Money for nothing ... (II)

– Gavesalg og fastsettelse av vederlag for boret etter Rt. 2010 s. 1361

Av førsteamanuensis Markus Jerkø

Artikkelen er den andre i en serie av tre metodiske domskritikker. Gjennom en kritisk vurdering av Rt. 2010 s. 1361, om verdsettelse av boret for gjenlevende ved overdragelse av fast eiendom fra uskifte, tematiseres betydningen av kontrafaktiske resonnementer i rettslig argumentasjon.

NØKKELOD: boret, gavesalg, juridisk metode, kontrafaktisk resonnering, rettskildelære, uskifte, vederlag, verdivurdering

Markus Jerkø er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

1 Innledning

Etter arveloven § 19 første ledd kan en gjenlevende ektefelle som sitter i uskiftet bo, ikke gi bort fast eiendom, eller andre gaver som står i misforhold til formuen i boet, uten samtykke fra arvingene. Også gavesalg rammes, jf. fjerde ledd. Der gjenlevende avhender fast eiendom, men betinger seg en boret til eiendommen, oppstår spørsmålet om hvordan boretten skal verdsettes ved vurderingen av om det foreligger gavesalg.¹

Dette var ett av spørsmålene Høyesterett tok stilling til i Rt. 2010 s. 1361. En enstemmig rett var ikke i tvil om at det er tale om å finne frem til en målestokk for borettenns verdi i et åpent marked, og at det er nærliggende å sammenligne med det som er markedsleie for tilsvarende bolig (avsnitt 26).

Høyesteretts rettsavklarende uttalelse, fremsatt *obiter*, fremstår umiddelbart fornuftig og innlysende. Jeg redegjør nærmere for avklaringen i punkt 2. Deretter vil jeg – i denne andre i en serie av tre metodiske kritikker² – anlegge et annet perspektiv på problemstillingen, som stiller løsningen i et dunklere lys (punkt 3), sår tvil om rekkevidden av prejudikatet og belyser faren ved å formulere (for) generelle rettssetninger, særlig i *obiter dicta* (punkt 4).

2 Høyesteretts avklaring

¹ Problemstillingen bør prinsipielt sett bli den samme etter lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte (ikke i kraft) § 23 første ledd: «Den lengstlevende ektefellen kan ikke uten samtykke fra arvingene gi gaver som står i misforhold til formuen i uskifteboet. Dette gjelder også gavesalg.»

² Det første bidraget i serien er publisert som «Money for nothing ... (I) – Verdifastsettelse etter tomtefeste i HR-2016-1240-A», *Lov og Rett*, 2020 s. 274–292, DOI: <http://dx.doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-05-03>.

Etter ektemannens død satt hustruen i angjeldende sak i uskifte med tre felles barn. Den vesentlige verdien i boet var en boligeiendom i Asker, med et hovedhus og et tilknyttet anneks. Den ene datteren og hennes sønn flyttet etter hvert inn i annekset, og fikk en midlertidig, vederlagsfri borettil eiendommen. Ved senere kjøpekontrakt ble hele eiendommen overført til datteren, samtidig som moren – som da nærmet seg 80 år – betinget seg livsvarig og vederlagsfri borettil hovedhuset. Vederlaget ble fastsatt på bakgrunn av takst, hvortil verdien av borettene ble trukket fra (avsnitt 2–5).

De to andre barna reiste så sak mot datteren for å få eiendomsoverdragelsen omstøtt som gavesalg. De fikk ikke medhold i tingretten, men lagmannsretten gav dem rett, før saken ble anket videre.

Høyesterett kom til at de tidligere dommer i saken måtte oppheves, og at saken måtte avvises fra tingretten fordi den ikke også var reist mot moren. For førstvoterende var det derfor ikke nødvendig å gå inn på sakens materielle spørsmål. Han valgte allikevel – «ut fra partenes prosessopplegg og det behov for rettsavklaring som begrunnet Høyesteretts ankeutvalgs samtykke til behandling av anken» – å si noe om sitt syn på verdsettelsen av en vederlagsfri og livsvarig borettil for gjenlevende (avsnitt 24).

