klart kan føres tilbake til» inngangsmidlene ved ekteskapet etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

Høyesterett fant at tilfellet i dommen var uklart, da eierektefellens egne beregninger på hva han hadde mottatt i lønn og selvangivelsene ikke harmonerte. Til dette uttalte førstvoterende at «[...] det foreligger en uklarhet i forholdet mellom selskapenes midler og As personlige likedelingsmidler som taler imot at verdien av [Y]-aksjene på skjæringstidspunktet klart kan føres tilbake til verdien av [X]-aksjene ved ekteskapets inngåelse og andre skjevdelingsmidler».⁸³ Det kan trekkes ut at mulighet for skjevdeling har formodningen mot seg når det er uklarhet i skille mellom privatøkonomi og bedriftsøkonomi til eierektefellen. Derimot står det ikke at uklarhet automatisk avskjærer muligheten for skjevdeling.

Videre presiserer Høyesterett at «[h]vor stor vekt man skal legge på en slik uklarhet, vil i noen grad avhenge [av] hvor store beløp det gjelder. Er beløpene det er knyttet usikkerhet til, små i forhold til de påståtte skjevdelingsmidlene, vil det ha mindre betydning enn dersom de samme beløp er betydelige».⁸⁴ Uttalelsen kan leses slik at det er vesentlig å se det større bildet. Hvor stor vekt en uklarhet mellom personøkonomien og bedriftsøkonomien skal ha, avhenger av helheten. For å bruke Fredwalls metafor, vil noen få grener over en ellers bred og klar sti, ikke stå i veien for at man kan følge stien hele veien tilbake og dermed kreve skjevdeling. Er det derimot svært gjengrodd fordi det er usikkerhet knyttet til et betydelig pengebeløp sammenlignet med de påståtte skjevdelingsmidlene, kan ikke stien følges hele veien tilbake. Hvis eierektefellen for eksempel tok seg ut 10 000 kroner mindre i to måneder enn hva markedsmessig lønn skulle tilsi, kan det ses på som en uklarhet av liten vekt dersom næringsvirksomheten ellers kommer fra skjevdelingsmidler og har en verdi på 15 millioner kroner. I motsatt tilfelle var det i dommen uklarhet knyttet til forholdene før inngåelsen av avtalen med den artisten som var vendepunktet for verdien av selskapene som da fant sted, og

⁸² HR-2020-1760-A avsnitt 68

⁸³ HR-2020-1760-A avsnitt 68

⁸⁴ HR-2020-1760-A avsnitt 69

denne usikkerheten knyttet til eierektefellens avlønning fremsto på denne bakgrunn som vesentlig i forhold til verdien av de eventuelle skjevdelingsmidlene.⁸⁵

Som en avsluttende bemerkning ut ifra den eneste autoritative kilden på området, er en retningslinje at det skal være et «tilstrekkelig klart skille» mellom eierektefellens personlige økonomi og selskapsøkonomien. Det må tas ut markedsmessig lønn, og det må ses i en helhetlig sammenheng hvor stor vekt man skal legge på uklarhet i forholdet mellom disse midlene. Dersom det ikke er et «tilstrekkelig klart skille», er det heller ikke tilstrekkelig økonomisk identitet. Da kan ikke formuesverdien «klart [...] føres tilbake til» de opprinnelige midlene ved ekteskapsinngåelsen, som kreves etter ekteskapsloven § 59 første ledd.

Hvis en eierektefelle ikke kan skjevdele formuesverdien i medhold av ekteskapsloven § 59 første ledd, kan vedkommende fortsatt gis rett til å holde utenfor hele eller deler av verdien av felleseie som ikke omfattes av første ledd. Vurderingen i tredje ledd er utformet annerledes, og tillates bare om «sterke grunner taler for» at eierektefellen skal få skjevdele verdien i næringsvirksomheten selv om midlene ble sammenblandet, jf. ekteskapsloven § 59 tredje ledd.

⁸⁵ HR-2020-1760-A avsnitt 69

7 SÆRLIG OM AVKASTNING I NÆRINGSVIRKSOMHET

7.1 Er avkastning av næringsvirksomhet som skjevdelingsmiddel, også skjevdelingsberettiget?

Det er ikke uvanlig at næringsvirksomhet som en ektefelle har ved ekteskapsinngåelsen, gir avkastning under ekteskapet. Det kan for eksempel være i form av aksjeutbytte for eieren av en frisørkjede, eller leieinntekter fra utleieenheter som ektefellen eier gjennom et eiendomsselskap. Det rettslige spørsmålet er om avkastning av skjevdelingsmidler i næringsvirksomhet, skal anses som formue som «klart kan føres tilbake til» de opprinnelige midlene ved ekteskapsinngåelsen, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Er svaret bekreftende, vil også avkastningen anses som skjevdelingsmidler som kan unntas fra skifteoppgjøret.

