

Uskifte med særkullsbarn

*Samtykke som vilkår til uskifte og hva som kan settes
som betingelse til samtykke.*

Kandidatnummer: 234

Antall ord: 14 843



UNIVERSITETET I BERGEN

Det juridiske fakultet

Masteroppgave JUS399

01.06.2017

Innhold

1. Innledning.....	3
1.1 Problemstilling	3
1.2 Aktualitet.....	3
1.3 Metode.....	4
1.4 Særkullsbarnets særstilling.....	5
1.5 Hjemmelen for å sette betingelse	7
1.6 Avtalelovens anvendelsesområde.....	9
2. Samtykke	11
2.1 Rettslig karakteristika.....	11
2.2 Formkrav til samtykke.....	11
2.3 Forhåndssamtykke.....	12
2.3.1 Innledning.....	12
2.3.2 Ordlyden i al. § 10.....	12
2.3.3 Al. § 44.....	13
2.3.4 Al. § 45.....	14
2.4 Når er særkullsbarnet bundet av sitt samtykke?	15
2.4.1 Innledning.....	15
2.4.2 Re-integra	16
2.4.3 Forutsetningslæren	19
3. Begrensinger ved betingelser for samtykke til uskifte	20
3.1 Innledning.....	20
3.2 Avtaleloven § 36	20
3.3 NL-5-1-2.....	21
4. Typiske former for betingelse.	22
5. Rådighetsbetingelser	22
5.1 Utgangspunkter	22
5.2 Al. § 19.....	22
5.3 Al. § 21	24
6. Omfangsbetingelser.....	25
7. Opphørsbetingelser.....	28
7.1 Innledning.....	28
7.2 Brutt betingelse.....	29
7.3 Gjenlevendes skifterett	30

8. Betingelser ved sluttoppgjør.....	31
8.1 Utgangspunkter	31
8.2 Annen fordeling enn al. § 26.....	32
8.2.1 Innledning.....	32
8.2.2 Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.....	33
8.2.3 Realitet.....	33
8.2.4 Oppfyllelse	35
8.2.5 Motivet	36
8.2.6 Oppsummering	38
8.3 Annen fordeling av felleseie – drøftelse av ordlyden i al. § 26.....	39
8.4 Retten til å skjevdele	40
8.5 Omgjøring av særeie til felleseie.....	41
9. Forhåndsbedingungen.....	42
10. Avslutning	42
Kildeliste	44

1. Innledning

1.1 Problemstilling

For å minske byrden for ektefellene ved den enes bortgang har lovgiver oppsatt muligheten for gjenlevende til å sitte på boets fellesmidler i uskifte med avdødes legalarvinger, jf. al § 9. En av gruppen legalarvinger etter avdøde er «særskilte livsarvinger», jf. al § 10. Med særskilte livsarvinger menes særkullsbarn og deres livsarvinger. Særkullsbarn er førsteavdødes barn fra tidligere ekteskap eller utenfor ekteskapet.¹

Den faktiske tilknytningen mellom gjenlevende ektefelle og særkullsbarn kan variere, men normaltifellet tilsier at gjenlevende har sterkere tilknytning til eventuelle egne barn eller ektefellen. Særkullsbarn har heller ingen lovfestet arverett etter gjenlevende, en eventuell arverett må derfor følge av testament.

På grunn av den svakere tilknytningen har lovgiver satt særkullsbarn i en særstilling. Vilkåret for uskifte med særkullsbarn er samtykke, jf. al § 10. Et samtykke er i slikt tilfelle en aksept av at gjenlevende sitter i uskiftet bo med særkullsbarnets arv, hvor alternativet er at boet skiftes umiddelbart.

Jeg vil i denne oppgaven se nærmere på vilkåret samtykke, og muligheten til å sette betingelser ved samtykke til uskifte. Dette skal knyttes til problemstillingen om hva som kan settes som betingelse for samtykke til uskifte.

1.2 Aktualitet

I dagens samfunn har vi en høy skillsmisserate. Tall fra SSB viser at 9 345 par skilte seg i 2016. Til sammenligning giftet 22 537 par seg samme år. Selv om det har vært en nedgående utvikling de siste årene ligger andelen skilte sammenlignet med antall nye giftemål jevnt høyt.² Mange særkullsbarn opplever at en eller begge av foreldrene gifter seg på nytt. Det finnes ingen statistikk over hvor mange særkullsbarn som finnes i Norge, men ser man på statistikken for familiesammensetninger i 2016 gir den en pekepinn. 88 965 barn mellom 0-17 år lever med steforelder i tillegg til sin biologiske forelder.³ I tillegg kommer antallet personer

¹ NUT 1962:2 s.92

² <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/ekteskap/aar-hovudtal/2017-02-23#content>

³ <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/familie/aar/2016-10-28?fane=tabell&sort=nummer&tabell=281873>

over 17 år hvor en eller begge av foreldrene har giftet seg på nytt. Antallet særkullsbarn er med andre ord betydelig.

Etter dagens lovregel kan ikke muligheten for å sette betingelser ved samtykke utledes direkte av ordlyden i al. § 10. Dette er søkt endret gjennom forslaget til ny arvelov.⁴ Etter forslaget § 13 annet ledd fremgår det klart at særkullsbarn kan knytte betingelser til et eventuelt samtykke til uskifte. Dette er ingen endring sammenlignet med gjeldende rett, men kun en lovfestelse og allmenn bevisstgjøring av muligheten til å knytte betingelser for samtykke til uskifte.

I tillegg til nevnte endring søker lovforslaget å styrke ektefellens stilling på bekostning av barna, slik at særkullsbarns stilling svekkes i likhet med livsarvingene generelt.

Slikt sett er oppgavens tema høyst aktuelt. Arvingers rettigheter forslås endret, muligheten for å knytte betingelser for samtykke til uskifte tydeliggjøres og antallet særkullsbarn i Norge anslås å være betydelig slik at oppgavens tema berører mange.

1.3 Metode

Flere av temaene i fremstillingen er rikelig omtalt i juridisk teori og behandlet i flere høyesterettsdommer. Spesielt *Uskifte* av John Asland⁵ og *Arveplanlegging og avtalt uskifte* av Petter Hambro⁶ omhandler de fleste av temaene. Det som må anses godt belyst er avtalelovens anvendelsesområde, hva et samtykke er, når partene er bundet til uskifteavtalen og hjemmelen til å sette betingelse ved samtykke.

På hovedproblemstillingen om hva som kan settes som betingelse for samtykke til uskifte står Rt. 1992 s. 374 sentralt. Dommen oppstiller muligheten for å sette betingelse, og kommer med uttalelser om hva betingelsene kan omhandle. Dommen er også grundig omtalt i juridisk litteratur.

For temaer som ikke er behandlet i Høyesterett har jeg sett hen til lagmannsrettens bedømmelse. Lagmannsrettens bedømmelse av problemstillinger kan ikke gis samme tyngde som en avgjørelse av Høyesterett, men ved mangel på høyesterettspraksis bør underrettspraksis vektlegges. Det er likevel blitt holdt et kritisk øye til generelle uttalelser

⁴ NOU 2014:1

⁵ Asland, John: *Uskifte*, Oslo 2008. Heretter forkortet Asland.

⁶ Hambro, Petter: *Arveplanlegging og avtalt uskifte*. Oslo 2006. Heretter forkortet Hambro.

gjort av Lagmannsretten som ikke direkte omhandler tvisten. Slike uttalelser har langt mindre vekt enn når de er gjort av Høyesterett. Spesielt i tilfeller hvor andre rettskildefaktorer peker i motsatt retning bør man ha en svært kritisk tilnærming til uttalelsen.

I enkelte temaer går fremstillingen dypere enn det som har vært behandlet i juridisk teori tidligere. Dette gjelder spesielt muligheten til å avtale annen fordeling enn det som følger av al. § 26. Rundt dette temaet foreligger det lite rettspraksis, lite relevant omtale i forarbeider og juridisk teori har korte omtaler. Jeg har derfor søkt rettskilder fra emner om andre spørsmål med likhetstrekk for temaet for å belyse problemstillingen. Deretter har jeg sett nærmere om rettskildene kan benyttes på problemstilling for å løse den. Disse rettskildene er i hovedsak høyesterettsdommer og juridisk litteratur.

På tidspunktet hvor denne fremstillingen ble skrevet foreligger det et forslag til ny arvelov, jf. NOU 2014:1. Lovforslaget inneholder en rekke vurderinger om gjeldende rett, men det må gis begrenset tyngde siden dette ikke er forarbeider til gjeldende lov. Det kan argumenteres for at vurderingene om gjeldende lov er etterarbeider. Derimot kan dette innebære en lovendring med tilbakevirkende kraft i tilfeller hvor utvalgets vurdering ikke er i overensstemmelse med den øvrige rettsoppfatningen. Dette vil bryte med Grunnloven § 97. Det er gjort unntak for denne bestemmelsen, men dette gjelder tilfeller hvor det er til gunst for samfunnsmedlemmer i eksempelvis en straffesak. På et tema med to private parter vil gunst for den ene normalt bety skade for den andre. Allikevel er forslaget utarbeidet av svært kompetente jurister, så det er klart at dette kan vektlegges med tyngde som juridisk teori.⁷

1.4 Særkullsbarnets særstilling

Uskifteretten er lovgivers bevisste prioritering av ektefellen ovenfor felles barn. For felles barn vil uskifte i mange tilfeller kun være en utsettelse av arven til gjenlevendes død. Gjenlevende er også forelder og arvelater til barnet, og vil sannsynligvis ikke unødige disponere over uskifte slik at arven minker. Dette følger av at foreldre ofte vil det beste for barna sine.

Denne tryggheten ligger ikke like naturlig hos særkullsbarnet. Gjenlevende ektefelle er ikke foreldre til særkullsbarnet, og det ligger ingen selvfølge i at forholdet mellom dem er godt. Særkullsbarnet har heller ingen arverett etter lengstlevende. I dette ligger det en risiko for at gjenlevende reduserer arven gjennom forbruk i uskiftetiden eller forfordeler særkullsbarnet

⁷ Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgave. Bergen 2004. s. 202

sammenlignet med sine egne barn innenfor lovens rammer. At lovgiver har hatt en slik situasjon for øye kommer klart frem i NUT 1962:2:

«Det er i tilfelle en nærliggende risiko for at genlevende vil søke å minske barnets arv. Dette gjelder spesielt hvor genlevende har livsarvinger - fellesbarn med førsteavdøde ektefelle eller egne særkullbarn.»⁸

Er samtykke gitt og uskifte etablert har særkullsbarnet, og arvingene generelt, en viss beskyttelse i al. § 19. Denne bestemmelsen begrenser rådigheten for genlevende ektefelle som i utgangspunktet råder som eier, jf. al. § 18. Etter al. § 19 kan ikke genlevende ektefelle gi bort fast eiendom, eller gi bort gaver som står i «mishøve» til formuen i boet. Forbudet mot å gi bort fast eiendom er absolutt, mens forbudet mot andre gaver er skjønnsmessig. Et vilkår er at disposisjonen er en gave. Overføringer mot fullt vederlag omfattes altså ikke, mens det ved delvis vederlag må avgjøres om det foreligger et gavesalg. Gavesalg omfattes også av bestemmelsen, jf. fjerde ledd.

Al. § 19 er foreslått endret i den nye arveloven. I forslaget bestemmelse er skillet mellom fast eiendom og andre gaver fjernet, og den nye gaveterskelen er at det ikke kan gis gaver over det som følger av skikk og bruk.⁹

Allikevel er det en mulighet for at uskifteboet tømmes gjennom uskifteperioden, gjennom forbruk og andre forføyninger innenfor lovens rammer. Særkullsbarnets sårbare stilling er derfor tatt hensyn til av lovgiver ved at det kreves samtykke fra særkullsbarnet for at genlevende ektefelle kan sitte i uskifte med deres arv.

Vilkåret om samtykke gjelder uavhengig om ektefellene har andre felles barn, genlevende har egne særkullsbarn eller om særkullsbarnet er det eneste. I de individuelle situasjonene vil hensynene bak særkullsbarnets særstilling både være mer eller mindre aktuelle. Men selv om enkelte av hensynene ikke gjør seg gjeldende i den konkrete sak vil særkullsbarnet likevel nyte særstillingen ved at det kreves samtykke.

⁸ s.77

⁹ NOU 2014:1 s.222 § 21.

1.5 Hjemmelen for å sette betingelse

Allerede ved uskifteloven av 1851 var det klart i juridisk teori at det kunne settes betingelser ved samtykke fra særkullsbarn til uskifte.¹⁰

Fra uskifteloven av 1927 og frem til 1972-loven var det derimot usikkert om betingelser kunne heftes på samtykke til legaluskiftet. Spørsmålet ble ikke omtalt i lov eller forarbeider, eller drøftet i juridisk teori.

Bakgrunnen for dette var at loven ikke omtalte samtykke fra særkullsbarnet som hjemmel for legaluskiftet, og rettskildene ga ingen tydelige svar på om legaluskifte kunne etableres på dette grunnlaget. Forarbeidene til loven nevner muligheten for å etablere uskifte gjennom rettshandel, herunder med eksempelet at arvingen ga sitt samtykke.¹¹ Derimot hadde Justisdepartementet uttalt til forskjellige skifteretter at «lovens regler om uskiftet bo ikke uten videre får anvendelse når uskiftet bygger på samtykke fra myndige særskilte livsarvinger».¹²

Muligheten for å etablere legaluskifte på bakgrunn av samtykke ble slått fast i arveloven av 1972. Om samtykke ble det uttalt i forarbeidene at det kreves at «samtykkeerklæring som foreligger, klart går ut på et samtykke til uskifte etter *lovens bestemmelser*».¹³ Den mest naturlige tolkningen av denne uttalelsen er at legaluskifte ikke kunne avtales utenfor lovens ordning, og at muligheten til å sette betingelser ved samtykke derfor var avskåret. Disse uttalelsene ble i juridisk teori få år etter 1972 drøftet av flere¹⁴, men felles finner man en forståelse om at samtykke ikke kunne betinges på grunn av de avvisende uttalelsene i forarbeidene. Omtalene inneholdt likevel de lege ferenda-vurderinger, hvor det argumenteres for hvorfor man bør godta at det settes betingelser ved samtykke til uskifte.