Problemstillingen formulerte han slik:

«Om det foreligger gavesalg beror på en sammenligning av eiendommens og vederlagets verdi, og på om et eventuelt misforhold ‘inneheld ei gåve’. I vår sak er det spørsmål om hvordan deler av vederlaget [*sic*] – Ds livsvarige og vederlagsfrie borettil i hovedhuset – skal vurderes» (avsnitt 25).³

Han konstaterte så at ordlyden i arveloven § 19 ikke gir svar, og at han heller ikke hadde funnet noe i forarbeidene som kaster særlig lys over spørsmålet. I juridisk teori var flere forskjellige oppfatninger gjort gjeldende, uten at han «[fant] grunn til å gå inn på enkelthetene».⁴ Han fortsatte så:

«Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at det er tale om å finne frem til en målestokk for *vederlagets* [*sic*] økonomiske verdi i et åpent marked. Noen avgjørelse fra høyesterett som uttrykkelig sier dette, har vi

³ «*Sic*»? – Førstvoterende regner gjenlevendes borettil som en del av vederlaget, ikke som en heftelse på eiendommen (eller et verdiminus ved realytelsen). Dette fremstår retorisk motivert. I saksøktes anførsler var boretten omtalt som «påheftet» eiendommen, og det ble anført at det i verdilvurderingen av boretten burde legges «avgjørende vekt på at en livsvarig og vederlagsfri borettil påvirker eiendommens verdi på det åpne marked langt utover den neddiskonterte leieverdien» (avsnitt 14). Saksøker, som hadde anført at neddiskontert leieverdi var det rette utgangspunktet for vurderingen – og som fikk medhold i sitt syn på dette spørsmålet – hadde i rettens gjengivelse av anførselene beskrevet boretten som en del av vederlaget – «som C for en del gjorde opp ved etablering av boretten for D» (avsnitt 19). Ved å formulere problemstillingen med samme virkelighetsforståelse som saksøker – hvor bruksretten forstås som en del av vederlaget – bekrefter førstvoterende langt på vei også saksøkers forståelse av loven, uten å måtte forsvare tolkningen. – *Hvilken virkelighetsforståelse har mest for seg?* Bør vi forstå en borettil som en heftelse på en eiendom, eller som en del av vederlaget for eiendommen? Etter mitt syn er dette et spørsmål uten absolutte svar og uten substansielle implikasjoner. I noen tilfeller vil det være mest naturlig å se den som en del av vederlaget, i andre tilfeller som en heftelse på eiendommen. I denne saken er faktum beskrevet slik at moren ved kjøpekontrakten «betinget seg livsvarig og vederlagsfri borettil i hovedhuset» (avsnitt 4), hvilket for meg medfører at det retoriske grepet låter anstrengt. Uansett er det ikke noe i veien for å se på boretten som en heftelse på eiendommen, og samtidig mene at dette er uten betydning for vurderingen av hvordan boretstens verdi skal beregnes ved vurderingen av om det foreligger gavesalg. Sml. i denne forbindelse Thomas Eeg, «Bruksrett og gavesalg av fast eiendom i uskifte – refleksjoner etter Rt. 2010 s. 1361», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2011 s. 258–280, som forstår Høyesterett på samme unnvikende måte (s. 263), men ser ut til å oppfatte problemstillingen som substansiell (s. 259–265).

⁴ Om de ulike synspunktene som var hevdet i juridisk teori, se Eeg 2011, s. 274–276.

riktignok ikke. Men i Rt-1982-1165 på side 1171, tok Høyesterett ved bedømmelsen av *eiendommens* verdi utgangspunkt i den pris man kunne oppnådd 'i handel og vandel på overdragelsestidspunktet'. Hensynet til sammenheng tilsier det samme utgangspunktet for verdsettelsen av vederlaget [*sic*]. Også behovet for å ha praktikable løsninger som ikke virker prosessdrivende taler med tyngde for å bygge på borettsens verdi: Markedsleie for tilsvarende bolig kan da være en nærliggende verdimarkør, som grunnlag for neddiskontering. Arveavgiftslovens system bør kunne gi veiledning i så måte» (avsnitt 26; førstvoterendes uthevinger gjennomgående).