I motsetning til særeie som har regler om avkastning i ekteskapsloven § 49, er det ingen uttrykkelig lovbestemmelse om hva som gjelder for avkastning av skjevdelingsmidler. Det kan både tolkes som at problemstillingen er oversett, og som at det er et bevisst valg fra lovgivers side å utelate avkastning av skjevdelingsmidler. Forarbeidet gir heller ikke tolkningsbidrag for avkastning, hverken i lys av skjevdelingsmidler generelt eller for næringsvirksomhet spesielt.

Om avkastning av skjevdelingsmidler også er skjevdelingsmidler, ble tatt opp i Rt. 2015 s. 710. Ektefellen hadde en leilighet ved ekteskapsinngåelsen, som han leide ut for å betale ned påheftet gjeld. Deretter satte ektefellen netto salgssum fra leiligheten på en aksjehandelskonto. Midlene på kontoen brukte han til «daytrading». Ved skiftet krevde ektefellen skjevdeling av en fritidsbåt, en personbil og deler av aksjehandelskontoen i medhold av ekteskapsloven § 59 første ledd. En enstemmig Høyesterett avslo kravet.

Problemstillingen var om leieinntektene som nedbetalte lånet på leiligheten, var avkastning som kunne kreves skjevdelt. Høyesterett uttrykte i et obiter dictum «[a]t også avkastning på skjevdelingsmidler kan være gjenstand for skjevdeling[, - det] er forenlig med lovens ordlyd,

selv om det ikke sies uttrykkelig». ⁸⁶ Videre uttaler førstvoterende dommer Arntzen at selv om forarbeidene ikke omtaler avkastning, står det at verdiøkning på skjevdelingsmidler som skyldes alminnelig prisstigning, kan kreves skjevdelt. Førstvoterende mener det samsvarer godt med avkastning. ⁸⁷ Dommen slår fast at avkastning på skjevdelingsmidler kan være gjenstand for skjevdeling, og at det bør likestilles med verdiøkning. Likevel må det fremheves at Høyesterett uttalte obiter dictumet i sammenheng med *leieinntekter* fra en privatperson som avkastning på skjevdelingsmiddel (det vil si ombyttet til midler på aksjehandelskontoen), og ikke i henhold til avkastning av *investeringsselskapet* til eierektefellen. Uttalelsen gir derfor ikke et automatisk svar på om også avkastning av næringsvirksomhet kan anses som skjevdelingsmiddel. Det må ses til øvrige rettskilder for tolkningsbidrag.

Avkastning av skjevdelingsmidler i næringsvirksomhet har vært gjenstand for delte meninger i juridisk teori. Eeg har uttalt at spørsmålet er av stor praktisk betydning, og særlig når det gjelder avkastning av foretaksformue. På et mer generelt grunnlag har han tatt til orde for at avkastning av en ektefelles skjevdelingsmidler, etter en presiserende tolkning av ordlyden og legislative hensyn, ikke kan «føres tilbake til» de opprinnelige slik ekteskapsloven § 59 første ledd krever. Argumentene er at avkastningen lever sitt eget liv i rettslig forstand, og kan disponeres uavhengig av hovedmidlene. Synspunktet er interessant, men ikke nødvendigvis helt treffende for enkelte skjevdelingsmidler som næringsvirksomhet. Ved bankinnskudd gjort i næringsvirksomhet (og generelt), flyter for eksempel hovedstol og renter sammen. ⁸⁸

I tillegg begrunner Eeg standpunktet sitt ved å vise til den alminnelige familierettslige grunnsetningen om at fellesskapsatferd bør belønnes. Det følger av ekteskapets forpliktende karakter at så vel ektefellene som deres midler «jobber for» fellesskapet, slik at både avkastning av arbeidsinnsats og kapitalinnsats bør være likedelingsmidler. ⁸⁹ Eeg fremhever at avkastning som er i behold likevel kan vurderes skjevdelt etter ekteskapsloven § 59 tredje ledd, som gir muligheter til en mer nyansert rettsbruk. «Sterke grunner» kan for eksempel være tilfeller hvor eierektefellen har latt sine opprinnelige skjevdelingsmidler virke til fellesskapets beste; det bør ikke innehave tape på. ⁹⁰