Spørsmålet var oppe i Rt. 1992 s.374, hvor det ble prosedert på at gjenlevende og særkullsbarn på avtalemessig grunnlag kunne etablere uskifte etter reglene i arveloven kap. 3, og at det kunne fastsettes særskilte vilkår som gjenlevende ble bundet av.

¹⁰ Scheel, Herman: *Om ægtefellers formuesforhold*. Christiania 1892. s.161, Hagerup, Francis: *Skifte og arvebehandling*. 3. utg. v/P.I. Paulsen, Kristiania 1924. s.88 og Rygh, Per i Rt. 1918 s.289

¹¹ Utkast til lov om ektefellers formuesforhold, vedlegg til Ot.prp.nr.58 (1926) s.160

¹² Dette kom frem under forarbeidene til arveloven av 1972, jf. Ot.prp.nr.36 (1968-69) s.139.

¹³ Ot.prp.nr.36(1968-69) s.140.

¹⁴ Lødrup, Peter: *Materiell Skifterett*. Oslo 4. utgave 1973 s.227, Augdahl, Per: *Arveloven av 1972: med kommentarer*. Oslo 1973. s.14, Arnholm, Carl Jacob: *Arveretten*. Oslo 1974 s.135 og Pedersen, Arvid Martin: *Reglene om uskiftet bo i norsk rett*. Institutt for privatrett, Universitetet i Bergen 1974 s.19-20.

Førstvoterende Lødrup innledet sitt votum på bakgrunn av disse anførselene og uttalte:

«etter mitt syn kan det ikke være noe i veien for at det settes vilkår her. Disse kan oppstille både begrensninger i rådigheten over uskiftemidlene utover reglene i arveloven § 19, og modifisere eller sette til side bestemmelser i en ektepakt, så lenge ikke tredjemanns rettigheter blir krenket. Vilkåret kan også innebære andre fordelingsbrøker enn de som følger av arveloven § 26, forutsatt at eventuelle livsarvingers pliktdelsrett ikke blir berørt.»¹⁵

Dommen ble avsagt under dissens(3-2), men det var enstemmighet omkring uttalelsene om særkullsbarns rett til å knytte betingelser til samtykke.

Frem til denne dommen må det antas at det ikke kunne settes betingelser ved samtykke. Dette kan utledes både av forarbeidene og av hvordan juridisk teori kritiserte at betingelser ikke kunne settes i tiden før dommen. Denne dommen hadde derfor rettskapende virkning ved at den åpnet for muligheten til å knytte betingelser ved samtykke til uskifte. Det er klart at Høyesterett i denne dommen så bort fra forarbeidene når disse ikke ble nevnt, og satte en ny kurs ut fra hva som var mest hensiktsmessig etter deres skjønn.

At Høyesterett satte en ny kurs har gode grunner for seg. Tidligere fastlåste situasjoner hvor særkullsbarna ikke følte nok sikkerhet for arven gjennom lovbestemmelsene kunne avhjelpes ved å knytte betingelser til samtykke slik at uskifte kunne etableres. For eksempel kan særkullsbarnet knytte ytterligere rådighetsbegrensninger som et salgs- og pantforbud på den faste eiendommen for å oppnå økt sikkerhet for at arven ikke forsvinner under uskifteperioden.

Denne dommen styrket også særkullsbarnas stilling. De ble satt i en forhandlingsposisjon hvor de i større grad kunne påvirke hvordan uskifteperioden skulle utspille seg. De kan øke sin egen andel av arven, f.eks. ved å avtale at gjenlevendes særeie endres til felleseie. Dersom ektefellen sitter i uskifte til sin død, vil han heller ikke ta arv etter førsteavdøde, jf. al. § 26.

Det kan i mange tilfeller være at særkullsbarna ikke ønsker å frata gjenlevende ektefelle de midlene uskifteboet omfatter umiddelbart, men risikoen for at arven forsvinner *tvinger* dem. I slikt tilfelle kan særkullsbarna sikre sin egen stilling, uten at det går på bekostning av gjenlevende. Dette kan ordnes med f.eks. rådighetsbegrensninger.

¹⁵ s.377

1.6 Avtalelovens anvendelsesområde

Før vi kan gå videre inn i drøftelsen av hovedproblemstillingen og de sentrale spørsmål rundt denne må vi se på hvilke regelsett som omfatter avtaler om uskifte, nærmere presist om avtaleloven kommer til anvendelse på avtaler om uskifte. Etter avtl. § 41 gjelder loven på «formuerettens omraade».

Formuerettigheters typiske kjennetegn er at de har økonomisk verdi, er omsettelige og er underlagt partenes disposisjonsfrihet. Uskifteretten med særkullsbarn er både underlagt partenes disposisjonsfrihet og har økonomisk verdi. Derimot er den ikke omsettelig. Dette er ikke et vilkår, men et typisk kjennetegn ved formuerettigheter.¹⁶

I forarbeidene til avtaleloven uttales det at «Utenfor falder saaledes testamenter, arvepakter og egtepakter.»¹⁷ Det ble allikevel åpnet for analogisk anvendelse av bestemmelsene, og det ble spesielt fremhevet ugyldighet på grunn av svik, tvang og utnyttelse.

I forarbeidene til avtl. § 36 ble yttergrensene for anvendelse av formuerettens område drøftet inngående. Lovutvalget uttaler at «for de såkalte «livsdisposisjoner» vil de alminnelige formuerettslige regler gjelde.»¹⁸ I utgangspunktet vil en avtale om uskifte anses som en livsdisposisjon for begge parter ved at den har realitet for begge parter i levende live, og dermed omhandles av avtalelovens regler. Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner drøftes nærmere under del 8.2.

I tilfeller hvor disposisjonen er å anse som en dødsdisposisjon uttales det at avtalelovens regler ikke gjelder, og det vil være «liten plass for analogisk anvendelse av lempingsregelen».¹⁹ Den typiske formen for en dødsdisposisjon er et testament. I slikt tilfelle vil det være klart at avtl. § 36 ikke kommer til anvendelse.

Videre i ot.prp. nr.5 (1982-83) uttales det at de forpliktelser en arvelater eller arving påtar seg i forbindelse med en arvepakt eller arving ved avkall på arv, må anses som en formuerettslig forpliktelse hvor lempingsregelen kommer til anvendelse. Ser man konkret på en uskifteavtale er dette ikke den typiske dødsdisposisjonen som f.eks. testament. Det må kunne antas at det var dette lovgiver hadde for øye ved utarbeidelsen av proposisjonen. En uskifteavtale ligner mer på en arvepakt, spesielt i tilfeller hvor det avtalte i betydelig grad

¹⁶ Asland s.124-125

¹⁷ Ot.prp.nr.63(1917) s.20.

¹⁸ NOU 1979:32 s.43.

¹⁹ Ot.prp.nr.5 (1982-83) s.19.

skiller seg fra lovens ordning med sterkere rådighetsbegrensninger for gjenlevende, alternative delinger ved skifteoppgjør eller at omfanget av uskifte utvides eller innskrenkes. Ved både arvepakt og uskifteavtaler bygger retten på en enighet mellom partene, som i en kontrakt. I de tilfeller der en uskifteavtale er å anse som en dødsdisposisjon blir det etter mitt syn rom for å anvende avtalelovens regler analogisk. Avtalen bygger på en enighet mellom partene, den har økonomisk verdi og er underlagt partenes disposisjonsfrihet.

Spørsmålet har ikke vært oppe for Høyesterett, men underrettspraksis har med unntak av en dom (LB-1995-2110) lagt til grunn at avtalelovens bestemmelser får anvendelse på avtaler om uskifte. (RG 2002 s.459 og LH-2003-492)

I LH-2003-492 ble det uttalt at en avtale om skifteoppgjør er en avtale på det formuerettslige område, og derfor at avtl. § 36 kom til anvendelse. Dette blir ikke gått nærmere inn på i dommen, men det må være klart at lagmannsretten her henviser til avtl. § 41.

I LB-1995-2110 kommer man frem til at al. § 36 ikke kan anvendes analogisk som rettslig grunnlag for å kreve skifte, og det uttales at arveloven kapittel 3 gir som utgangspunkt en uttømmende regulering av når arvingene kan kreve skifte. Denne uttalelsen er ikke nærmere redegjort for. I lys av at dette er en underrettsdom, den er eldre enn de LH-2003-492 og RG-2002-459 og at den ikke utdyper uttalelsen, legges det svært lite vekt på denne dommen.

Det fremstår derfor klart at avtalelovens regler kan benyttes på avtaler om uskifte, både i tilfeller hvor man anser de som en livsdisposisjon og analogisk i tilfeller hvor de er en dødsdisposisjon.

For læren om bristende forutsetninger er det klart at denne kan anvendes på problemstillingen. Den springer opprinnelig ut av familieretten og kan spores tilbake til den såkalte klausullæren.²⁰ Denne gikk ut på at man kunne anse en kontrakt bortfalt dersom det skyldtes endrede forhold som på tidspunktet for avtaleinngåelse var forutsatt skulle være uforandret.²¹ Enda tidligere gikk den ut på medgift gitt fra ene forloveden til den andre ikke kunne kreves tilbake så lenge giftemålet kunne oppnås.

²⁰ Asland s.391 fotnote 904.

²¹ Borum, O. A.: *Clausula rebus sic stantibus særlig indenfor Familie- og Arveretten*. Tidsskrift for rettsvitenskap, Oslo 1939 s.127-143.

2. Samtykke

2.1 Rettslig karakteristika

Etter hva vi har vært gjennom blir neste sentrale spørsmål hva man skal karakterisere et samtykke som. Dette er relevant blant annet for spørsmålet om når man skal anse særkullsbarnet bundet av samtykke.

I rettslig sammenheng er samtykke en form for godkjennelse som gir en annen en rettighet som han ikke har en ubetinget rett til. Illustrerende er retten til å gifte seg, hvor personer under 18 år ikke har dette som en ubetinget rett, jf. el. § 1 a. Dette kan avhjelpest med et samtykke fra dem med foreldreansvar og tillatelse fra fylkesmannen.

Språklig sett ligner samtykke på aksept, men i rettslig sammenheng er aksept en disposisjon som gir avsenderen en rett og mottakeren en plikt. For et betingelsesløst samtykke er tilfelle motsatt ved at mottakeren av samtykke får retten til å sitte i uskifte, mens avsenderen plikter å vente på arven. Dette har likehetstrekk med et løfte, f.eks. et gaveløfte. Her vil mottakeren av løfte ha rett til å motta gaven han er lovet, og løfteavgiveren er pliktet til å gi den. Sånn sett er et betingelsesløst samtykke et løfte.

Situasjonen er klart en annen dersom det er heftet betingelser på samtykke. I slikt tilfelle ligner samtykke mer på et tilbud ved at det heftes plikter og rettigheter for mottaker og avsender. Rettsreglene er de samme for når avgiveren er bundet av både et løfte og et tilbud, men forskjellen har relevans ved drøftelsen om samtykke kan kalles tilbake. Dette drøftes nærmere under del 2.4.

2.2 Formkrav til samtykke

Det kan ikke utledes noen formkrav til samtykke av al. § 10, så i prinsippet kan samtykke gis både muntlig og skriftlig. I praksis kan samtykke gis på flere forskjellige måter. Dersom samtykke gis etter førsteavdøde har falt fra, vil samtykke i de aller fleste tilfeller bli gitt gjennom påtegning av begjæring om uskifteattest som sendes inn til tingretten.²² Dersom det er ønskelig å innhente samtykke før dødsfallet kan dette ordnes gjennom påtegning av testamentet til førsteavdøde og gjennom en egen uskifteavtale. For testamentes del må det gå klart frem at påtegningen innebærer et samtykke til uskifte, og om det heftes betingelser ved

²² Hambro s.115

samtykke. Et samtykke uten betingelser vil i slikt tilfelle normalt tolkes som et samtykke til lovens bestemmelser.

I teorien har det blitt problematisert at det kreves skriftlighet for samtykke, jf. al. § 14.²³

Denne bestemmelsen omfatter innsendelse av begjæring om uskifte, og denne sendes skriftlig. Her må det presiseres at skriftligheten ved innsendingen ikke er lovfestet, men kun en praktisk løsning brukt av domstolen. I Rt. 1986 s.1002 tok Høyesterett stilling til om legaluskifte kunne etableres uten innsendingen etter al. § 14, og kom frem til at det kunne tenkes tilfeller hvor dette var mulig. «Unntak kan ... være aktuelt når lengstlevende faktisk har overtatt boet uskiftet og sittet med det i lengre tid i den tro at loven vilkår for å overta boet uskiftet var til stede.»²⁴ På bakgrunn av dette er det klart at det ikke kreves skriftlighet ved samtykke til uskifte, men av bevisshensyn vil det være foretrukket.

2.3 Forhåndssamtykke

2.3.1 Innledning

Mange ektefeller vil ha et ønske om å planlegge hva som skal skje ved sin bortgang, og sikre at ektefellen får sitte i uskifte etter hans død. Derfor kan det være praktisk å innhente et samtykke til et fremtidig uskifte før første ektefelle dør, et forhåndssamtykke.

Da blir spørsmålet om et forhåndssamtykke i det hele tatt kan godtas. Juridisk teori har i hovedsak omtalt tre betenkeligheter i forbindelse med forhåndssamtykke:

Samtykkebestemmelsen i seg selv, forbudet mot avhendelse av arv etter al. § 44 og begrensningene ved avkall på ventet arv etter al. § 45.