Saksøkte hadde argumentert for en annen fremgangsmåte, og anført «at det må legges avgjørende vekt på eiendommens verdi i et fritt marked, *med* boretten» (avsnitt 28). Baktanken var at en «livsvarig og vederlagsfri boretts påvirkning på eiendommens verdi på det åpne marked langt utover den neddiskonterte leieverdien» (avsnitt 14). Førstvoterende var enig i at det fantes uttalelser fra rettspraksis (Rt. 1982 s. 1165) om at en slik pristrykkende virkning «kan ha interesse», men disse gav ikke uttrykk for «noe alminnelig prinsipp», som dessuten ville være «vanskelig å praktisere, gi liten forutsigbarhet og virke prosessdrivende», i tillegg til at det ville «øke mulighetene for omgåelse av rådighetsbegrensningen i arveloven § 19» (avsnitt 28).

Han understreket at hans uttalelser kun «gjelder det alminnelige utgangspunktet i en sak som vår, der overdragelsen gjelder *boligeiendom*, og hvor selger har betinget seg *eksklusiv bruksrett* til hele eiendommen eller til en separat boenhet. Løsningene ellers må tilpasses de konkrete forhold.» Som et eksempel viste han til Rt. 1982 s. 1165, som gjaldt selgers rett til å oppholde seg på en fritidseiendom om sommeren, «slik hun tidligere hadde gjort sammen med ankemotparten og hans familie», og som derfor ikke var ansett å ha «vesentlig betydning for eiendommens verdi for ankemotparten» (avsnitt 27).

Høyesteretts forståelse innebar at retten ikke så noe å innvende mot den verdsettelsen som var gjort i saken. Prisen for eiendommen var i samsvar med takst satt til 2,6 millioner kroner. For datterens og hennes sønns midlertidige boretts ble det trukket fra 180 000 kroner.⁵ Morens livsvarige boretts ble verdsatt til 1 012 000 kroner, neddiskontert i tråd med systemet i dagjeldende arveavgiftslov § 13, på grunnlag av en antatt årlig leie på 120 000 kroner.⁶ De resterende kroner 1 408 000 ble gjort opp gjennom forskudd på arv, overtagelse av pantegjeld og en betaling, hvorav moren beholdt 200 000 kroner, mens resten gikk som forskudd til arv til de to andre søsknene. Sett i sammenheng med tidligere forskudd ville hver av søsknene etter dette ha mottatt 472 667 kroner som forskudd på arv.⁷

3 Kontrafaktisk harmonisering

Høyesteretts avklaring virker fornuftig. Det synes opplagt at vurderingen av om det foreligger et gavesalg, krever en sammenligning av verdien til ytelsene som har blitt utvekslet. Her involverte den ene ytelsen en boretts. Verdien av denne må da fastlegges. Det finnes ikke et stort marked for omsetning av slike boretter. Markedsleie for tilsvarende bolig fremstår da som et fornuftig sammenligningsgrunnlag. Det er også klart at det å ta utgangspunkt i eiendommens markedsverdi *med* boretten, ikke fremstår som en holdbar

⁵ Dette ble senere justert til 145 000 (avsnitt 5).

⁶ Som Eeg 2011 (s. 261) har påpekt, tilsvarer den anvendte neddiskonteringsfaktor (8,435) etter tabellen i arveavgiftsloven § 13 en forventet levetid på 10 år, mens forventet levetid for kvinner på 79 år (gjenlevendes alder i saken) etter tabellen er 9 år (med neddiskonteringsfaktor 7,733).

⁷ De presise tallene (avsnitt 6): «Kjøpesummen for øvrig skulle gjøres opp ved et arveforskudd på 472 667 kroner, ved overtagelse av pantegjeld på 290 000 kroner og ved betaling av 645 333 kroner. Av dette siste beløpet skulle D [moren] beholde 200 000 kroner selv. B skulle motta 272 667 kroner, og A 172 667 kroner. Når disse utbetalinger til B og A ble sett i sammenheng med det de to tidligere hadde mottatt som forskudd på arv (henholdsvis 200 000 og 300 000 kroner), ville hver av de tre søsknene ha mottatt 472 667 kroner som forskudd på arv.»

løsning, så fremt det ville øke mulighetene til omgåelse av lovens rådighetsbegrensning. Trinn for trinn: Det er vanskelig å se noe å utsette på rettens vurdering.