⁸⁶ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 40

⁸⁷ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 40

⁸⁸ Frantzen (2006) s. 253

⁸⁹ Eeg (2008) s. 243

⁹⁰ Eeg (2006) s. 356

Høyesterett bygger derimot på den allmenne oppfatningen i juridisk teori. Førstvoterende uttaler at «[s]elv om en skjevdelingsrett knyttet til avkastning vil kunne reise konfliktfremmende bevis- og rimelighetsspørsmål, finner jeg ikke tilstrekkelig grunnlag for å fravike en så vidt langvarig og festnet rettsoppfatning».⁹¹ Det vanligste standpunktet i juridisk teori er at avkastning anses som skjevdelingsmiddel etter ordlyden i ekteskapsloven § 59 første ledd. Rene årsaksbetraktninger tilsier at avkastningen ikke kan eksistere uten det opprinnelige skjevdelingsmiddelet. Synspunktet er at det også gir best sammenheng om det er samme løsning for verdistigning og avkastning, slik at skjevdelingsregelen ikke skal slå tilfeldig ut.⁹² Frantzen har uttalt at avkastning av aksjer i næringsvirksomhet vil gi tilfeldige utslag, dersom avkastningen skal likedeles. Aksjekursen avspeiler selskapets verdier, slik at aksjeverdien reduseres omtrent tilsvarende hva det utbetalte utbyttet (overskuddet i form av avkastning) er. Dersom verdistigning og avkastning behandles ulikt da, vil skjevdelingsretten avhenge av om selskapet deler ut overskuddet som utbytte eller ikke.⁹³

Rettskildebildet tilsier dermed at avkastning av skjevdelingsmidler, også er skjevdelingsmidler. Det er ingen tungtveiende hensyn som taler for at det skal være annerledes for avkastning av næringsvirksomhet. Etter Høyesteretts syn på avkastning generelt, som støttes av den allmenne oppfatningen i juridisk teori og likhetsbetraktninger mellom næringsvirksomhet og øvrige skjevdelingsmidler, kan det dras en slutning om at avkastning av næringsvirksomhet er formue som «klart kan føres tilbake til» de skjevdelingsberettigede midlene, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd.

7.2 Kort om beregningsutfordringer for avkastning

Førstvoterende påpeker at «det må imidlertid trekkes en grense mellom avkastning og aktiv kapitalforvaltning.»⁹⁴ Uttalelsen knytter seg ikke spesielt til næringsvirksomhet, men mot leieinntekter og skjevdelingsmidler generelt. Likevel er det likheter mellom aktiv kapitalforvaltning og arbeidsinnsats i ekteskapet hvor «avkastningen» er likedelingsmidler.⁹⁵ Gitt at avkastning av næringsvirksomhet anses for å gå under tilbakeføringsvilkåret i

⁹¹ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 41

⁹² Se blant annet Frantzen (2006) s. 253 og Lødrup & Sverdrup (2016) s. 271

⁹³ Frantzen (2006) s. 253

⁹⁴ Rt. 2015 s. 710 avsnitt 41

⁹⁵ Se punkt 6.4

ekteskapsloven § 59 første ledd, er *beregning* av skjevdelingskravet med grensen mellom passiv og aktiv kapitalforvaltning det problematiske i relasjon til avkastning.

Det er en krevende vurdering bevismessig å avgjøre hvor stor del av eierektefellens uttak og overskudd som kommer fra avkastning av opprinnelig midler og hva som er arbeidsavkastning. For stor grad av aktiv kapitalforvaltning kan tenkes å ofte være tilfelle der eierektefellen arbeider i virksomheten, fordi skjevdelingsmidlene gradvis fortrenses gjennom verdiskapningen arbeidsinnsatsen medfører og fremstår som likedelingsmidler. Med mindre eierektefellen bare er passiv (med)eier, er realiteten ofte at arbeidsinnsatsen avskjærer avkastningen i beregningsspørsmålet om skjevdeling.

8 ET LIKESTILLINGSPERSPEKTIV

8.1 Fungerer skjevdelingsbestemmelsen kjønnsnøytralt?

Skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 første ledd gjør at den ektefellen som har verdier i form av for eksempel næringsvirksomhet, får mulighet til å unnta disse ved delingsskiftet.

Oppgjøret mellom ektefellene kan, i et rettspolitisk lys, gi grunn til å stille spørsmål om skjevdelingsbestemmelsen fungerer kjønnsnøytralt.