2.3.2 Ordlyden i al. § 10

Samtykkebestemmelsen bruker ordlyden «avdød ektemake» og «attlevande ektemake», jf. al. § 10. Ved en naturlig tolkning av denne ordlyden speiles en situasjon hvor avdød ektefelle allerede er død. Spørsmålet blir da om samtykke kun kan gis etter dødstidspunktet på grunn av ordlyden i bestemmelsen.

Tar man tak i forarbeidene til bestemmelsen redegjøres det ikke for valget av ordlyd, og forhåndssamtykke blir heller ikke omtalt. Mangelen på redegjørelse kan peke mot at problemstillingen ikke var sett av lovgiver, og at uttrykksmåten ikke bevisst skal avskrive forhåndssamtykke. En annen måte å tolke ordlyden på er helt generelt, at det kun kreves

²³ Hambro s.115

²⁴ s.1006

samtykke til uskifte, uten at det oppsettes vilkår som spesifiserer *når* samtykke skal gis.²⁵ I og med at ordvalget ikke omtales nærmere anser jeg en slik tolkning like naturlig for lovgivers mening med bestemmelsen.

Uskifteretten er skapt for å verne om ektefellen, og i dette ligger det forutberegnelighet for ektefellene dersom den ene skulle dø. Å avskrive muligheten for å planlegge hva som skal skje etter en eventuell bortgang vil stride mot dette legislative hensynet. Det må kunne antas at den avdøde har et bedre forhold til sitt eget barn enn gjenlevende har til sitt ste-barn. Det vil derfor for mange være ønskelig å ordne en slik avtale selv.

Totalt sett står vi ovenfor en ubegrunnet ordlyd, som like gjerne kan tolkes generelt, og sterke hensyn som taler for at forhåndssamtykke bør godtas. Det fremstår klart at dette er tilfelle.

I forslaget til ny arvelov er ordlyden foreslått endret til «lengstlevende». Ved en slik ordlyd vil problemstillingen forsvinne helt.²⁶

2.3.3 Al. § 44

Den neste betenkeligheten ved forhåndssamtykke er forbudet mot avhendelse av ventet arv, jf. al § 44. Spørsmålet som reiser seg er om man ved å gi et forhåndssamtykke disponerer over ventet arv slik at det er å anse som avhendelse. Forhåndssamtykke kan gis mot vederlag og uten.

Hensynet bak bestemmelsen kan ikke utledes av forarbeidene, men er rikelig drøftet i juridisk teori.²⁷ Først og fremst er hensynet bak bestemmelsen arvelateren selv. Det er klart at det for arvelater vil være støtende å se arvingene disponere over midlene, f.eks. ved å selge det slik at arvelater vet arven ender opp i ukjente hender. En fremtidig arv er også et høyst usikkert salgobjekt, som ville ført til en lav pris. Til slutt kan det nevnes samfunnets generelle oppfatning, at et slikt salg er etisk kritikkverdigg.

Ved et forhåndssamtykke uten vederlag gir arvingen verken slipp på sin arv, mister sin status som arving eller i utgangspunktet mottar et vederlag. De godtar kun at skifte skjer på et senere tidspunkt. Et vederlagsfritt forhåndssamtykke er derfor ikke avhendelse av ventet arv.

²⁵ Asland finner en slik tolkning mest naturlig s.114.

²⁶ NOU 2014:1 s.221 § 12

²⁷ Arnholm, Carl Jacob: *Arveretten*. Oslo 1974. s.26, Unneberg, Inge: *Arveretten*. Oslo 1990. s.227-228 og Lødrup, Peter: *Arverett*. 5. utgave. Oslo 2008 s.275.

Situasjonen er annerledes dersom arvelater eller ektefellen betaler et vederlag som en motytelse ved samtykke. Da blir situasjonen mer lignende avhendelse ved at særkullsbarnet profiterer før arvefallet på sin arv. Dette kan ha blitt gitt som motivasjon for at særkullsbarnet skulle samtykke til uskifte.

Tar man tak i hensynene bak forbudet mot avhendelse gjør de seg ikke like gjeldende her. I normalt tilfellet vil dette ikke virke støtende for arvelater. Ofte er dette noe arvelater selv ønsker, og i flere tilfeller er arvelater også motparten i avtalen. I tillegg kommer det ingen ukjent tredjepart inn i arveoppgjøret. Heller ikke i dette tilfellet mister særkullsbarnet sin status som arving, men kun godtar skifte på et senere tidspunkt. Alt i alt skiller et forhåndssamtykke seg i vesentlig grad fra en avhendelse av ventet arv. På bakgrunn av dette er det klart at bestemmelsen om avhendelse av ventet arv ikke kan anvendes på forhåndssamtykker mot vederlag.

Arveloven § 44 avskjærer ikke muligheten for å forhåndssamtykke til uskifte.

2.3.4 Al. § 45

Den siste betenkeligheten som skal drøftes er om et forhåndssamtykke er å anse som avkall på hele eller deler av arven, jf. al § 45. Dette kan begrunnes i at det ligger en stilltiende aksept om at hele arven brukes opp i uskifteperioden, og at et forhåndssamtykke derfor er et avkall på arv.

Denne regelen spiller en rolle ovenfor eventuelle livsarvinger av særkullsbarnet. Etter al. § 45 binder også avkallsgiveren egne livsarvinger, med mindre det er gitt «uten rimelig vederlag», jf. første ledd annen setning.

Det er vesentlige forskjeller mellom et forhåndssamtykke og et avkall på arv. Et samtykke til uskifte er ment å være en midlertidig utsettelse av skifteoppgjøret, mens et arveavkall er endelig. I dette ligger det en vesentlig forskjell som gjør at man ikke anvende § 45 direkte.

Da blir spørsmålet om situasjonen tilsier at bestemmelsen kan anvendes analogisk.

Ved et avkall er det to parter, avkallsgiver og arvelater. Ved et forhåndssamtykke kan det være flere: arvelater, særkullsbarn og gjenlevende ektefelle. Videre kan et forhåndssamtykke variere i både innhold og form. Det kan inneholde bestemmelser om råderett, omfang og sluttoppgjør. Til slutt vil jeg si meg uenig i at et forhåndssamtykke er en stilltiende aksept av at boet brukes opp. Det er klart at dette kan forekomme, og at dette er en risiko særkullsbarnet må ta stilling til. Men det er også klart at boet både kan øke og minke i uskifteperioden. I

tillegg vil, som nevnt tidligere, skifte etter gjenlevendes død innebære at han ikke tar arv etter førsteavdøde, jf. al. § 26. Dette innebærer en større andel på særkullsbarnet.

Alt i alt skiller forhåndssamtykke seg fra avkall i så betydelig grad at bestemmelsen ikke kan brukes verken direkte eller analogisk.

Spørsmålet om forhåndssamtykke har aldri blitt satt på spissen for Høyesterett, men i Rt. 2012 s.401 uttalte Høyesterett at det er «lagt til grunn at særkullsbarn kan gi forhåndssamtykke til at lengstlevende overtar boet i uskifte».²⁸ Denne uttalelsen underbygger klart at forhåndssamtykke kan gis med bindende virkning.

For å oppsummere er verken ordlyden i al. § 10 eller al. §§ 44 og 45 til hinder for at forhåndssamtykke kan gis av særkullsbarna.

Skal samtykke omfatte særeie må alle livsarvinger samtykke eller det må bestemmes i ektepakt, jf. al. § 9 annet ledd. Dette samtykket kreves av alle livsarvinger, både særkullsbarn og felles barn av ektefelle. Det kan da stilles spørsmål til hvordan man skal tolke et betingelsesløst samtykke til uskifte fra særkullsbarnet i en situasjon hvor særeie skal inngå i uskifteboet, og dette ikke er bestemt gjennom ektepakt, jf. el. § 43. I slikt tilfelle må særkullsbarnet både samtykke til uskifte og til at uskifte skal omfatte særeie. Et betingelsesløst samtykke vil være naturlig å tolke som et samtykke til lovens ordning, altså at det kun omfatter felleseie, jf. al. § 9. Slikt sett kan ikke et betingelsesløst samtykke kan brukes som hjemmel for at særeie skal omfattes, med mindre det går klart frem av samtykke at det aksepteres at uskifteboet omfatter særeie. Er dette ikke tilfellet må det hentes inn dobbelt samtykke, et for uskifte generelt og et for at særeie kan omfattes. Skulle man godtatt et generelt samtykke ville særkullsbarnet stilt dårligere enn felles barn, som i samme tilfelle må samtykke. Dette gjenspeiler dårlig lovgivers prioritering av særkullsbarn.

2.4 Når er særkullsbarnet bundet av sitt samtykke?

2.4.1 Innledning

Neste spørsmål som skal drøftes er hvilket tidspunkt særkullsbarnet må anses bundet av sitt samtykke. Tidligere i fremstillingen har det blitt konkludert med at et samtykke både kan anses som et løfte og et tilbud, avhengig av om det knyttet betingelser.

²⁸ Avsnitt 54

Uavhengig av om vi står ovenfor et tilbud eller et løfte er særkullsbarnet i utgangspunktet bundet når samtykke er kommet til mottakerens kunnskap, jf. avtl. § 7. Dette innebærer at samtykke kan trekkes tilbake før eller samtidig som dette tidspunktet. Dette unntaket er ikke veldig praktisk i dagens samfunn. Sendes samtykke elektronisk er det hos mottakeren på sekunder, og kan derfor være kommet til mottakerens kunnskap i løpet av meget kort tid.

En annen naturlig situasjon er at samtykke gis muntlig. Det kan tenkes at særkullsbarnet blir presentert et ønske om samtykke fra en av ektefellene, og at samtykke enten gis eller at partene samler seg for å diskutere. Det foreligger ingen krav om skriftlighet for samtykke, selv om dette vil være foretrukket av f.eks. bevis hensyn. Det kan derfor oppstå situasjoner hvor særkullsbarnet rettslig er bundet, uten at dette i praksis vil materialisere seg.

Situasjonen kan også være at særkullsbarna forhandler om sitt samtykke. Her kan situasjonen om bundethet fort bli vanskelig, i og med at den nøyaktige grensen for når man anses som bundet ikke er klar. I slikt tilfelle vil det være nyttig å avtale et signeringsforbehold for at særkullsbarnet skal anses bundet av sitt samtykke.

Neste spørsmål er om særkullsbarnet kan trekke tilbake samtykke etter at det er kommet til mottakerens kunnskap, jf. avtl. § 7. Både re-integra reglen etter avtl. § 39 og forutsetningslæren kan anvendes, og reglene vil i følgende drøftes separat.

2.4.2 Re-integra

Etter avtl. § 39 kan en viljeserklæring tilbakekalles dersom «særegne grunde tilsier det» og før mottakeren har innrettet seg. Vilklårene er kumulative, og bestemmelsen stiller i utgangspunktet strenge krav for at tilbakekall anses virksomt.

Til tolkningen av avtl. § 39 uttalte Høyesterett i Snarøya-dommen følgende:

«Selv om det er oppstilt to vilkår, er begge utslag av den samme interesseavveining, og dette fører til at det er en slik indre sammenheng mellom vilklårene at disse i noen grad må sees i sammenheng ved den endelige vurdering, jf. Aage Thor Falkanger, God Tro, sidene 329-330. Den samme indre sammenheng tilsier at det bør holdes fast ved de to vilklårene loven oppstiller, og da slik at det ikke konstrueres et selvstendig krav om at tilbakekallet må skje innen en nærmere bestemt tidsfrist. Tidsmomentet vil

normalt ha betydelig vekt ved vurderingen av grad av innrettelse, og bør etter mitt syn inngå i den vurderingen.»²⁹

Det Høyesterett her påpeker er at begge vilkårene må drøftes til den konkrete sak, men at de påvirker hverandre ved en endelig vurdering. Dette innebærer at dersom det er større grad av innrettelse hos gjenlevende ektefelle vil det kreves mer av situasjonen for å anse et tilbakekall av samtykke virksomt. Motsatt må listen settes noe lavere dersom tidsrommet er kort, og lengstlevende ikke har innrettet seg nevneverdig. Det bør likevel påpekes at avtl. § 39 har en høy terskel.

Til vilkåret om særlige grunner kan det fremheves at hensynet om forutberegnelighet ikke gjør seg gjeldende i like stor grad for gaveløfter. Gaveløfter har ingen motytelse, og gavemottakeren har ingen rett på gaven før løfte blir gitt. I slikt tilfelle vil terskelen for om særlige grunner foreligger senkes noe. Dette kan delvis utledes av Rt. 1926 s.597, hvor løftegiver ikke skulle ha noen motytelse, men kun ønsket å gi mottakeren «en chance».

Et betingelsesløst samtykke til uskifte har likhetstrekk med et gaveløfte. Det gir mottakeren en rett som de i utgangspunktet ikke har krav på uten at mottakeren trenger å yte noe.³⁰ Særkullsbarnet frasier seg sin rett til å kreve skifte, og gir med dette gjenlevende en fordel. Dette er klart ingen gave, men det må sies å være en gavelignende disposisjon.

A.T. Falkanger mener at dersom det er snakk om et gaveløfte, vil «nesten» hovedregelen være at særlige grunner foreligger.³¹ I dette tilfellet omtaler han avtaler, og ikke samtykke til uskifte. Han begrunner sitt standpunkt i mangelen på en motytelse og at det ikke foreligger et like sterkt tillitsforhold som ved gjensidig bebyrdende avtaler.

John Asland mener at når et «løfte gjelder en gavelignende disposisjon er et særlig forhold som tilsier at løftegiveren står friere med hensyn til tilbakekall enn ellers».³²

Ved avgjørelsen om særlige grunner foreligger bør det antas at terskelen senkes for samtykker uten betingelser sammenlignet med vanlige kontraktsforhold.

²⁹ Rt. 2012 s.1904 avsnitt 51.

³⁰ Det kan selvsagt heftes motytelser på både samtykke og gaver.

³¹ A.T. Falkanger: *God Tro*, 1999 Oslo. s.345.

³² Asland s.127.