Avklaringen har dessuten blitt lagt til grunn som regeldannende i juridisk teori.⁸ Det er lite som tyder på at det ti år senere er grunnlag for å rippe opp i rettens forståelse.

Men: *Hva om ting hadde vært annerledes?* Hva om moren ikke hadde solgt eiendommen, med boretten, til datteren? Hvordan ville arveoppgjøret da sett ut?

Utfallet av en slik alternativ utvikling involverer mange usikre momenter. Fordi jeg her ikke er opptatt av det konkrete saksforholdet, bør vi imidlertid, for argumentets skyld, kunne ta utgangspunkt i et forenklet, kontrafaktisk scenario.

La oss se bort fra endringer i pengeverdien og i eiendomsmarkedet, ta utgangspunkt i de tall som er lagt til grunn i saken, og ellers forutsette at alt er så identisk som mulig i de to virkelighetene – med den forskjell at moren i den alternative ikke solgte eiendommen, med boretten, til datteren. I stedet kjøper datteren huset etter at moren har gått bort, for samme pris: 2,6 millioner kroner, med fradrag for sin borett, som har blitt forlenget, på 180 000 kroner. Fra boet trekker vi fra pantegjelden og 200 000 kroner for morens påløpte utgifter. Det gir en rest på 1 930 000 kroner, som fordeles likt på de tre arvingene, justert for tidligere mottatte forskudd på arv. Etter dette vil hver av de tre søsknene ha arvet 810 000 kroner.

I det virkelige scenarioet mottok arvingene kun 472 667 kroner, i tilsvarende forskudd på arv. På grunn av salget av huset, med boretten, har arvingene altså fått drøyt 40 % mindre i arv (enn i det kontrafaktiske scenarioet). For en vurdering hvor det overordnede spørsmålet er om gjenlevende har gitt bort midler fra boet, virker denne differensen relevant. Den reiser flere spørsmål: Hva er forklaringen – hvor har pengene tatt veien? Og i hvilken grad er dette problematisk – er det allikevel noe galt med Høyesteretts vurdering?

Det første er lett å svare på. Differansen utgjør en tredjedel av boretts verdi. Som en følge av boretten har altså hver av arvingene tilsynelatende fått 337 333 kroner mindre. Men verdien av boretten har gått til fradrag i kjøpesummen, og har derfor endt opp på den ene datterens hånd. Hun sitter, slik sett, igjen med snau 1,5 millioner kroner, mot snau 500 000 for de andre to søsknene.

Svaret på det andre spørsmålet er ikke like opplagt. Men den følgende observasjonen gir en indikasjon på hvorfor det *potensielt* kan være problematisk: De to scenarioene er ment å være helt identiske, med unntak for overdragelsen av eiendommen, med boretten. Utad er det ingen forskjell mellom dem; datteren og hennes sønn bor i annekset, moren i hovedhuset. Forskjellen ligger utelukkende på et rettslig plan, hvor de foretar disposisjoner som i realiteten innebærer at moren betaler «leie», til datteren, for å bo i sitt eget hus. Det er denne «leien» som medfører at arvingene, tilsynelatende, kommer ulikt ut – sammenlignet med det alternative arveoppgjøret, og innbyrdes i det virkelige.

Selv om det er lite å utsette på Høyesteretts vurdering av boretts verdi *per se*, er spørsmålet dette kontrafaktiske scenarioet reiser, om man ikke, ved å fokusere på denne detaljen, overser det større bildet: Kanskje er det slik at det potensielle gaveelementet ikke ligger i et misforhold mellom vederlaget og boretts verdi, som vurdert etter en alminnelig økonomisk målestokk, men snarere i selve etableringen av boretten, og avhendingen av eiendommen med denne, som vurdert etter en alminnelig økonomisk målestokk.

Her er noen presiseringer nødvendige:

Min påstand er ikke at Høyesterett foretok en uriktig vurdering i denne saken. Mitt fokus er på den generelle uttalelsen, ikke på det konkrete saksforholdet. Og det er mange usikre og uklare momenter i saken samt forhold som det kontrafaktiske scenarioet ikke tar høyde for: utgifter til vedlikehold av eiendommen, betjening av renter på gjeld og kommunale avgifter mv. Virkeligheten er i det minste ikke så svart-hvitt som scenarioet kan gi inntrykk av. (Men, på den annen side: Vi kunne ha forutsatt reell prisstigning i eiendomsmarkedet og at datteren betalte leie for å bo i annekset.)