Ordlyden gir ingen tolkningsbidrag. Problemstillingen er delvis adressert i forarbeidene.

Allerede i revisjonsarbeidet som førte til loven om ektefellers formuesforhold i 1927, var et uttalt hovedformål likestilling og økonomisk selvstendighet. Hensikten var at det skulle være rettslig likestilling mellom ektefellene, slik at en gift kvinne ble rettslig likestilt med mannen og dermed fikk en mer selvstendig stilling. Likevel innebar ikke likestilling i denne sammenhengen en faktisk økonomisk likestilling, i den forstand at begge ektefellene skulle eie like mye.⁹⁶ Ekteskapslovutvalget til den nye ekteskapsloven av 1991, var delt med tanke på skjevdelingsregelens utforming. Flertallet ønsket å gi en ektefelle rett til å skjevdele dersom vilkårene var oppfylt. Mindretallet rettet kritikk mot flertallets forslag, delvis grunnet en annen oppfatning av hva som er rimelig og dels grunnet den tekniske gjennomføringen av flertallets forslag. Mindretallet mente retten til å skjevdele fortsatt burde bero på en konkret vurdering av hva som er rimelig.⁹⁷ Blant de som støttet mindretallets forslag, ble det i høringsrunden fremhevet som argument at flertallets forslag vil kunne virke spesielt urimelig ved langvarige ekteskap og vil videre særlig ramme kvinner med liten utdannelse på en måte som vil hindre økonomisk likestilling.⁹⁸ Likevel ble det lagt til grunn at i flertallet av ekteskapene ville det være få midler ved inngåelsen, og at det de eide ved samlivsbruddet «normalt ville være verdier som er skapt under samlivet ved felles innsats».⁹⁹

Det kan trekkes ut at forarbeidene har vært innom temaet, men at det ikke ble gjort noe for å utjevne en eventuell økonomisk ulikhet. Det ble istedenfor fokusert på om ekteskapslovgivningen bidrar til likestilling i den forstand at ektefellene gis de samme

⁹⁶ NOU 1987: 30 s. 19

⁹⁷ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 63

⁹⁸ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 65

⁹⁹ NOU 1987: 30 s. 82

muligheter for livsutfoldelse under ekteskapet.¹⁰⁰ Deler av begrunnelsen kan være prinsippet om ektefellenes innbyrdes økonomiske selvstendighet. Det kommer til uttrykk gjennom ekteskapsloven § 31 om råderett over egne ting og § 40 om at ektefellen som hovedregel ikke kan stifte gjeld med virkning for den andre. Selv om økonomisk selvstendighet er et viktig prinsipp, bør det likevel være en tankevekker for lovgiver om samfunnets tradisjonelle oppbygging gjør at kvinnen nærmest systematisk og regelmessig kommer dårligere ut enn mannen gjennom skjevdelsingsregelen i ekteskapsloven.

Med Fredwalls undersøkelse Leve-dele2016 og tall fra SSB kan det gis et bilde av hvordan virkeligheten er for kvinner og menns økonomiske forhold, særlig med tanke på skjevdeling. I undersøkelsen stilte Fredwall spørsmål blant de skilte ektefellene i undersøkelsen som hadde skjevdelt, om hvem eieren av de unntatte midlene var. Selv om antall respondenter er lavt, tilsvarte funnene likevel en kjønnsmessig forskjell. Respondentene fikk mulighet til å velge «Jeg», «Ektefellen min» eller «Begge». Mens hele 62 prosent av mennene svarte «Jeg», var det kun 20 prosent av kvinnene som valgte det samme alternativet.¹⁰¹ Menn har derfor skjevdelsingsmidler i betydelig større grad enn kvinner.

Leve-dele2016-undersøkelsen knyttet seg ikke spesifikt til næringsvirksomhet, men til skjevdelsingsmidler generelt. Det kan derfor stilles spørsmål om forholdene er annerledes med eierskap til næringsvirksomhet som kan utgjøre skjevdelsingsmidler. Ved inngangen til 2021 var andelen kvinnelige etablerere av personlig eide foretak på 38 prosent, i motsetning til menn som etablerte 62 prosent av alle enkeltpersonforetak.¹⁰² Dette er faktisk en forbedring, da etableringsandelen for kvinner er doblet de siste 20 år.¹⁰³ Likevel er avstanden i prosent fortsatt stor. For aksjeselskap er forskjellene enda større. Andel mannlige etablerere av aksjeselskap ligger på rundt 80 prosent, og bare 20 prosent av aksjeselskapene har kvinnelige etablerere.¹⁰⁴ Tallene er derfor klare på at menn står bak et stort flertall av nyetablerte bedrifter. Statistikken på etablerere av næringsvirksomhet underbygger derfor resultatene fra undersøkelsen til Fredwall. Mannen er som regel den ekteparten som har skjevdelsingsmidler. Det gir konsekvenser i form av at det oftest er menn som kan skjevele verdier i sin favør ved