Løftemottakeren kan ikke ha innrettet seg etter løfte. Hva som ligger i at gjenlevende har innrettet seg etter samtykke må kartlegges nærmere. Rettslig sett er ikke uskifte etablert før utsendelsen av uskifteattesten. Videre er uskifte ikke en forandring for gjenlevende, men en fortsettelse av tilstanden fra ekteskapet. Slikt sett kan det ikke sies at gjenlevende i stor grad har innrettet seg. Allikevel står vi overfor et tema som i stor grad påvirker levesettet til gjenlevende, og et uventet skifte vil ha store påvirkninger på hans liv. Når gjenlevende ikke kan gjøre mer enn å få utsendt uskifteattest kan det heller ikke kreves mer for at han har innrettet seg. Det ville vært uheldig om det kreves at gjenlevende må disponere unødig over uskifteboet for å ha innrettet seg, når dette er motsatt av hensikt til uskifteordningen. Det må derfor være klart at tilbakekall etter utsendelse av uskifteattest normalt vil være avskåret.

Har man derimot et forhåndssamtykke blir det vanskeligere å slå fast om mottaker har innrettet seg. Ved forhåndssamtykke kan det være svært lange tidsrom fra samtykke blir gitt til uskifte blir etablert. I slikt tilfelle bør det fremheves at det kan være andre måter partene innretter seg. Det at man ikke tar i bruk andre former for å tilgodese ektefellen kan være en måte å innrette seg. Etter mitt syn må det ikke kreves aktiv handling til for at vilkåret om innrettelse skal anses oppfylt i denne sammenhengen. Forutberegnelighet for ektefellene, ved at de tror de har sikret gjenlevende, bør veie tungt. Dette hensynet står både bak uskifteretten og re-integra regelen. På bakgrunn av dette må bruksområdet for avtl. § 39 anses primært å være for korte tidsrom etter samtykke er gitt, og helt stengt etter uskifte er etablert.

Problemstillingen skal likevel drøftes som en helhet hvor tidsrommet vil påvirke om særlige grunner foreligger. Står man ovenfor en tilbaketrekning av et betingelsesløst samtykke i kort tid etter at samtykke er gitt, vil dette etter mitt skjønn være virksomt. Dersom lenger tid skulle fare må det kreves mer ved situasjonen for at man skal anse tilbaketrekning virksomt, f.eks. at opplysninger om faktisk eierforhold er feil ved at ektefellen opplyser gjenstander som felleseie, men at de viser seg å være gjenlevendes særeie. Står vi ovenfor en samtykkeavtale med betingelser er mitt utgangspunkt at det skal mye til for å anvende § 39. Til dette må det da gjøres en vurdering av hvor inngripende betingelsene er for gjenlevende ektefelle.

Videre må det ses på situasjonen for hvordan samtykke ble innhentet. Ble dette gjort ved samtaler mellom partene forut for at samtykke ble gitt, slik at partene fikk mulighet til å overveie valget, må grensen for tilbakekall settes strengt. Det kan ikke sies at det er nok å ombestemme seg, til tross for at det foreligger en gavelignende disposisjon. Dette trekkes ut av at avtl. § 39 er en unntaksregel, og er ment å sette en høy terskel for anvendelse.

Illustrerende, men uten spesielt tung rettskildeverdi, er RG. 2002 s.459. I dette tilfelle ble samtykke fra to særkullsbarn gitt rett før påske etter at ektefellene hadde uttrykt et sterkt ønske om dette. Samtykket ble innhentet mens den ene var på arbeid. For den andre ble det innhentet samtidig som hun fylte bensin på stasjonen familien drev. Samtykke ble gitt uten tidligere drøftelse, og det ble uttalt av retten at samtykket var innhentet på en lite betryggende måte. Rett over påske trakk særkullsbarna sitt samtykke. Tidsrommet fra samtykke ble gitt til det ble trukket tilbake var altså kort. Samtykket ble også gitt betingelsesløst. Disse faktorene tilsa at særkullsbarna at særlige grunner forelå. I dette tilfelle kom domstolen frem til at var arvingene ikke var bundet av sitt samtykke etter avtl. § 39.

2.4.3 Forutsetningslæren

Læren om bristende forutsetning kan også anvendes på problemstillingen. Denne går ut på at en avtalepart kan anses ubundet av avtalen dersom en forutsetning ved avtaleinngåelsen senere viser seg å være feil. Forutsetningen må ha vært motiverende for parten, slik at det må antas at løfte ikke ville vært gitt dersom denne forutsetningen ikke lå til grunn. Videre må forutsetningen være synbar for motparten i avtaleforholdet.³³

Et av de omtalte eksemplene i rettslitteraturen gjelder søskenflokker med mer enn et særkullsbarn.³⁴ Her vil samtykke i de fleste tilfeller inneholde en underforstått forutsetning om at de øvrige samtykker. Dersom dette ikke er tilfellet blir spørsmålet om denne forutsetningen kan gjøres gjeldende ovenfor den gjenlevende ektefellen.

Arveutsiktene for særkullsbarnet vil bli klart mer sårbar dersom det blir et delvis uskifte, enn om uskifte dekker hele boet. Dette må antas å ha vært både motiverende for særkullsbarnet og synbart for gjenlevende ektefelle at samtykke bygget på en slik forutsetning. Det er helt naturlig at et brudd på en slik forutsetning ville vært påvirkende for særkullsbarnets avgjørelse om å samtykke.

Hensynet til likebehandling drar i samme retning. Dette kommer til uttrykk i al. § 21 ved at en arving ikke kan få arveutbytte uten samtykke fra de øvrige arvingene, og dersom arveoppgjør er gitt kan de øvrige kreve tilsvarende oppgjør.

Totalt sett er det klart at særkullsbarnet kan se seg ubundet i slik sammenheng.

³³ Salhus flytebro-dommen Rt. 1999 s.922 og Gundersen, Fridtjof Frank: *Hovedlinjer i avtaleretten*. 3. utgave, Oslo 1998 s.59.

³⁴ Hambro s.107 og Asland s.127.

Situasjonen er annerledes dersom særkullsbarnet visste at de andre straks ville kreve skifte. Da dette ikke har vært en forutsetning han hadde når han ga sitt samtykke, og særkullsbarnet må leve med beslutning.

Et annet tilfelle som fort kan utspille seg er at det skal innhentes forhåndssamtykke fra kull med særkullsbarn på begge sider. Si at situasjonen er at ektefellene har to barn hver fra tidligere ekteskap, og ønsker å sikre hverandre hvis en skulle falle fra. I slikt tilfelle vil det også være naturlig at et særkullsbarn ved å gi sitt samtykke forventer at de andre tre gjør det samme. Spørsmålet blir om særkullsbarna på den ene siden kan gjøre forutsetningen gjeldende dersom ett eller begge på den andre siden ikke gir sitt samtykke.

I slikt tilfelle blir ikke arveutsikten noe dårligere, men det er naturlig å anta at de fleste ville sett en slik situasjon som urettferdig. Det vil videre være naturlig at de samtykkende særkullsbarna bygget på en forutsetning om at alle samtykket, og at denne situasjonen var synbar for ektefelle. Hensynet til likebehandling er overførbart, men ikke i like sterk grad. Det er to *ulike* arverekker, som ikke direkte involverer hverandre. Totalt sett har jeg under tvil kommet til at en slik forutsetning også kan gjøres gjeldende. Den vil for de fleste være like motiverende og synbar.

3. Begrensinger ved betingelser for samtykke til uskifte

3.1 Innledning

Norsk rett bygger på prinsippet om avtalefrihet. Dette innebærer at alle har friheten til å velge om man vil inngå en avtale, med hvem og hva avtalen skal gå ut på. Dette prinsippet omfatter også avtaler om uskifte. Utgangspunktet er derfor at begrensninger i adgangen til å sette vilkår ved samtykke til uskifte må ha en særskilt begrunnelse.³⁵

Avtalelovens ugyldighetsbestemmelser i form av hvordan avtalen kom til, faller utenfor problemstillingen om *hva* som kan settes som vilkår til uskifte, men det kan nevnes at disse også kan anvendes for å se seg ubundet av avtalen.

3.2 Avtaleloven § 36

En begrensning i avtalefriheten er avtl. § 36. En uskifteavtale kan «helt eller delvis settes til side eller endres» dersom det vil «virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å

³⁵ Asland s.142.

gjøre den gjeldende». Det tas i drøftelsen hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtaleinngåelsen, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig, jf. annet ledd.

Bestemmelsen omfatter alle momenter som gjør at avtalen anses urimelig, jf. ordlyden «omstendighetene for øvrig».

Med hensyn til vurderingstemaet om partenes stilling må det nevnes at det ved uskifteavtaler er tale om to privatpersoner. Derimot kan det sies at særkullsbarnet har en sterk forhandlingsposisjon før samtykke gis, og kan ha en svak stilling dersom samtykke gis uten betingelser som f.eks. rådighetsbegrensninger. Konkrete forhold kan likevel tilsi at det foreligger en sterk og svak part, f.eks. dersom særkullsbarnet er i et avhengighetsforhold til gjenlevende ektefelle ved at særkullsbarnet er ungt og bor sammen med gjenlevende.

Vurderingen er om det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende på vilkårene som foreligger etter en konkret vurdering. Et spesielt moment med avtl. § 36 er at den tar sikte på «å fange opp utviklingen i synet på hva som er urimelig», jf. Rt. 1991 s.147.³⁶ Dette betyr at bestemmelsen forandrer seg i takt med samfunnsoppfattelsen av hva som er urimelig.

Et annet moment av betydning er forutsetninger fra en av partene. Selv om dette ikke er nevnt eksplisitt i lovteksten går det frem av «omstendighetene for øvrig» at dette kan vektlegges. I slikt tilfelle vil en synbar forutsetning som senere svikter tale for at avtalen er urimelig.

De momentene som generelt vil tale imot lemping eller tilsidesettelse er prinsippet om at avtaler skal holdes, hensynet til forutberegnelighet og avtalefriheten.

Ved valg av reaksjonsformen ved overtredelse av avtl. § 36 går det frem av forarbeidene at

«Utgangspunktet ved valg av reaksjon må være at en skal søke å komme fram til det som er rimelig, sett fra begge parters side.»³⁷

I dette ligger det at domstolen skal søke rimelighet, slik at avtalen kan justeres til den anses rimelig. Kan ikke dette gjøres skal avtalen settes til side.

3.3 NL-5-1-2

En annen begrensning av avtalefriheten er at det ikke kan gjøres gjeldende betingelser som er i strid med lov eller ærbarhet, jf. Nl. 5-1-2. Klare eksempler på brudd vil være avtaler om

³⁶ s.152

³⁷ NOU 1979:32 s.60

kriminelle handlinger. Et annet eksempel som kan by på tvil er vilkår om at gjenlevende ikke kan få seg ny kjæreste med uskifteretten i behold.³⁸ Et slikt vilkår som pålegger lengstlevende slike personlige plikter vil nok normalt anses som i strid med ærbarhet og kan derfor ikke gjøres gjeldende ovenfor gjenlevende ektefelle.

4. Typiske former for betingelse.

Det kan tenkes en rekke ulike former for betingelser som kan settes, men enkelte typetilfeller anses mer relevante i denne sammenheng. Disse kan kategoriseres som rådighetsbetingelser, omfangsbetingelser, betingelser ved sluttoppgjør, opphørsbetingelser og forhåndsbetingelser. Det vil i det følgende redegjøres for hva disse betingelsene er, og hvilke rettsregler som kan tenkes å sette begrensninger i avtalefriheten.

5. Rådighetsbetingelser

5.1 Utgangspunkter

Utgangspunktet for gjenlevende er at han råder som en eier, jf. al § 18 første ledd. Ingen av de lovfestede rådighetsbegrensningene påvirker gjenlevendes daglige bruk, så på denne måten kan gjenlevende fritt øke forbruket slik at boet tappes for verdi.

Derimot er klare begrensninger på rådigheten på enkelte rettslige eller faktiske disposisjoner, jf. al. §§ 19 og 21, jf. §§ 24 og 27.

5.2 Al. § 19

Etter al. § 19 kan ikke gjenlevende ektefelle gi bort fast eiendom eller gi bort gaver som står i «mishøve til formuen i buet». Forbudet mot å gi bort fast eiendom er absolutt, mens for andre overføringer må det avgjøres om gaven står i misforhold til formuen i boet. Bestemmelsen omfatter også gavesalg, jf. fjerde ledd. Reaksjonsformen for brudd på bestemmelsen er omstøtelse med vilkår om ond tro fra gavemottakeren, jf. annet ledd. Fristen for å kreve omstøtelse er på 1 år fra arvingen fikk kunnskap om disposisjonen, jf. tredje ledd.

Først og fremst må disposisjonen utgjøre en gave eller et gavesalg for at al. § 19 skal kunne anvendes. Dette innebærer at vanlige salg av både løsøre og fast eiendom faller utenfor

³⁸ Asland s.142 bruker samboer som eksempel.

bestemmelsen. På denne måten kan gjenlevende ektefelle f.eks. selge huset for markedspris og kjøpe seg et billigere. Deretter forbruke det overskytende beløpet. Alternativt kan gjenlevende ta opp et lån med pant i huset, og forbruke dette.

En praktisk måte for særkullsbarnet å sikre seg mot dette er å sette som betingelse for samtykke at fast eiendom ikke kan pantsettes eller selges uten samtykke fra særkullsbarnet. Skulle gjenlevende allikevel selge eller pantsette eiendommen er det klart at særkullsbarnet kan rette krav mot gjenlevende. Derimot er det ikke sikkert at krav kan gjøres gjeldende ovenfor tredjeparten. I slikt tilfelle er gjenlevende legitimert utad som eier, og særkullsbarnet er derfor ikke sikret mot tredjeparts rettigheter i god tro. For å sikre den faste eiendommen bør kravet om samtykke tinglyses. Da vil rettigheten ha rettsvern mot senere rettsserverv, jf. tinglysingsloven § 20.

Neste spørsmål er hvilke andre disposisjoner som omfattes av al. § 19.