Jeg hevder heller ikke at Høyesteretts vurderingsmåte *aldri* vil gi et «riktig» resultat. Der gjenlevende betinger seg en eksklusiv borett til sin egen bolig – slik at det ikke er noen reell forskjell utad mellom det virkelige og alternative scenarioet – kan vi anta at hennes utgifter i de to scenarioene er identiske, med

⁸ Peter Lødrup og John Asland, *Arverett*, 7. utgave, Oslo 2018, s. 396.

unntak for bokostnadene. I det alternative har hun utgiftene ved å eie boligen (vedlikehold, slitasje, lånekostnader og avgifter mv., minus verdistigning). I det virkelige har hun utgiftene ved å «leie» boligen, beregnet ut fra antagelser om markedsleie og gjennomsnittlig forventet levealder. Utgiftskurvene i de to scenarioene kan være omtrent identiske, men det er også mange variabler som kan tvinge dem fra hverandre. Og om det jevnt over er dyrere å «leie» enn å eie, kan man forvente en viss systematisk skjevhet i vurderingene.⁹

Endelig argumenterer jeg heller ikke for at *konsekvensene* av en slik regelforståelse aldri kan forsvares. Tvert imot, vil jeg hevde, bør det å avhende fast eiendom med en betinget borett, verdsatt i tråd med Høyesteretts tilnærming, *normalt* anses å ligge innenfor gjenlevendes rett til å råde over uskifteboet.¹⁰ Men her vi bør skille skarpt mellom *verdivurderingen*, hvor verdien av de utvekslede ytelser estimeres, og *avviksvurderingen*, hvor det tas stilling til om et eventuelt avvik mellom verdiene er i strid med loven: om avviket er markant nok mv. til at det foreligger gavesalg, jf. arveloven § 19, eller om det står i misforhold til boet, jf. arveloven 2019 (ikke i kraft) § 23. Mitt argument er utelukkende knyttet til verdivurderingen – og spesifikt til spørsmålet om hvordan borettens verdi skal fastsettes.

Min påstand, som det kontrafaktiske scenarioet er ment å belyse, er at denne vurderingen er mer *kompleks* enn hva førstvoterende ga til kjenne. Rettens standardiserte tilnærming innebærer en reduksjon av denne kompleksiteten. Og reduksjon av kompleksitet kommer sjelden uten kostnader.¹¹

For det første er det ikke klart at Høyesteretts standardiserte tilnærming passer godt selv for standard tilfeller. Ikke minst i tilfeller som det foreliggende, hvor gjenlevende bor på eiendommen sammen med en arving som overtar eiendommen, kan det være at den absolutte verdien av borettens *for arvingen* er lavere enn markedsleie for tilsvarende bolig. Ulempene ved å ha et nært familiemedlem boende på eiendommen kan ikke uten videre jevnføres med den markedsleie man ville krevd fra en fremmed. I så fall vil en annen vurderingsmåte kunne gi et mer passende uttrykk for borettens verdi.

Dette inviterer et spørsmål om hvem rettens avklaring er ment å gi veiledning til. Adressert til domstolene og til parter som ønsker veiledning om rådighetsbegrensningen, kan en standardisering av verdivurderingen være retts teknisk ønskelig. Men det er ikke alle gjenlevende som har til hensikt å utforske rådighetsrettens yttergrenser. Det normale i et familieforhold er tvert i mot at man søker løsninger som er mest mulig rimelige for alle involverte parter. For disse kan det være en risiko for at rettens veiledende avklaring bidrar til å rokke ved den ønskelige balansen i arveoppgjøret.