¹⁰⁰ NOU 1987: 30 s. 19

¹⁰¹ Se Fredwall (2020) s. 621 og vedlegg 2, Q 53

¹⁰² SSB (2021d)

¹⁰³ Ifølge SSB (2021d) var det i 2002 i overkant av 8000 kvinner som etablerte enkeltpersonforetak, mot i underkant av 15 000 i 2020. <https://www.ssb.no/statbank/table/09038/tableViewLayout1/>

¹⁰⁴ SSB (2021d)

skifte. Skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59 første ledd er derfor kjønnsnøytralt utformet, men virkningen er ikke kjønnsnøytral.

8.2 Hva er alternativene?

Det kan stilles spørsmål ved hva som kan gjøres for å jevne ut forskjellene. For å få rettet opp i en slik skjevhet, må den ektefellen med minst midler ta aktive skritt. Et tema Fredwall hadde i sin undersøkelse, var om ektefeller beskytter seg mot den andres rett til skjevdeling. I teorien kan man «beskytte» seg mot et delingsresultat som er ubalansert, dersom man sparer opp formue og med samtykke fra partneren gjør dette til særeie gjennom ektepakt. Kun 10 prosent av respondentene i Leve-dele2016 svarte bekræftende på at de hadde en slik ordning.¹⁰⁵ Den svake oppslutningen kan begrunnes med at et slik tiltak mot et ubalansert delingsresultat krever at ektefellen opparbeider seg økonomisk overskudd og har kunnskap om at aktive skritt er nødvendige for å unngå ujevnheter. I 2018 utgjorde heltidssysselsatte kvinners gjennomsnittlige månedslønn 88 prosent av menns, og kvinners årlige bruttoinntekt utgjorde kun 69 prosent av menns inntekt.¹⁰⁶ I et gjennomsnittlig ekteskap kan det derfor bli utfordrende for ektefellen uten midler å sette av til sparing for seg selv når hun allerede i utgangspunktet tjener mindre.

I tillegg er man avhengig av samtykke fra ektefellen, da partene må være enige om at det økonomiske overskuddet skal medvirke til å redusere effekten av skjevdelingsreglene. Det kan skape utfordringer i ekteskapet. Til sist må det opprettes ektepakt for at mottiltaket skal være gyldig. Disse kravene gjør derfor at det ikke er en realistisk forventning at ektefeller tar slike rettslige skritt.¹⁰⁷ Konsekvensen blir at det i nesten alle ekteskap med skjevdelingsmidler, som for eksempel næringsvirksomhet, ikke gjøres noe mottrekk fra den andre ektefellen for å utjevne forskjellene.

Ektefellen som ikke har skjevdelingsmidler må da søke til unntaksbestemmelsen i ekteskapsloven § 59 andre ledd, hvor retten til å utta midler etter første ledd helt eller delvis kan falle bort, hvis det vil føre til et «åpenbart urimelig resultat». Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på «ekteskapets varighet» og «ektefellenes innsats for familien». Andre ledd er en skjønsmessig unntaksbestemmelse fra første ledd, da retten til skjevdeling i

¹⁰⁵ Se Fredwall (2020) s. 599. og vedlegg 2, Q 27

¹⁰⁶ SSB (2020) s. 27

¹⁰⁷ Fredwall (2020) s. 248

ekteskapsloven § 59 første ledd er utformet som en veldig kortfattet generell regel uten hensyn til ekteskapets varighet eller ektefellenes økonomiske forhold. Dette er til tross for at utvalgets argumentasjon for å innføre regelen særlig var knyttet til at de mente mange ekteskap som krevde skilsmisse var av kort varighet med store formueulikheter.¹⁰⁸