Som nevnt omfatter denne bestemmelsen kun gave og gavesalg. Det kan ikke oppstilles en klar definisjon på gavebegrepet. Dette må avgjøres ved en konkret tolkning i hvert enkelt tilfelle, jf. Rt. 1982 s.948, Rt. 2006 s.776 og Rt. 1982 s.1165. Det viktigste momentet som trekkes frem er om det er gitt vederlag for overføringen. Er overføringen vederlagsfri vil dette være en sterk indikasjon på at det foreligger en gave. Dette gjelder også i tilfeller hvor det først er avtalt en kjøpesum, som parten i ettertid nekter å motta. Dette var tilfellet i Rt. 2006 s.776, og Høyesterett kom her frem til at det forelå en vederlagsfri gaveoverføring som kunne omstøtes.

Det mest gjennomgående i juridisk litteratur til vilkåret om gavehensikt er at gavedisposisjonen utad må fremstå som en akt av gavmildhet.³⁹

For at gaven kan kreves omstøtt må den enten omhandle fast eiendom, eller at disposisjonen står i misforhold til formuen i boet. Gis det flere gaver til samme mottaker må disse ses i sammenheng, jf. Rt. 1982 s.948. Grensen for hva som faller innunder vilkåret om misforhold er skjønnsmessig, og må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. I enkelte underrettsdommer har de kalkulert hvor stor prosentvis andel av boet gaven utgjør, men fremholdt at prosenten ikke er avgjørende for resultatet, jf. RG-1991-675 og RG-1993-493.

³⁹ Asland m. fler, s.193.

I tillegg kreves det ond tro fra gavemottaker for at gaven kan omstøtes. Vilkåret om ond tro omfatter både at gjenlevende sitter i uskifte og at disposisjonen anses som en gave eller gavesalg.⁴⁰

Totalt sett tilsier rettsbildet at gavedisposisjoner er et usikkerhetsmoment for både gjenlevende og særkullsbarnet. Det kan i mange tilfeller vanskelig fastslås sikkert hva som omfattes av loven, og dette gjenspeiler seg i at al. § 19 er den av uskiftebestemmelsene som har vært oftest oppe for Høyesterett. Dette er også grunnen til at bestemmelsen er foreslått endret til at det ikke kan gis gaver ut over det som følger av skikk og bruk.⁴¹

For å bøte på dette usikkerhetsmomentet kan særkullsbarnet sette som betingelse for samtykke at gaver over en fastsatt sum ikke kan gis. Dette vil være lettere etterprøvbart, og kan tilpasses den individuelle situasjonen. Dette vil ikke nødvendigvis være negativt for gjenlevende, da det er lettere å tilpasse seg klare regler enn de vage og skjønnsbetonte. Så lenge betingelsene ikke settes for strenge kan de være til fordel både for særkullsbarnet og gjenlevende. Særkullsbarnet oppnår beskyttelse av sin arverett, mens gjenlevende får klarhet som ikke nødvendigvis er hemmende. Det kan være lettere for gjenlevende å akseptere en betingelse de har kommet til enighet om, enn en som følger av loven.

Det må nevnes at særkullsbarnet ikke har samme sikkerhet ved rådighetsbegrensninger over løsøre som fast eiendom. Heftelser på fast eiendom kan tinglyses for å forsvare seg mot tredjeparts god tro-ervert, men for løsøre er gjenlevende legitimert utad som eier. Da kan ikke en overføring eller gave omstøtes med mindre det foreligger ond tro hos mottaker og forholden går under al. § 19. Omstøtelse på grunnlag av avtalen kan ikke gjøres gjeldende ovenfor parter utenfor avtalen.

Hvordan man skal tolke et brudd på rådighetsbegrensningene drøftes nærmere under del 7.2.

5.3 Al. § 21

Al. § 21 omhandler forbudet mot å gi delvis eller helt arveoppgjør til en av arvingene uten de andre arvingers samtykke. Dersom dette har blitt gjort kan de andre arvingene kreve ”tilsvarande oppgjør”, jf. annet ledd.

⁴⁰ Rt. 1982 s.948 på s.954.

⁴¹ NOU 2014:1 forslaget § 21.

En forutsetning for at al. § 21 skal komme til anvendelse er at den utbetalte arvingen ikke har krav på oppgjør. Eksempelvis et umyndig særkullsbarn som når myndighetsalder.

Hva som legges i arveoppgjør kommer ikke uttrykkelig frem verken i ordlyden eller forarbeidene. En presumsjon for at det er tale om arveoppgjør er om det overføres større pengebeløp uten at annen avtale er opplyst, jf. Rt. 1892 s.761.

Slikt sett kan arvingene velge mellom å påberope seg al. §§ 19 eller 21 dersom det overføres et større pengebeløp til en av arvingene etter førsteavdøde. Forskjellen vil være at overføringen omstøtes etter al. § 19, mens arvingen kan kreve tilsvarende oppgjør etter § 21.

I lovforslaget til ny arvelov klargjøres grensen ved at alle gaver som overstiger skikk og bruk er å anse som arveoppgjør.⁴²

Med tilsvarende oppgjør menes forholdstallet ut fra arveloddet, jf. Rt. 2001 s.683. Har for eksempel A arvelodd på 2 millioner og B på 1 million, og B får utbetalt 100 000 kr har A krav på 200 000 kr.

Her kan det påpekes et usikkerhetsmoment for arvingene, ved at definisjonen av arveoppgjør ikke er klar. Slikt sett kan det være lurt for særkullsbarnet å innlemme en nærmere definisjon av dette ved samtykke til uskifte. Slikt sett kan det avdekkes tvil om usikre beløpsoverføringer anses som arveoppgjør. Av samme begrunnelse som for § 19 er ikke dette nødvendigvis til skade for gjenlevende. Det kan være lettere å akseptere en begrensning partene har utarbeidet selv, enn en skjønsmessig begrensning som er fastsatt i loven. For særkullsbarnet kan dette sikre mot at det overføres pengebeløp over en viss grense ut av uskifteboet, som ikke nødvendigvis faller inn under al. §§ 19 eller 21.

6. Omfangsbetingelser

Hvor stor del av ektefellenes midler som inngår i uskifteboet avhenger av formuesordningen mellom ektefellene, samt om avdøde har skifteberettigede arvinger. Dette vil typisk være særkullsbarn, testamentsarvinger og ved særeie.

Utgangspunktet for retten til uskifte er felleseie, jf. al. § 9 første ledd. Felleseie omfatter også midlene gjenlevende vil kunne skjevdele etter el. § 59, jf. el § 77, dersom det skifter straks.

⁴² NOU 2014:1 forslaget § 22 s.223.

Eableres uskifte inngår skjevdellingsmidlene i uskifteboet, og gjenlevende mister muligheten til å skjevdele disse midlene.

For forsikringsutbetalinger i forbindelse med ektefellens død kan de holdes utenfor deling dersom skifte skjer straks, jf. forsikringsavtaleloven § 15-1. Eableres uskifte går midlene inn som felleseie i uskifteboet.

Alt fremtidig erverv for gjenlevende inngår i uskifteboet, jf. al § 17. Dette omfatter også gaver og arv, med mindre disse er gitt med særeieklausul av giver eller arvelater, jf. første ledd annet punktum. For arv og gave uten særeieklausul har gjenlevende muligheten til å holde dette utenfor uskifteboet ved å kreve skifte innen tre måneder etter at gaven eller arven er mottatt, jf. tredje ledd.

Gjenlevende har en rett til å sitte i uskifte med avdødes særeie i tilfeller hvor dette er fastsatt i ektepakt etter el. § 43 eller arvingene samtykker, jf. al. § 9 annet ledd. Selv om det ikke er uttrykkelig sagt i loven må også testament være et grunnlag for å sitte i uskifte med særeie. Formkravene for testament og ektepakt er likelydende, så når formkravene for testament er oppfylt vil også formkravene for ektepakt være de samme. Senest i Rt. 2012 s.401 uttalte Høyesterett at «Det er derfor lagt til grunn at testamentariske disposisjoner som er tatt inn i en ektepakt i utgangspunktet vil være gyldige mellom partene».⁴³ Uttalelsen gjelder testamentariske disposisjoner inntatt i ektepakt, men forholdet vil naturlig være det samme for motsatt tilfelle.

I tilfellene hvor avdødes særeie inngår i uskifteboet vil også gjenlevendes eget særeie gjøre tilsvarende, jf. al. § 17 første ledd tredje punktum, jf. al. § 9 annet ledd annet punktum. Unntakene til denne bestemmelsen er når motsatt er fastsatt i ektepakt med førsteavdøde, det er avtalt med arvingene eller særeie er bestemt av giver eller arvelater. I slike tilfeller kan gjenlevende holde sitt eget særeie utenfor boet, selv om førsteavdødes særeie inngår. For særkullsbarnas del er det relevant om gjenlevendes særeie inngår i uskifteboet med hensyn til forholdstallet ved senere deling, jf. al. § 26 annet ledd, og for å fastslå størrelsen på boet ved bedømmelse om gjenlevende har handlet i strid med al. § 19. Ved deling vil uansett gjenlevendes særeie gå til gjenlevendes arvinger.

For særkullsbarnet kan det være ønskelig at gjenlevendes særeie inngår i uskifteboet. Dersom særeie inngår omfattes en senere deling av forholdstallene ved etableringen av uskifteboet,

⁴³ Avsnitt 36.

mens særeie holdes helt utenfor dersom det ikke inngår i uskifteboet. I en slik situasjon foreligger det en risiko for at gjenlevende ektefelle bruker midler av uskifteboet til å øke verdien på sitt eget særeie. I slikt tilfelle kan særkullsbarnet ha krav på vederlag, jf. al. § 27 annet ledd, men dette avhenger av at særkullsbarnet vet at gjenlevende ektefelle har brukt midlene som foreskrevet. Et annet mulig scenario er at gjenlevende ektefelle forbruker av uskifteboet, men sparer sitt eget særeie. I slikt tilfelle vil ikke al. § 27 annet ledd komme til anvendelse. Gjenlevende har ikke brukt uskifteboet til å øke formuen sin utenfor boet, da særeieformuen er den samme som ved etableringen av uskifte. Gjenlevende har forbrukt uskifteboet, som han har rett til. Slikt sett ligger det større trygghet for særkullsbarnet at gjenlevendes særeie inngår i boet ved at boet da skiftes på forholdstall.

Spørsmålet blir da om samtykke til uskifte kan betinges av at gjenlevendes særeie inngår i uskifte, på tross av at gjenlevende har rett til å holde det utenfor. For å besvare dette må vi se på hjemmelen for at gjenlevende kan holde særeie utenfor uskifteboet.

Dersom særeie følger av giver eller arvelater er gjenlevende ektefelle avskåret fra å endre dette, jf. el. § 48. Slikt sett kan ikke gjenlevende endre særeie til felleseie, som ville ført til at midlene ble omfattet av uskifte. Videre kan ikke særeie inngå i uskifteboet, jf. al. § 9 annet ledd annet punktum.

Neste spørsmål er om samtykke kan betinges av at uskifteboet omfatter gjenlevendes særeie selv om det foreligger en ektepakt som gir gjenlevende en rett til å holde sitt særeie utenfor uskifteboet. Høyesterett nevner muligheten for å modifisere eller sette til side bestemmelser i en ektepakt som vilkår for samtykke i Rt. 1992 s.374.⁴⁴ Dette forutsetter at «tredjemanns rettigheter ikke blir krenket». Det kan tenkes to potensielle tredjemenn i et slikt scenario, førsteavdøde ektefelle og eventuelle livsarvinger av gjenlevende.

Fra førsteavdøde ektefelles ståsted er det naturlig at en ektepakt som bestemmer at gjenlevende kan holde sitt særeie utenfor uskifteboet er gjort i hensikt å beskytte gjenlevende. Gjenlevende bør i slikt tilfelle stå fritt til å velge om han ønsker å benytte seg av denne fordelene.⁴⁵ Man kan trekke en parallell til el. § 42 tredje ledd som omhandler avtalt særeie ved ene ektefelles død. I slikt tilfelle kan gjenlevende se bort fra en slik bestemmelse, dersom

⁴⁴ s.377.

⁴⁵ Hambro s.245.

ikke annet er avtalt eller klart forutsatt. Jeg kan derfor ikke se at førsteavdødes rettigheter blir krenket, og avskjærer derav muligheten for en slik avtale.

For eventuelle livsarvinger av gjenlevende er det klart at de ikke har noen aktuelle rettigheter i dette tilfellet. Deres fremtidige arv påvirkes i svært liten grad, når særeie ved deling uansett vil tilfalle dem.

For å oppsummere vil det i normalsituasjonen være mulig å avtale at uskifteboet omfatter gjenlevendes særeie selv om det motsatte er fastsatt i ektepakt.

Et annet nærliggende spørsmål er om det kan avtales at gjenlevendes særeie skal inngå i uskifteboet som felleseie. Dette drøftes nærmere under del 8.5.

7. Opphørsbetingelser

7.1 Innledning

Loven inneholder en rekke muligheter for når det kan kreves skifte. Først og fremst kan gjenlevende når som helst kreve helt eller delvis skifte med likt oppgjør til alle arvingene, jf. al. § 24.

Videre faller retten til uskifte bort når gjenlevende gifter seg på nytt, eller blir fratatt rettslig handleevne på økonomiske forhold, jf. al. § 23.

Har gjenlevende vanstyrt uskifteboet eller forsømt oppfostringsplikten kan særkullsbarnt kreve skifte, jf. al § 24 annet ledd. Det samme gjelder dersom gjenlevende inngår et samboerskap som har vart i over 2 år, eller har, har hatt eller venter barn med samboeren, jf. 2. ledd annet punktum.

Til slutt kan umyndige særkullsbarnt kreve skifte når de blir myndige, jf. al. § 24 tredje ledd.