For det andre kan en standardisert verdifastsettelse komme på kant med lovens rådighetsbegrensning når vi beveger oss utenfor «normale» tilfeller. En vurdering som tar utgangspunkt i markedsleie for «tilsvarende bolig» og gjennomsnittlig forventet levealder, vil kunne gi urimelige utfall der én av de to variablene er lite representative, for eksempel hvis gjenlevende på grunn av en kjent sykdom har kort tid igjen å leve. Produktet av de to kan også bli problematisk. I saken for Høyesterett ble borettens verdi estimert til ca. 1 million kroner, basert på en antatt månedsleie på 10 000 kroner og gjennomsnittlig forventet levealder for en 79 år gammel kvinne.¹² Mot denne bakgrunn er det ikke vanskelig å forestille seg realistiske scenarioer i vår tids eiendomsmarked hvor den kan bli estimert til 2 millioner kroner, eller

⁹ I enkelte tilfeller kan det også bli dyrere å eie enn å «leie», for eksempel hvis borettens varighet viser seg å bli lengre enn gjennomsnittlig forventet levealder. Det kan hevdes at usikkerhet om borettens varighet bør prises inn i vederlaget for borett, men som jeg påpeker under, er det ikke opplagt at en slik økonomisk tenkemåte er passende i et familieforhold.

¹⁰ Dette kan også understøttes med et kontrafaktisk argument: Gjenlevende bør kunne avhende eiendommen til markedspris, for så å leie tilsvarende, eller samme, bolig. Det vil i praksis innebære det samme som å betale «leie» for borett. Kan hun gjøre det ene, bør hun derfor også kunne gjøre det andre.

¹¹ Det er naturligvis også fordeler ved reduksjon av kompleksitet – knyttet til blant annet retts tekniske hensyn og forutberegnelighet. En *form for* standardisering *kan* derfor alt i alt ha gode grunner for seg på dette området. Men Høyesterett gir ingen vurdering av dette, og jeg går ikke nærmere inn på denne muligheten her.

¹² Korrekt estimert skulle beløpet vært 928 000 kroner, jf. *supra* fotnote 6.

mer. Dette er i seg selv beløp i en betydelig størrelsesorden, men det kan også tenkes at beløpet i konkrete tilfeller vil kunne tilsvare hele boets verdi (eller, i mer spesielle tilfeller, hele eiendommens verdi). Hva vi bør tenke om slike tilfeller, er ikke opplagt, og standardiseringen kan medføre at slike spørsmål, som Høyesterett selv ikke gikk inn på, mistes av syne i fremtidige saker.

For det tredje kan en slik standardisering forrykke utgangspunktet for avviksvurderingen. Det er ikke uvanlig at gjenlevende selger boligen til en arving med «familierabatt», og/eller gir større gaver eller andre bidrag, f.eks. til finansieringen eller til dekning av løpende utgifter. Standardiseringen medfører at et mulig gaveelement knyttet til boretten tas ut av det samlede regnskapet, hvor de ulike gaveelementene bør vurderes under ett. Dette gjelder både ved avviksvurderingen og ved vurderingen av om gavemottaker skjønte eller burde ha skjont at gjenlevende ikke hadde rett til å gi gaven, jf. arveloven § 19 andre ledd og arveloven 2019 (ikke i kraft) § 23 andre ledd.

Høyesteretts avgjørelse, som også knyttet merknader til et annet mulig gaveelement, men uten å se dem i sammenheng, gir en illustrasjon. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at eiendommen på overdragelsestidspunktet hadde en markedsverdi på omkring 3,6 millioner kroner (avsnitt 30), mens prisen altså etter takst var satt til 2,6 millioner kroner. Den lave taksten skyldtes blant annet at den så datterens og hennes sønns boretts som en heftelse på eiendommen som det måtte tas hensyn til ved takseringen.¹³ Førstvoterende for Høyesterett karakteriserte differansen på 1 million som «vesentlig», og var «enig med lagmannsretten i at det objektivt sett utvilsomt ligger et gaveelement i dette» (avsnitt 30). Han kunne imidlertid ikke se at det var uforsvarlig av datteren «å innrette seg i tillit til at taksten på 2,6 millioner kroner ga et tilfredsstillende uttrykk for eiendommens markedsverdi» (avsnitt 35). Vilklårene for å omstøte overdragelsen ble derfor ikke ansett å være oppfylt.

Den samlede effekten av disse borettene – 1 million kroner som følge av at taksten på grunn av datterens boretts ble satt for lavt; 180 000 kroner som fradrag for egen, vederlagsfri boretts; drøyt 1 million kroner som fradrag for morens boretts – var at datteren fikk kjøpe et hus til 3,6 millioner kroner for drøyt 1,4 millioner kroner, altså med 60 % rabatt, mot at moren fikk bli boende i hovedhuset. Hun kan ha vært i aktsom god tro om taksten. Men samtidig bør det ha stått klart for henne at hun, ved å kjøpe en villaeiendom i Asker for 1,4 millioner kroner (i 2008, under de nevnte forutsetninger), opplagt gjorde *en god deal*.