Funn i Fredwall sin undersøkelse Leve-dele2016 viser imidlertid at det bare er rundt 5 prosent av ekteskapene i dag som forstås som kortvarige og uten barn. Skilsmisser kommer ofte i mellomlange og lange ekteskap.¹⁰⁹ Det kan derfor sies at det var de mer atypiske ekteskapene som ble gjort til hovedregel for ethvert ekteskap.¹¹⁰ Hvor mye andre ledd rettslig sett kan bidra til korreksjon, og i hvilken grad regelen reelt sett bidrar til en mer lik økonomisk fordeling, kan man sette spørsmålsteget ved. I tillegg er det den som ønsker å begrense skjevdeling etter første ledd, som har søksmålsbyrden og derfor bevisbyrden for at det er «åpenbart urimelig» etter ekteskapsloven § 59 andre ledd.¹¹¹ Det oppfattes som utfordrende fordi ektefellen uten skjevdelingsmidler er dårligere rustet til å bære de rettslige kostnadene. Denne ujevnheten tilsier at ekteskapsloven § 59 andre ledd ikke er så praktisk som rettsregelen i seg selv skulle tilsi.

8.3 Avsluttende kommentar

Skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59 første ledd har vist seg å ramme kvinner hardere enn menn ved skiftet. Det er skjevfordeling av økonomiske ressurser i samfunnet mellom kvinner og menn, aldersforskjell ved ekteskapsinngåelsen,¹¹² og stort flertall av menn på andel oppstartede virksomheter som gjør at ekteskapsloven § 59 første ledd gir et skjevt utslag mellom kjønnene. Spesielt ved skjevdeling av verdier i næringsvirksomhet er det ujevnt i statistikken¹¹³. Dersom det ikke tas aktive skritt før eller under ekteskapet, vil eierektefellen ofte ha (store) verdier fra blant annet næringsvirksomhet som kan holdes utenfor skiftet etter ekteskapsloven § 59 første ledd. Fra et likestillingsperspektiv ville derfor det beste vært likedeling, da et ekteskap baseres på fellesskap. Likevel kan det anses som urimelig å nekte en ektefelle skjevdeling i det konkrete tilfellet, med begrunnelse i at det er en generell

¹⁰⁸ NOU 1987: 30 s. 70-80

¹⁰⁹ Fredwall (2020) s. 250, se også tabell Q 6 g

¹¹⁰ Eeg (2006) s. 38

¹¹¹ Rt. 2001 s. 1434

¹¹² SSB (2021b) tabell 5 under «Utvalde tabellar og figurar frå denne statistikken»

¹¹³ Se punkt 8.1 og Fredwalls undersøkelse

økonomisk skjevhet i samfunnet. Det vil stride imot formålet med regelen, da midlene nettopp ikke stammer fra felles innsats under ekteskapet. Rettsregelen er kjønnsnøytral i seg selv - problemet er hvilke utslag den gir på grunn av hvordan virkeligheten er. Løsningen er derfor usikker.

Det er imidlertid klart at det ikke er optimalt med en skjevdelingsbestemmelse som er bygd på forutsetninger som ikke er like aktuelle i dag. Både SSB og Leve-dele2016 viser en annen virkelighet enn den forarbeidene la til grunn for sine forslag. Menn eier gjennomgående mer enn kvinner og har i relasjon til næringsvirksomhet langt flere bedrifter, samt at kvinner sjeldnere har skjevdelingsformue i form av næringsvirksomhet og øvrige midler enn menn. Funnene tyder derfor på at skjevdelingsregelen er med på å opprettholde og dels forsterke en allerede samfunnsskapt skjevhet på formuesområdet. Lovgivning som gjenspeiler den faktiske virkeligheten, er det grunn til å etterstrebe. Dette gjelder spesielt når selve hovedregelen for skjevdeling til dels har en begrunnelse som ikke bygger på realiteten. Basert på virkeligheten kunne det derfor vært fornuftig med en ny vurdering av hvordan innholdet i ekteskapsloven § 59 første ledd skal utformes.

9 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Skilsmisseprosessen er i seg selv krevende og ofte konfliktfylt. Ved skjevdeling av næringsvirksomhet oppstår det en del bevismessige problemer og vanskelige vurderinger. Den overordnede problemstillingen er i hvilke tilfeller bedriftens nåverdi «klart kan føres tilbake til» midlene fra den opprinnelige virksomheten som en ektefelle hadde ved inngåelsen av ekteskapet, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd.