I tillegg til disse lovfestede opphørsgrunnene kan særkullsbarnt av forskjellige årsaker ønske alternative opphørsgrunner. Et eksempel er at særkullsbarnt ikke ønsker å binde samtykket sitt livet ut, og derfor setter en frist på samtykke for 10 år. Etter 10 år kan særkullsbarnt enten gi et nytt samtykke eller kreve skifte. Dette kan være praktisk av ulike årsaker. Først og fremst fordi det gir gjenlevende en motivasjon til å holde seg innenfor de grensene avtalen og loven oppstiller. En annen grunn er at man vanskelig kan forutse sin økonomiske situasjon

med klarhet. Muligens trenger man arven mer enn man gjorde ved førsteavdødes dødsfall. Slikt sett får man en ny mulighet til å kreve skifte etter en gitt tidsperiode.

7.2 Brutt betingelse

Et annet sentralt spørsmål er hvordan man skal anse en brutt betingelse etter uskifteavtalen, nærmere bestemt om man kan kreve skifte på grunnlag av en brutt betingelse.

Sammenligner man med kontraktsretten kreves det at misligholdet er «vesentlig» for at en part kan heve avtalen, se f.eks. kjøpsloven §§ 39, 55 og avhendingslova § 4-13. I avgjørelsen av om misligholdet er vesentlig skal det tas hensyn til hvilke andre misligholdsbeføyelser som vil avhjelpe.⁴⁶ Kontraktsretten har en rekke beføyelser som kan gjøres gjeldene både mot selger og kjøper, mens særkullsbarnet i mange tilfeller har svært få muligheter til å tvinge gjennom at uskifteavtalen holdes. Tar man utgangspunkt i at det er avtalt strengere begrensninger enn det som følger av loven til rådigheten over uskifteboet, samt at gjenlevende ektefelle har handlet innenfor rammen av lovverket, har særkullsbarnet ingen andre beføyelser å gjøre gjeldende enn å kreve skifte på grunnlag av avtalebrudd. På dette grunnlaget antas det at terskelen for å kreve skifte på grunnlag av avtalebrudd må være lavere enn terskelen for å heve f.eks. en kjøpsavtale.

I tillegg har etableringen av uskifte kommet til stand på grunn av betingelsene, og det kan antas at særkullsbarnet ikke hadde samtykket til uskifte dersom han visste at de ville bli brutt.

Det må bemerkes at opphør av uskifte er drastisk for gjenlevende ektefelle, når hele boet må skiftes. Uskifteretten har historisk gått i retningen av å styrke og beskytte ektefellens stilling på bekostning av livsarvingene. Derimot har særkullsbarnet også en beskyttet stilling i lovverket, og beskyttelsen av ektefellens stilling gjør seg ikke like gjeldende når uskifte bygger på avtale.

Totalt sett har særkullsbarnet ingen andre beføyelser å gjøre gjeldende, og avtalen har kommet i stand på bakgrunnen av betingelsene. Skulle særkullsbarnet ikke kunnet krevd skifte på grunn av en brutt betingelse ville det satt særkullsbarnet i en sårbar situasjon, samt at uskifteavtalen i det vesentlige ville blitt meningsløs. Det må derfor sies at som hovedregel kan særkullsbarnet kreve skifte på grunnlag av en brutt betingelse.

Uansett kan det være lurt for alle parter å klargjøre hvilke tilfeller av brudd som gir særkullsbarnet rett til å skifte. Dersom dette er gjort rede for i uskifteavtalen vil partene i

⁴⁶ Ot.prp.nr.80 (1986-87) s.91.

utgangspunktet være bundet av dette. Det kan her tenkes at avtl. § 36 kan anvendes dersom resultatet etter en tid viser seg å være urimelig.

7.3 Gjenlevendes skifterett

Et annet spørsmål er om gjenlevende ektefelles rett til å kreve skifte etter al. § 24 kan avtales bort, altså at det settes som betingelse at gjenlevende ikke kan kreve skifte. En slik avtale vil være lønnsom for særkullsbarnet for å sikre seg mot at gjenlevende skifter like før sin bortgang, og dermed tar arv av førsteavdøde og sikrer sin slekt en større andel av boet.

Etter al. § 24 kan gjenlevende ektefelle i uskiftet bo når som helst kreve skifte. Spørsmålet er da om al. § 24 er preseptorisk eller deklarasorisk. John Asland tar til ordet for at bestemmelsen må anses deklarasorisk, og begrunner dette primært i at avtalefriheten må gjelde også på dette emnet.⁴⁷ Peter Hambro mener bestemmelsen er preseptorisk og begrunner dette i den klare ordlyden i bestemmelsen, samt at gjenlevende ektefelle neppe kan ha forstått konsekvensene av handlingen.⁴⁸

Ordlyden i bestemmelsen er at gjenlevende «når som helst» kan kreve skifte, jf. al. § 24 første ledd. Ordlyden er klar, men forarbeidene utdyper ikke nærmere om bestemmelsen skal forstås som preseptorisk. Det foreligger heller ikke en tilhørende bestemmelse om lovens fravikelihood som man finner i f.eks. arbeidsmiljøloven § 1-9 og husleieloven § 1-2.

For å illustrere kan man tenke seg at gjenlevende sitter i uskifte med en slik betingelse. Han ønsker senere å skifte, på grunn av nytt giftemål. Retten til uskifte vil da bortfalle, jf. al. § 23 første ledd, men kan avhjelpest av samtykke fra arvingene, jf. Rt. 1982 s.149.⁴⁹ I en slik situasjon vil ektefellene etter uskifteavtalen være bundet til å fortsette uskifte. Slike tilfeller vil da kunne fanges opp av avtalelovens regler. Dette tilfelle ville nok fort kunne anses som urimelig etter avtl. § 36.

Ser man generelt på hele arveretten vil et samtykke fra den parten som besitter rettigheten avhjelpe klare lovbestemmelser, f.eks. kan livsarvingers pliktdelsarv krenkes ved samtykke. Avtalefrihet må anses som utgangspunktet også på samtykkeavtaler, og avtalelovens bestemmelser vil da være tilgjengelig for å rette opp urimelige resultater. Jeg har derfor under

⁴⁷ Asland s.322.

⁴⁸ Hambro s.129

⁴⁹ Avsnitt 9.

⁵⁰ Asland s.331 og Hambro s.247

tvil kommet frem al. § 24 er deklarasjon og at betingelsen kan gjøres gjeldende ovenfor gjenlevende.

Det bør til dette bemerkes at andre fremgangsmåter bør benyttes dersom frykten er at gjenlevende skifter rett før sin bortgang for å ta arv av førsteavdøde. Dette følger av den juridiske usikkerheten rundt om gjenlevende er bundet av en slik betingelse. Alternativt kan dette kan gjøres ved å betinge samtykke av at gjenlevende gir avkall på arven etter førsteavdøde. At en slik betingelse kan knyttes til samtykke er det bred enighet om. En slik betingelse vil også binde eventuelle arvinger av gjenlevende.⁵¹ En slik betingelse vil derimot ikke dekke fremtidig arv gjenlevende mottar, dersom siktemålet er et fremtidig utbytte av en slik eventuell arv. Dette må likevel sies å være lite beskyttelsesverdig.

8. Betingelser ved sluttoppgjør

8.1 Utgangspunkter

Ved opphør av uskifte skal uskifteboet fordeles. Dette er regulert i al. § 26, og eventuelt av al. § 27 om vederlagskrav.

Fordelingen avhenger først og fremst av formuesordningen ektefellene hadde. Al. § 26 første ledd omhandler uskiftebo som kun omfatter felleseie, mens andre ledd omhandler tilfeller hvor uskifteboet omfatter særeie.

Lovens utgangspunkt er at felleseie deles likt på begge arvegrener. Omfatter boet særeie skal boet deles etter forholdstall, f.eks. hvis ektefelle A har særeie for 1 mill. og felleseie for begge er 2 mill. vil forholdstallet være 1:2. I slikt tilfelle vil 2/3 av uskifteboet gå til arvingene etter A.

Dersom ektefellen skifter i livet har han rett på arv etter al. § 6, jf. al. § 26 første ledd andre setning.

Det kan tenkes ulike avtaleformer som i resultat gir særkullsbarnet mer enn det ville hatt krav på etter lovens ordning. Jeg vil i det følgende drøfte de juridiske betenkelighetene ved at det avtales en annen deling av uskifteboet enn den som følger av al. § 26, at det avtales at skjevdelingsretten skal bestå og omgjøring av særeie til felleseie.

⁵¹ Hambro s.275, Asland s.444 og Unneberg, Inge: *Avtaler om arv*. Tromsø 2009. s.478.

8.2 Annen fordeling enn al. § 26

8.2.1 Innledning

Det første sentrale spørsmålet som berører skifteoppgjøret er avtaler som bestemmer en annen deling enn den som følger av al. § 26. Høyesterett uttalte i Rt. 1992 s.374 at andre delingsbrøker kan avtales forutsatt at «livsarvingers pliktdelsrett ikke blir berørt».⁵²

En avtale om annen fordeling av både særeie og felleseie vil i praksis innebære en økt andel til særkullsbarnet. Det kan ikke anses som veldig relevant at det inngås en avtale om en mindre utbetaling av arv til særkullsbarnet enn hva det har krav på ved et umiddelbart skifte. I det følgende avgrenses derfor drøftelsen til betingelser som gir særkullsbarnet en økt andel.

Høyesterett forutsatte i sin uttalelse om annen deling at «livsarvingers pliktdelsrett ikke blir berørt». Pliktdelsreglene kommer kun til anvendelse ved dødsdisposisjoner, så for å kartlegge i hvilken utstrekning pliktdelsreglene avskjærer mulighetene til å avtale andre delingsbrøker må uttalelsen analyseres nærmere.

Peter Hambro oppstiller to ulike tolkningsalternativer.⁵³ Det første er at en slik avtale uten unntak ikke kan berøre pliktdelsregelen. Det andre tolkningsalternativet er at pliktdelsregelen ikke må krenkes, *forutsatt* at avtalen etter sitt innhold er å anse som en dødsdisposisjon etter en konkret vurdering.

Tar vi tak i det første tolkningsalternativet vil dette bety at pliktdelsreglene også vil omfatte livsdisposisjoner. Selv om en slik avtale kan inngås med det formål å sitte i uskifte livet ut, er det fullt mulig at det skiftes i live. Dette kan være forårsaket av gjengifte, vannstyring av uskifteboet eller eget ønske. I slike tilfeller vil gjenlevende være bundet av avtalen og må respektere en lavere utbetaling enn det som følger av loven. Det kan også settes spørsmål til om Høyesterett i det hele tatt kan utvide pliktdelsretten til også å omfatte livsdisposisjoner.

Tolkningsalternativ to må etter mitt skjønn anses som en mer naturlig tolkning av uttalelsen. Slikt sett er det opp til hver enkelt situasjons holdepunkter om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, og derav om pliktdelsreglene kommer til anvendelse. Dette harmonerer bedre med gjeldende rett.

⁵² s.377.

⁵³ Hambro s.290-298.

Det avgjørende i spørsmålet om pliktdelsreglene står til hinder for en betingelse om annen deling, er derfor om disposisjonen er å anse som en dødsdisposisjon.

8.2.2 Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner

I avgrensningen mellom livs- og dødsdisposisjoner generelt er rettspraksis rikholdig, men det er ingen dommer som omhandler avgrensning ved en avtale om uskifte. Det vil i det følgende ses nærmere på de momentene og kriteriene som går igjen i rettspraksis, og drøfte de i forhold til avtaler om annen deling.

Det er ingen lovhjemmel som utdypende slår fast grensen mellom en livs- og dødsdisposisjon, men man kan trekke enkelte utgangspunkter. Etter al. § 48 kan en person gjennom testament bestemme hva som skal skje med formuen etter hans død. Bestemmelsen oppsetter her et formkrav om testament.

Etter al. §§ 35 og 53 omfatter dette også gaver som ment å skulle oppfylles etter giverens død og gaver som er gitt på dødsleiet. Slike gaver kan ikke bryte med pliktdelsarven eller minstearven til ektefellen, og må gjøres i testaments form.

En typisk dødsdisposisjon er derfor en disposisjon hvor kun arvelater skal yte noe, og hvor oppfyllelse skal skje etter arvelaters død.

Mellom slike disposisjoner og den klare livsdisposisjonen har man flere tilfeller som har bydd på tvil. Som eksempel kan det nevnes disposisjoner mot fullt vederlag på dødsleie, overføringer med oppfyllelse før arvelaters død og disposisjoner hvor arvelater får en motytelse mens han lever. Ser man på Høyesteretts praksis i tvilstilfeller kan det ikke utledes *ett* klart kriterium eller vilkår for om det foreligger en dødsdisposisjon. Derimot har flere kriterier blitt koblet sammen i drøftelsen. Disse er realitet, oppfyllelse og motiv.

Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner er omhandlet i forslaget til ny arvelov, jf. NOU 2014:1 forslaget § 30. Forslaget innebærer ingen realitetsendring sammenlignet med gjeldende rett, men kun en fastsettelse av ulovfestede regler.

8.2.3 Realitet

I NOU 2014:1 omtaler utvalget gjeldende rett rundt dødsdisposisjoner.

«Det viktigste kjennetegnet på en *dødsdisposisjon* er ... at den får realitet etter arvelaters død, og at dette var arvelaterens mening og formål. Disposisjonen var ikke ment å ha, og fikk heller ikke, realitet for arvelateren i hans eller hennes levetid. For å

bli ansett som en *livsdisposisjon*, må disposisjonen ha fått, eller ment å få, realitet for arvelateren i hans eller hennes levetid(livsrealitet).»