4 Avstemming: Penger for ingenting?

Det er to sider ved Høyesteretts avklaring om verdsettelsen av gjenlevendes boretts. Sterkest står den negative avklaringen om at det ved verdsettelsen ikke kan legges avgjørende vekt på eiendommens verdi i et fritt marked, *med* boretten (så fremt det ville øke mulighetene til omgåelse av lovens rådighetsbegrensning). Det er mer uklart hvilken veiledende kraft vi bør tilkjenne Høyesteretts positive avklaring om sammenligning med markedsleie for tilsvarende bolig.

Førstvoterendes uttalelser om dette er på samme tid bastante og forbeholdne. Formålet med uttalelsene var åpenbart å gi veiledning om rettstilstanden, og han anså det «ikke tvilsomt» at det gjelder å finne frem til en målestokk for den økonomiske verdien i et åpent marked. Samtidig ble markedsleie for tilsvarende bolig kun nevnt som en «nærliggende verdimarkør», med arveavgiftslovens system som noe som «bør kunne gi veiledning» ved neddiskonteringen. Og han understreket dessuten at uttalelsene kun gjaldt «det alminnelige utgangspunktet i en sak som vår».

Etter mitt syn bør det alminnelige utgangspunktet ved *verdivurderingen* fortsatt være at verdien av de utvekslede ytelser fastsettes på en måte som er mest mulig nøytral og rimelig for alle involverte parter ut fra omstendighetene i det konkrete tilfellet. Men Høyesteretts uttalelser bør kunne gi veiledning til *avviksvurderingen*, om hva slags verdsettelse som *normalt* bør anses å ligge innenfor gjenlevendes rådighetsrett. Andre rettsanvendere bør imidlertid være oppmerksomme på kompleksiteten ved

¹³ LB-2009-110812.

vurderingene: Uttalelsene kan ikke legitimere at gjenlevende, etter en samlet helhetsvurdering, gir bort midler som står i et misforhold til boet.¹⁴

Som en oppfølging av Høyesteretts uttalte målsetning om å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling har det vært en tendens til at retten formulerer mer generelle rettssetninger og flere *obiter dicta*.¹⁵

Flere av fallgravene ved en slik praksis ligger i dagen. På grunn av mangelfull oversikt, eller fordi de prosederer på hvert sitt ytterliggående synspunkt, kaster ikke partene lys over den gylne middelvei. Og for dommerne vil det ofte være umulig å overskue alle sider ved en problemstilling eller samtlige av en rettssetnings implikasjoner.

Mindre synlig er den fallgruve at problemstillingen kan være mer *kompleks* enn den fremstår ved første øyekast. Det kan være at det under overflaten av et omfattende kildemateriale finnes skjulte sammenhenger det er vanskelig å oppdage, eller at det som er formulert som én problemstilling, egentlig reiser en rekke forskjellige problemstillinger, knyttet til ulike typer saksforhold som aktualiserer ulike hensyn og avveininger. Det kan også være at problemstillingen er villedende, enten fordi man ikke har stilt det rette spørsmålet, eller ikke har anlagt det rette perspektiv på denne, eller fordi det er svakheter ved begrepsapparatet man bruker til å formulere og analysere problemet.¹⁶

Slike skjulte koblinger og skillelinjer kan utgjøre snubletråder som øker sjansene for å trå feil, mens svakheter ved problemformuleringer, valg av perspektiv og begrepsapparat kan legge snublesnorer man uvitende har utløst lenge før man kommer til konklusjonen. Feiltrinn kan forstyrre balansen i systemet, ikke bare lokalt, men på måter som brer seg utover i den juridiske veven.

Høyesteretts målsetning bygger ikke på en rettsvitenskapelig analyse av det fundamentale spørsmålet: *I hva slags saker, og på hvilke måter, bør Høyesterett jobbe for rettsavklaring eller rettsutvikling?* Det er klart at ulike områder av retten vil ha større og mindre behov for avklaring og utvikling, og at oppgaven kan skjøttes på mer og mindre gode måter. Det er imidlertid også klart at det finnes områder av retten som er mindre mottagelige for den form for avklaring som Høyesterett typisk kan tilby.