Spørsmålet baseres på et praktisk viktig problem i dagens samfunn, som det er vesentlig å få avklaring på. Ut ifra ekteskapsstatistikken i punkt 1.2, er det stor sannsynlighet for at skilsmisseoppgjør innebærer formuesverdi av næringsvirksomhet.¹¹⁴ Midlene kan være av høy verdi, og det er derfor av stor betydning for begge ektefellene i et skifteoppgjør å vite om verdien av næringsvirksomheten som den ene eierektefellen har, kan holdes utenfor delingen. Likevel har det bare vært én høyesterettsdom om muligheten for å skjevdele næringsvirksomhet, og den kom så sent som i 2020. Det kan muligens begrunnes i at næringsverdiene blant annet er av betydelig størrelse, slik at partene ikke tar sjansen på å ta konsekvensene av et utfall i domstolene. De fleste tvister blir derfor forliket før dom i første instans.¹¹⁵

Mangel på omfattende høyesterettspraksis kan også være fordi næringsvirksomhet som begrep er så ekstremt vidt. Det kan føre til en vanskelig vurdering ved spesielt tilbakeføringsvilkåret og dets klarhetskrav «klart kan føres tilbake til» i ekteskapsloven § 59 første ledd, da bedrifter er i kontinuerlig dynamisk endring. Det å finne «samlede» retningslinjer for alle typer næringsvirksomheter i hvordan det skal vurderes om formuesverdien av en bedrift kan spores tilbake til inngangsmidlene, er derfor utfordrende. Kanskje er det heller ikke et mål i seg selv. Oppgaven har likevel forsøkt å analysere enkelte tilfeller som kan oppstå for en næringsvirksomhet, og om det finnes nærmere vurderingstema.

Etter HR-2020-1760-A og Rt. 2015 s. 710 har Høyesterett uttalt at det må være «tilstrekkelig økonomisk identitet» for at nåverdien «klart kan føres tilbake til» næringsvirksomheten ved ekteskapsinngåelsen. Det er samme terskel på klarhetskravet i næringsvirksomhet som for

¹¹⁴ Se punkt 1.1

¹¹⁵ Se punkt 1.2

andre skjevdelingsmidler. I ombyttingsstilfeller er det uklart når ombytting av formuesgoder anses som surrogasjon og kan skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd. Det er ingen autoritære rettskilder som gir retningslinjer, og tilfellene må derfor vurderes konkret ved bruk av relevante reelle hensyn. Ved midlertidig sammenblanding, kan en tilstrekkelig økonomisk identitet foreligge dersom den faktiske, tidsmessige og beløpsmessige sammenhengen er nær. Er eierektefellens personlige økonomi og selskapsøkonomien sammenblandet, krever HR-2020-1760-A at det skal være et «tilstrekkelig klart skille» mellom disse rollene, hvor det som et slags minstekrav må tas ut markedsmessig lønn. Det må likevel vurderes ut ifra helheten. Til sist uttales det i en obiter dictum at avkastning av skjevdelingsmidler, også er skjevdelingsmidler. Uttalelsen knyttet seg ikke spesifikt til avkastning av næringsvirksomhet som skjevdelingsmiddel, men etter en gjennomgang av rettskilder tar oppgaven til orde for at det samme gjelder for avkastning av næringsvirksomhet.

Avslutningsvis satte oppgaven søkelys på at skjevdelingsbestemmelsen i ekteskapsloven § 59 første ledd, ikke fungerer kjønnsnøytralt slik samfunnet er i dag. Økonomisk selvstendighet er i utgangspunktet et viktig prinsipp, også i ekteskapsloven. Likevel er de økonomiske forskjellene blant kvinner og menn fortsatt så at hovedregelen i ekteskapsloven § 59 første ledd, slik den er utformet i dag, er med på å opprettholde samfunnsskapt skjevhet.¹¹⁶ Spesielt ved skjevdeling av formuesverdier i næringsvirksomhet, er det fire ganger flere menn enn kvinner som er eiere av aksjeselskap. Skjevdeling er fortsatt et viktig unntak fra likedeling, men når forarbeidet har basert innholdet i skjevdelingsbestemmelsens første ledd på feil forståelse av virkeligheten, er det kanskje på tide å revidere ekteskapsloven § 59 første ledd.