Dette utdraget ble sitert av Høyesterett i HR-2017-716-A, og presisert som det sentrale i bedømmelsen mellom livs- og dødsdisposisjoner.⁵⁴

At disposisjonen har fått realitet for gjenlevende i levende live må derfor sies å være det tyngste, og i mange tilfeller det avgjørende kriteriet for at disposisjonen skal anses som en livsdisposisjon.⁵⁵

Ved bedømmelsen om disposisjonen hadde fått realitet for avgiver uttalte Høyesterett i Rt. 2007 s.776 at det:

«beror på en helhetsvurdering der utgangspunktet må tas i den konkrete virkning avtalen fikk for giveren, og der den formelle gjennomføringen av avtalen vil inngå som ett av flere momenter.»⁵⁶

Spørsmålet blir dermed om en avtale om annen deling enn al. § 26 har fått realitet for gjenlevende ektefelle i levende live.

Det vil være naturlig å anta at en slik betingelse er satt av særkullsbarnet. Slikt sett innebærer en aksept av betingelsen fra gjenlevende ektefelles ståsted at han får nyte retten til å sitte i uskifte. Å sitte i uskifte antas da å være det mest lønnsomme og behagelige resultatet, hvor alternativet er å skifte straks. Slikt sett får avtalen realitet for gjenlevende ved at boet ikke skiftes. Dette vil for gjenlevende være en klar fordel, som nytes i levende live.

Videre vil en slik avtale også kunne gjøres gjeldende mot gjenlevende ektefelle ved et skifte i live. Dette kan sammenlignes med situasjonen i Rt. 2007 s.776 hvor det ble bestridt en overføring gjort gjennom en samboerkontrakt. Her påpekte Høyesterett at givende samboer var bundet av samboeravtalen også ved samlivsbrudd. Dette innebar at selv om hendelsesforløpet ikke hadde utspilt seg, var det noe samboerne måtte ta til etterretning og som tilsa realitet.

Til dette argumentet må det tas forbehold om situasjoner hvor det er svært urealistisk at gjenlevende skifter i live. Hver enkeltsituasjon skal bedømmes konkret, og dette argumentet

⁵⁴ Avsnitt 47

⁵⁵ Dette kan også utledes av eksempelvis Rt. 2007 s.776 og Rt. 2008 s.1589, jf. Rt. 1961 s.951.

⁵⁶ Avsnitt 35.

for livsdisposisjon vil ikke nødvendigvis være like treffende i tilfeller hvor gjenlevende ektefelle har svært høy alder eller helsetilstanden tilsier at døden er nærstående.

Det foreligger også momenter som tilsier at uskifteavtalen er en dødsdisposisjon. I tilfeller hvor uskifte varer livet ut opplever aldri lengstlevende virkningen av særkullsbarnets økte andel av boet. Denne siden av disposisjonen har derfor ikke realitet for lengstlevende.

Det må også trekkes frem likheten til pleieavtaler. Gjennom avgjørelser om pleieavtaler har Høyesterett åpnet for muligheten til å anse avtaler som klart forutsetter at godtgjørelse skal skje etter avgivers død som en livsdisposisjon.

Rt. 1963 s.540 omhandler en slik pleieavtale. I dette tilfellet hadde ei enke testamentert bort huset mot pleie og stell til sin død. Her var det klart for Høyesterett at det ikke var en fordeling av eiendeler etter hennes død enken hadde i tankene med det nye testamentet, men å sikre seg forsvarlig tilsyn og pleie i hennes siste levetid.

Det ble i dette tilfellet gjort en avtale hvor enken fikk en ytelse i levende live, og det er klart at denne hadde realitet for henne. At hun betalte for denne ytelsen etter sin bortgang var ikke avgjørende. Dette ble ansett som en livsdisposisjon.

I likhet med pleieavtaler mottar gjenlevende ektefelle en fordel i levende live i form av å få sitte i uskifte. Denne gis mot et vederlag i form av høyere utbytte på skiftetidspunktet. Det er allikevel en viktig forskjell som må trekkes frem. Der pleier klart gjør en ytelse, er ytelsen for særkullsbarnet passiv. Det ytes ingenting i den normale forstand av ordet, men avstås fra en rett. Det å avstå en rett mot vederlag er derimot ingen ny handling innen jussen. Handlingen er heller ikke risikofri for særkullsbarnet. Ved å samtykke til uskifte risikerer man at boet minker i størrelse, og eventuelt tømmes helt. Likheten mellom pleieavtaler og avtaler om annen fordeling av boet tilsier derfor at avtalen må anses som en livsdisposisjon.

Totalt sett er det tvetydig om en avtale om annen deling har realitet for gjenlevende ektefelle i tilfeller hvor deling er ment å skje etter gjenlevendes død. Den økte andelen til særkullsbarnet får aldri virkning for lengstlevende. Allikevel tilsier fordelingen av å sitte i uskifte, som gjenlevende nyter i levende live, og likhetstrekkene til pleieavtaler at avtalen har realitet for gjenlevende.

8.2.4 Oppfyllelse

Kriteriet oppfyllelse, alternativt fullbyrdelse, omhandler den faktiske og formelle gjennomføringen av disposisjonen. Dette har blitt drøftet i en rekke høyesterettsdommer, men

er ikke det sentrale for vurderingen. Vilkåret stammer fra ordlyden i den gamle arveloven § 65 som lyder: «endnu ikke ere fuldbyrdede». I rettspraksis blir vilkåret ofte drøftet som et moment for om disposisjonen har hatt realitet for avgiver. Eksempelvis uttalte Høyesterett i Rt. 2007 s.776 om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner at

«Dette beror på en helhetsvurdering der utgangspunktet må tas i den konkrete virkning avtalen fikk for giveren, og der den formelle gjennomføringen av avtalen vil inngå som ett av flere momenter.»⁵⁷

Det vil være mest nærliggende å kalle oppfyllelse et hjelpe-kriterium til drøftelsen av realitet. Med dette menes at en fullbyrdet overføring vil tale for at det har hatt realitet for giveren, men at det hver situasjon allikevel må drøftes etter de andre holdepunktene som foreligger. Med fullbyrdelse omfattes både den faktiske overføringen av tingen, samt den rettslige overføringen. Selv om Høyesterett i overnevnte dom kun nevner formell gjennomføring er det klart at den faktiske gjennomføringen vil være et moment som må tillegges vekt for om disposisjonen har fått realitet for gjenlevende.

At oppfyllelse ikke skjer ligger i selve naturen av ytelsen. Den er ikke ment å skulle oppfylles før arvelater eventuelt dør. Oppfyllelse er allikevel som nevnt kun et av flere momenter, og som gjerne kobles til realitet.

8.2.5 Motivet

Det siste kriteriet som gjennomgående har blitt trukket frem av Høyesterett er motivet for disposisjonen.⁵⁸ Kriteriet kan også hentes ut av lovteksten i den likelydende ordlyden i al. §§ 35 og 53 «meint å skulle oppfyllas etter at givaren er død». Kriteriet er ikke et selvstendig sterkt kriterium, men knyttes ofte til bedømmelsen av realitet når dette vanskelige kan slås fast. Rt. 1982 s.1165 er illustrerende.

I denne dommen overførte enkemannen i uskifte landbruket til sin svigerdatter. Det ble satt en kjøpesum som var lav i forhold til markedspris. Denne ble betalt gjennom at svigerdatteren overtok panteheftelser, utsendelse av en pantobligasjon og som lønn for pleie og stell. For øvrig forbeholdt enkemannen seg en livsvarig vederlagsfri boret ut sin levetid. Han var 88 år på tidspunktet for eiendomsoverføringen, og hadde et økende behov for tilsyn og pleie. Han var grunnet sin helse ikke i stand til å ivareta drift og vedlikehold av gården som han var

⁵⁷ Avsnitt 35.

⁵⁸ Rt. 2007 s.776, Rt. 1961 s.935 og Rt. 1963 s.803.

sterkt knyttet til. Ved å overdra gården til svigerdatteren oppnådde enkemannen at hun ble bundet til gården slik at han fortsatt kunne regne med tilsyn og hjelp, samt at han kunne legge fra seg ansvaret om drift og vedlikehold.

I og med at enkemannen i denne dommen beholdt en livsvarig borett, og situasjonen ellers ikke tydelig taler for at disposisjonen hadde fått realitet i live for enkemannen, tok Høyesterett tak i motivasjonen for handlingen. Denne var ikke å fordele eiendeler etter sin død, men å sikre seg en behagelig avslutning på livet og sørge for at gården ikke forfalt. Dette ble derfor ansett som en livsdisposisjon hvor det avgjørende var enkemannens motivasjon for disposisjonen.

Med tanke på problemstillingen om en avtale om annen fordeling anses som en livs- eller dødsdisposisjon er denne dommen interessant. Mannen var forholdsvis gammel og hadde dårlig helse. Selv om Høyesterett trekker frem at mannen fullt tenkelig kunne leve i flere år, så må det også være sannsynlig at dette ikke er tilfellet. Videre endrer ikke situasjonen til mannen seg nevneverdig. Han fortsatte å bo på gården som før.

I dette tilfellet er det tvetydig om disposisjonen har fått realitet for mannen, og derfor legges det avgjørende vekt på motivet for handlingen. Også ved problemstillingen om avtalen om annen deling har fått realitet for gjenlevende er svaret tvetydig. Det må derfor legges vekt på motivet for uskifteavtalen.

At motivet for handlingen kan være et moment som tilsier at disposisjonen er en livsdisposisjon kan også utledes fra avtaler om pleiekontrakter. Dette går frem av Høyesteretts uttalelse i Rt. 1963 s.540:

«Som alt nevnt, var det ikke av hensyn til Stenbakks hun gjorde dette, men av hensyn til seg selv og sine egne interesser».⁵⁹

I de sakene som har vært oppe for behandling i Høyesterett, hvor det har blitt lagt avgjørende vekt på motivet for disposisjonen, er det gjennomgående at avgiver har hatt andre mål for øye enn å disponere over arven.

Helt generelt vil et særkullsbarn ikke ha samme tilknytning til gjenlevende ektefelle som f.eks. egen familie eller egne livsarvinger. Det vil derfor i de aller fleste situasjoner være naturlig at en avtale om annen fordeling ikke har for øye å begunstige særkullsbarnet på

⁵⁹ s.543.

bekostning av andre. Derimot vil motivet være at gjenlevende sikrer seg selv de fordeler det er å sitte i uskifte. I dette tilfellet har gjenlevende ektefelle seg selv for øye, og ikke en fordeling av arv. I normalt tilfellet vil derfor motivet for handlingen tilsi at uskifteavtalen må anses som en livsdisposisjon.

8.2.6 Oppsummering

Ved å samle alle trådene om de ulike momentene som nå har blitt drøftet blir det for mitt syn klart at avtaler om annen fordeling av boet enn det som følger av al. § 26 er en livsdisposisjon. Det *har* realitet for gjenlevende ektefelle i live, og motivasjonen vil normalt være å sikre seg selv. Avtalen har også så like trekk med pleieavtaler, som Høyesterett allerede har slått fast er livsdisposisjoner.

Et vilkår for pleieavtaler er at det er forholdsmessighet mellom ytelse og vederlag. Dette kan utledes av både Rt. 1963 s.540 som drøfter dette særskilt, men også Rt. 1995 s. 996 som kom til motsatt resultat på dette grunnlaget. I denne saken forelå et såpass stort misforhold mellom ytelse og vederlag at det ikke var å anse som en livsdisposisjon. Dette følger av at et slikt misforhold da er å anse som en gave. Denne skal da gis etter avgivers død, som klart gjør den til en dødsdisposisjon.

Samme forholdsmessighet må foreligge mellom fordelen det er å sitte i uskifte og den økte andelen til særkulls barnet. Er det ikke forholdsmessighet vil det være snakk om en gave som er ment å gis etter avgivers død. Dette vil i tilfelle klart være en dødsdisposisjon.

Da blir spørsmålet hvordan man skal anslå verdien av å sitte i uskifte. Høyesterett uttaler i Rt. 1963 s.540 at «spørsmålet om forholdsmessigheten må avgjøres etter situasjonen slik den måtte fortone seg for partene på kontrakttiden».⁶⁰ Selv om denne dommen omhandler pleiekontrakter har flere momenter overføringsverdi.

Først og fremst må man se på antatt levealder for gjenlevende ut fra alder og helsetilstand og hvor stor del av boet som ville forsvunnet ved skifte. Deretter er det en rekke andre momenter som kan være interessante ut fra den enkelte situasjon. Dette vil være boets størrelse, risikoen for at boet minker, hvilke rådighetsbegrensinger som er avtalt og om disse minker risikoen for

⁶⁰ s.543.

at boet forsvinner, avviket mellom den avtalte delingen og lovens ordning og sannsynligheten for at boet øker i verdi.⁶¹

8.3 Annen fordeling av felleseie – drøftelse av ordlyden i al. § 26

Et annet nærliggende spørsmål er om ordlyden i al. § 26 avskjærer muligheten til å avtale annen deling i tilfeller hvor formuen bare omfatter felleseie.

Tar man tak i ordlyden i al. § 26 første ledd skal deling av felleseie skje med like mye på hver gruppe arvinger om ikke annet er «fastsatt».

Til sammenligning bruker lovgiver «om ikke anna er avtalt» ved deling av formuen som inneholder særeie, jf. al. § 26 annet ledd. At annen fordeling kan avtales ved bo som omfatter særeie fremgår klart av ordlyden, samt Rt. 1992 s.374. Det er partene som setter opp forhåndstallet ved etableringen av uskifte. På denne måten kan de avtale hvilke forhåndstall som skal settes. At en slik avtale står seg er forbeholdt at disposisjonen ikke er å anse som en dødsdisposisjon.

Derimot vil ordlyden «fastsatt» være mest naturlig å bruke om enten lovtekst eller testament. Spørsmålet blir om ordlyden derfor avskjærer muligheten for å avtale annen deling av felleseie enn det som følger av lovteksten.

Forarbeiderne går ikke direkte inn på valget av ordlyd, men formulerer regelen som at lik deling skal skje hvis «ikke annet er bestemt».⁶² Jeg kan derfor ikke se at lovgiver er bevisst i valget av ordlyd, og har ønsket å avskrive muligheten for å avtale en annen deling av felleseie. Dette baseres på at lovutvalgets mening var at betingelser ikke kunne knyttes i det hele tatt ved samtykke til uskifte, jf. del 1.5. Derfor vil det være naturlig å anta at lovutvalget ikke tenkte over denne mulige tolkningen.