På rettstomme områder og i mange situasjoner hvor kildene peker i flere retninger, slik at det er snakk om å velge ut en praktisk løsning eller å gjøre et verdivalg, er det behov for en autoritet som kan slå igjennom, med bindende virkning for andre rettsanvendere. Men hvis problemstillingen ikke dreier seg om en slik avveining, og heller ikke er en virkelig gordisk knute, men bare ulike problemtråder som har blitt filtret sammen, eller hvis den krever andre formuleringer, perspektiver eller begreper, holder det ikke å slå igjennom; da trenger vi en annen form for rettsavklaring – en virkelig *avklaring*.¹⁷

Kanskje er det et paradoks at Høyesterett har gått lenger i retning av generell rettsavklaring og rettsutvikling i en tid hvor retten stadig blir mer kompleks. Jo mer uoversiktlig det juridiske terrenget er, desto mer varsomt er det grunn til å trå frem. Og slik lysten til fremstøt i nytt terreng naturlig vil bero på

¹⁴ I denne retning leser jeg også Eeg (2011, s. 277–280). Se også, med betraktninger *de lege ferenda*, Tarjei Bekkedal, «Lengstlevendes rådighet over uskifteboet – Om gjeldende rett og arvelovutvalgets forslag til endringer i adgangen til å foreta livsdisposisjoner», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015 s. 59–96 (s. 95–96).

¹⁵ Om Høyesteretts rolleforståelse og disse tendensene, se Aage Thor Falkanger, «Høyesteretts vota», i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett – Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 180–221, særlig s. 199–215. For et kritisk blikk på det samme, se Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2002 s. 62–75.

¹⁶ Et eksempel som illustrerer flere av disse fallgruvene, er behandlingen av kravbegrepet i sivilprosessen mv. Se Markus Jerkø, «Kravet som juridisk fiksjon – Kommentarer til debatten om rettskraft og HR-2018-1130-A», *Lov og Rett*, 2019 s. 527–558, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2019-09-02>.

¹⁷ Pace Johs. Andenæs, «Rettsteori og rettspraksis», i *Avhandlinger og foredrag*, Oslo 1962, s. 408–424 (s. 414).

retrettmulighetene,¹⁸ vil en mer aktiv rettsskapende virksomhet, slik Carsten Smith observerte, også kreve en mer fleksibel og udogmatisk holdning til prejudikater.¹⁹

¹⁸ Carsten Smith, «Domstolene og rettsutviklingen», i *Statsliv og rettsteori*, Oslo 1978, s. 328–355, på s. 343. (Smiths innflytelsesrike foredrag er også publisert i *Lov og Rett*, 1975 s. 292–319.)

¹⁹ Se Smith 1978, s. 343–344. Avsnittet er verdt å sitere i sin helhet: «Mer aktiv 'judicial legislation' vil kreve en fleksibel holdning overfor prejudikater. Domstolene bør i større grad anerkjenne den grunnleggende metode om 'trial and error', som har vist seg så fruktbar innen naturvitenskapene. Det har vært hevdet i angelsaksisk prejudikatsdebatt at tilslutning til prejudikater primært skyldes emosjonell umodenhet hos dommeren, fordi han ikke som voksen har frigjort seg fra barnslig 'nostalgia' for det sikre, ved siden av prestisjehensyn og 'plain animal laziness'. Dette være som det vil. Norges Høyesterett har heldigvis i nyere tid vist en usentimental innstilling overfor egne tidligere avgjørelser. Men her har oppfatningen vært sterkt skiftende gjennom tidene, og denne udogmatiske holdning må derfor vernes og pleies.» Sml. Tore Schei, «Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet», i Schei, Skoghøy og Øie (red.) 2015, s. 1–42, på s. 3: «[...] Høyesteretts hovedoppgave er å være en prejudikatdomstol. [...] Høyesterett skal arbeide for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Avgjørelsene skal følges i saker som reiser likeartete rettsspørsmål, både av underordnete domstoler og av Høyesterett selv.»