¹¹⁶ Se punkt 8.1

10 LITTERATURLISTE

10.1 Lov og forarbeider

| | |
|----------------------------|--|
| Ekteskapsloven | Lov av 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven/el). |
| NOU 1987: 30 | NOU 1987: 30 Innstilling til ny ekteskapslov – del II. |
| Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) | Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) Om lov om ekteskap. |

10.2 Rettspraksis

HR-2020-1760-A

Rt. 2015 s. 710

Rt. 2001 s. 572

10.3 Bøker

| | |
|--------------------------|---|
| Eeg (2006) | Eeg, T. (2006). <i>Deling av ektefellers formuer ved separasjon og skilsmisse</i> . Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. |
| Fredwall (2020) | Fredwall, K. K. (2020). <i>Familierettens korreksjonsmekanismer</i> . Gyldendal. |
| Lødrup & Sverdrup (2016) | Lødrup, P. & Sverdrup, T. (2016). <i>Familieretten</i> (8. utgave). Peter Lødrup og Tone Sverdrup 2004. |

10.4 Artikler

- Eeg (2008) Eeg, T. (2008). Skjevdeling: Ny dom, nye avklaringer og nye problemer – og noen gamle. *Jussens Venner*, 2008(04), 215-261. (Lest i Idunn.no)
- Egge (2005) Egge, R. (2005). Skjevdeling av næringsvirksomhet. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005(03), 159-186. (Lest i Idunn.no)
- Frantzen (2004) Frantzen, T. (2004). Peder Lødrup: Nordisk arverett, Anders Agell Nordisk äktenskapsrätt. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 (03-04), 235-258. (Lest i Idunn.no)
- Frantzen (2006) Frantzen, T. (2006). Noen sider ved klarhetskravet i ekteskapsloven § 59 første ledd. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2006, 251-279. (Lest i Rettsdata.no)
- Giertsen (2002) Giertsen, J. (2002). Skjevdeling av foretak: Avgrensning og verdsettelse av skjevdblingsformuen. *Bonus Pater Familias: Festskrift til Peder Lødrup*, 2002, 301-312. (Lest i Rettsdata.no)
- Lie (2012) Lie, I. H. (2012). Skjevdeling av næringsvirksomhet. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2012, 76-94. (Lest i Rettsdata.no)
- SSB (2020) Statistisk sentralbyrå. (Publisert 20. august 2020). Dette er Norge 2020. *Statistisk sentralbyrå*, 2020, 2-82. Elektronisk utgave av artikkel hentet 15. november 2021 fra https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/_attachment/430969?_ts=1756a0b4970&fbclid=IwAR3yvFKEqac6rDBWDs531-Dtaj378E0e4T4b2IAIOTyO1vjI1ih1CQwh1aM

10.5 Nettsider

- Altinn (2020a) Altinn. (01. juli 2020). *Enkeltpersonforetak*. Altinn.no. Hentet 25. oktober 2021 fra <https://www.altinn.no/starte-og-drive/starte/valg-av-organisasjonsform/enkeltpersonforetak/>
- Altinn (2020b) Altinn. (01. juli 2020). *Aksjeselskap (AS)*. Altinn.no. Hentet 25. oktober 2021 fra <https://www.altinn.no/starte-og-drive/starte/valg-av-organisasjonsform/aksjeselskap/>
- SSB (2018) Statistisk sentralbyrå. (Publisert 8. mars 2018). *Flest menn starter foretak, men kvinnene følger etter*. Ssb.no. Hentet 31. oktober 2021 fra <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/artikler-og-publikasjoner/flest-menn-starter-foretak-men-kvinnene-folger-etter>
- SSB (2021a) Statistisk sentralbyrå. (Oppdatert 7. januar 2021). *Virksomheter*. Ssb.no Hentet 25. oktober 2021 fra <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/virksomheter-og-foretak/statistikk/virksomheter>
- SSB (2021b) Statistisk sentralbyrå. (Oppdatert 8. mars 2021). *Ekteskap og skilsmisser*. Ssb.no. Hentet 20. november 2021 fra <https://www.ssb.no/befolkning/barn-familier-og-husholdninger/statistikk/ekteskap-og-skilsmisser>
- SSB (2021c) Statistisk sentralbyrå. (Oppdatert 8. mars 2021). *Ikkje sidan 1927 har det vore så få bryllaup i Noreg*. Ssb.no. Hentet 20. november 2021 fra <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/ikkje-sidan-1927-har-det-vore-sa-fa-bryllaup-i-norge?>
- SSB (2021d) Statistisk sentralbyrå. (Oppdatert 25. mai 2021). *Etablerere i næringslivet*. Ssb.no. Hentet 20. november

2021 fra <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/eierskap-og-roller/statistikk/etablerere-i-naeringslivet>.

Tabell medfølger også, se

<https://www.ssb.no/statbank/table/09038/tableViewLayout1/> og velg: år «2002»/«2020», kjønn «Kvinner», organisasjonsform «Enkeltpersonforetak», alder «Alle aldre» og utdanningsnivå «Alle utdanningsnivå».