Derimot uttalte Høyesterett i Rt. 1992 s.374: «Vilkåret kan også innebære andre fordelingsbrøker enn de som følger av arveloven § 26.». Her omtales annen fordeling om hele bestemmelsen, og ikke bare i tilfeller hvor særeie omfattes av boet. Disse tilfellene er som nevnt lovfestet i annet ledd. Høyesterett omtaler både fordelingsbrøker i flertall, og nevner bestemmelsen i sin helhet. Det er naturlig å anta at dette er et bevisst valg selv om Høyesterett ikke går dypere inn på problemstillingen.

⁶¹ Asland har satt opp en lignende momentliste. Asland s.443.

⁶² Ot. Prp. Nr.36(1968-69) s.155.

I tillegg finnes neppe en logisk forklaring på hvorfor et særkullsbarn hvor boet omfatter særeie skal sette i en annen posisjon enn et særkullsbarn hvor boet kun omfatter felleseie. Situasjonen ville blitt helt vilkårlig om hvem som kunne kreve annen deling, og hvem som måtte nøye seg med delingsbrøken loven setter opp.

For å oppsummere er det kun ordlyden som taler for at annen fordeling av felleseie ikke kan avtales, og denne er som nevnt ikke begrunnet i forarbeidene. Sett at både Rt. 1992 s.374 og en logisk helhet for regelsettet taler for at annen fordeling av felleseie kan avtales, må dette sies å være tilfelle.

8.4 Retten til å skjevdele

Dersom gjenlevende benytter retten til uskifte, mistes retten til å skjevdele etter el. § 59, jf. el. § 77. For særkullsbarna etter førsteavdøde gjelder det samme for muligheten til å skjevdele. De har retten ved et umiddelbart skifte, og skjevdeling kan ikke «kreves» ved et senere skifte, jf. el. § 77 første ledd annet punktum. Her kan muligheten for gjenlevende ektefelle til å sitte i uskifte minske betraktelig dersom førsteavdøde hadde betydelige skjevdelingsmidler. I slikt tilfelle vil særkullsbarna ikke være tjent med at denne verdien deles likt, når de kan kreve hele straks. Spørsmålet blir da om ordlyden om at skjevdeling ikke «kan kreves» ved et skifte av uskiftet bo er til hinder for at det avtales at skjevdelingsretter er i behold ved et senere skifte.

Et av hensynene for at skjevdelingsretten ikke kan kreves etter uskifte er blitt etablert begrunnes i retts tekniske hensyn. Det kan bli vanskelig å spore tilbake hvor verdiene i uskifteboet stammer fra.⁶³ I likhet med Hambro kan jeg ikke se hvordan retts tekniske hensyn skal gjøre større utslag ved et uskifte enn ved et ekteskap. Ekteskapet kan ha vart i 30 år, og da kan det ikke gjøre store utslag med en kort uskifteperiode etter dette.⁶⁴ Skjevdelingsregelen i el. § 59 omhandler kun midler som «klart» kan føres tilbake. Dette innebærer at midler som vanskelig kan føres tilbake uansett ikke vil omfattes.

Tolker man ordlyden «kreve» i el. § 77 så vil ikke en normal forståelse av dette ordet avskrive at det likevel kan *avtales*. Dette er det bred enighet om i juridisk litteratur.⁶⁵

På bakgrunn av det nevnte er det klart at det kan avtales mellom særkullsbarnet og gjenlevende at skjevdelingsretten er i behold ved et senere skifte.

⁶³ Ot.prp.nr.28 (1990-91) s.69-70.

⁶⁴ Hambro s.126.

⁶⁵ Hambro s.282, Asland s.421 og Holmøy, Vera og Lødrup, Peter: *Ekteskapsloven*. 2. utgave. Oslo 2001 s.520.

I nevnte tilfelle får el. § 59 annet og tredje ledd også får anvendelse, med mindre det foreligger klare holdepunkter for annet. Slikt sett kan skjevdelingsretten settes helt eller delvis til side dersom dette vil føre til et «åpenbart urimelig resultat», jf. annet ledd.

8.5 Omgjøring av særeie til felleseie

Et annet spørsmål som direkte påvirker sluttoppgjøret er om særkullsbarnt kan sette som betingelse til samtykke at gjenlevendes særeie omgjøres til felleseie. Utgangspunkt er bakgrunnen for at gjenlevende har særeie.

Følger særeie av påbud fra giver eller arvelater blir konklusjonen den samme som for omfangsspørsmålet. Gjenlevende ektefelle er avskåret fra å forandre på påbudet, jf. el. § 48.

Dersom særeie følger av ektepakt kan en avtale modifisere eller tilsidesette bestemmelser, jf. Rt. 1992 s.374 og tidligere drøftelse. Dette forutsetter at tredjemenns rettigheter ikke blir krenket.

Både gjenlevende ektefelle og eventuelle livsarvinger av lengstlevende kan tenkes å være tredjemenn i et slikt scenario. Disse vil i det følgende drøftes separat.

Førsteavdøde kan ha aktuelle rettigheter ved at ektepakten holdes slik den er avtalt, altså at avtaler skal holdes. Ser man derimot på bakgrunnen for ektepakten vil normalsituasjonen være å gi den ene ektefellen økt beskyttelse ved å avtale særeie. Da må det være opp til den begunstigede ektefelle om han vil benytte seg av denne fordelene.⁶⁶

Videre nevner Høyesterett i Rt. 1992 s.374 muligheten for å modifisere og tilsidesette vilkår i en ektepakt. Skulle man anse førsteavdødes rettigheter så vidtrekkende vil dette avskjære de aller fleste modifikasjoner av ektepakten. Dette går på tvers av hva Høyesterett har skissert. Førsteavdøde har derfor ikke rettigheter som blir krenket med mindre det foreligger klare holdepunkter i det konkrete tilfellet for annet.

For eventuelle livsarvinger av gjenlevende vil en avtale om at særeie omgjøres til felleseie i praksis omfatte mindre arv ved et senere arveoppgjør. Derimot har arvingene ingen aktuelle rettigheter i skifteavtalen. Skal man se deres fremtidige pliktdelsarv som en aktuell rettighet er dette avhengig av at disposisjonen er en dødsdisposisjon fra gjenlevendes side.

Drøftelsen om en slik avtale er en livs- eller dødsdisposisjon går i store trekk parallelt med drøftelsen om annen deling enn det som følger av al. § 26. Avtalen får realitet for gjenlevende

⁶⁶ Hambro s.245.

ektefelle både ved at det ikke skiftes, og ved at gjenlevende er bundet av avtalen ved et eventuelt livsskifte. Motivasjonen for handlingen må i normalttilfellet antas å være å sikre seg selv. Det vil derfor i normalttilfellet foreligge en livsdisposisjon ved nevnte avtale slik at livsarvingers pliktdel ikke er en plikt som blir krenket ved avtalen.

Det må likevel tas et forbehold om at den konkrete situasjon kan tilsi et annet resultat. For eksempel kan særreimidlene ha betydelig høyere verdi enn gevinsten ved å sitte i uskifte. Som nevnt tidligere skal hver situasjon drøftes konkret.

9. Forhåndsbetingelser

Når man avgir forhåndssamtykke til uskifte vet man ikke hvor lang tid det tar før førsteavdøde dør. I denne tiden kan forholdene forandre seg for særkullsbarna. Dette bør det tas høyde for ved å sette betingelser ved forhåndssamtykke.

Her kan det nevnes en betingelse til samtykke som begrenser ektefellens rett til å avtale ny formuesordning. Ektefellene har få begrensninger mot å endre formuesordningen etter at forhåndssamtykke er innhentet, og på denne måten endre utfallet særkullsbarna forespeilet seg da de samtykket til uskifte. Her kan også bristende forutsetninger anvendes, men det sikreste vil være å knytte en slik betingelse til samtykke.

Ektefellene kan også i perioden frem til den ene ektefellen dør gi hverandre gaver. Har ektefellene felleseie spiller dette kun en rolle ovenfor kreditorene. Har ektefellene derimot særreie innebærer gaven en formuesoverføring dem imellom. Dette vil øke forholdstallet til gjenlevendes boslodd ved et endelig skifte. Dette kan unngås ved å sette som betingelse til samtykke at det ikke gis gaver mellom ektefellene.

Et slikt gaveforbud kan fort by på tolkningsproblemer. Både med å avgjøre når det blitt gitt en gave, og at gaveforbud generelt er en betingelse de fleste ville mislikt. Dette kan løses ved å sette et minimumsbeløp ved gaven for at betingelsen kommer til anvendelse.

10. Avslutning

Avslutningen i denne avhandlingen ønsker jeg å benytte til noen rettspolitiske bemerkninger.

Etter gjeldende rett har særkullsbarn med god oversikt over reglene en sterk forhandlingsposisjon. Skifte kan for mange ektefeller være en opprivende, og som fører til at ektefellene aksepterer svært omfattende og strenge betingelser. Etter mitt syn har denne forhandlingsposisjonen blitt *for* sterk. Muligheten for å øke egne verdier på bekostning av andre arvinger ligger tydelig foran særkullsbarnet, og da kan fristelsen bli stor.

I forslaget til ny arvelov er ektefellens minste arv økt fra 4G til 6G, samt at ektefellens arv er satt til halvparten av avdødes midler i tilfeller hvor avdøde har livsarvinger. For livsarvingene er pliktdelsarven satt ned fra $\frac{2}{3}$ til en halvpart. I tillegg oppsettes en ny måte å beregne pliktdelsarven på. Fra gjeldende rett skal den beregnes ut fra dødsboet, mens etter det nye lovforslaget skal den beregnes etter livsarvingens arvelodd. I konkurranse med gjenlevende ektefelle betyr dette at livsarvingers pliktdel beregnet i dødsboet vil være en $\frac{1}{4}$.⁶⁷

Med hensyn til forhandlingsposisjonen mellom særkullsbarn og ektefelle mener jeg dette er et steg i riktig retning. Har særkullsbarnet mindre å kreve etter loven, vil også forhandlingsposisjonen svekkes. Det er etter mitt syn mest naturlig at arv skal gå til den som sto avdøde nærmest, og i de fleste tilfeller vil dette være ektefellen.

⁶⁷. NOU 2014:1 s.207.

Kildeliste

Litteratur

Bøker:

Asland, John: *Uskifte*. Oslo 2008.

Arnholm, Carl Jacob, *Arveretten*, Oslo 1974.

Augdahl, Per: *Arveloven av 1972: med kommentarer*, Oslo 1973.

Falkanger, Aage Thor: *God Tro – En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*. Oslo 1999.

Gundersen, Fridtjof Frank. *Hovedlinjer i avtaleretten*. 3. utgave, Oslo 1998.

Hagerup, Francis: *Skifte og arvebehandling*, 3. utg. v/P.I. Paulsen, Kristiania 1924.

Hambro, Petter: *Arveplanlegging og avtalt uskifte*, Oslo 2006.

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

Lødrup, Peter: *Materiell Skifterett*. 4. utgave. Oslo 1973.

Lødrup, Petter. *Arveretten*. 5. utgave. Oslo 2008.

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgave. Bergen 2004.

Pedersen, Arvid Martin: *Reglene om uskiftet bo i norsk rett*. Institutt for privatrett, Universitetet i Bergen 1974.

Scheel, Herman: *Om ægtefellers formuesforhold*, Christiania 1892.

Unneberg, Inge: *Arveretten*. Oslo 1990.

Unneberg, Inge: *Avtaler om arv*. Tromsø 2009.

Artikler:

Borum, O. A.: *Clausula rebus sic stantibus særlig indenfor Familie- og Arveretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1939 Oslo.

Rygh, Per: *Lengstlevendes rådighet under uskifte i henhold til avtale*, Rt. 1918 s. 289.

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt. 1892 s. 761

Rt. 1926 s. 597

Rt. 1961 s. 935

Rt. 1963 s. 540

Rt. 1963 s. 803

Rt. 1976 s. 501

Rt. 1982 s. 149.

Rt. 1982 s. 948

Rt. 1982 s. 1165

Rt. 1986 s. 1002

Rt. 1991 s. 147

Rt. 1992 s. 374

Rt. 1995 s. 996

Rt. 2001 s. 683

Rt. 2006 s. 776

Rt. 2007 s. 776

Rt. 2008 s. 1589

Rt. 2012 s. 401

Rt. 2012 s. 1904

HR-2017-716-A

Underrett:

RG-1991-675

RG-1993-493

LB-1995-2110

RG-2002-459

LH-2003-492

Lover med forkortelser:

Uskifteloven av 1851

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr.4 – avtl.

Lov om uskiftet bo 4. juli 1927 (opphevet)

Lov om tinglysing 7. juni 1935 nr.2 – tingl.

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

Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27 – kjl.

Lov om forsikringsavtaler 16. juni 1989 nr. 69 – fal.

Lov om ekteskap 4. juli 1991 nr. 47 – el.

Lov om avhending av fast eiendom 3. juli 1992 nr. 93 – avhl.

Forarbeider

Ot.prp.nr. 63 (1917) – Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.

Ot.prp.nr. 58 (1926) – Om ektefellers formuesforhold.

Ot.prp.nr. 36 (1968-69) – Om lov om arv m.m.

Ot.prp.nr. 5 (1982-83) – Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m.

Ot.prp.nr. 80 (1986-87) – Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980.

Ot.prp.nr.28 (1990-91) – Om lov om ekteskap.

NUT 1962:2 – Utkast til lov om arv.

NOU 1979:32 – Formuerettslig lempningsregel.

NOU 2014:1 – Ny arvelov.

Norske nettdokumenter:

SSB:

<https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/ekteskap/aar-hovudtal/2017-02-23#content>

<https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/familie/aar/2016-10-28?fane=tabell&sort=nummer&tabell=281873>