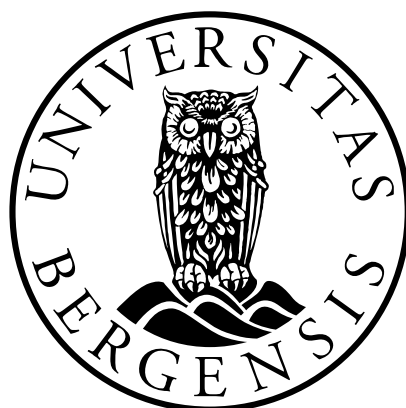


Overdragelse av kontrakter ved fusjon

Begrensninger i adgangen til å overdra kontraktsposisjoner

Kandidatnummer: 247

Antall ord: 13769



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2015]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Oppgavens tema	4
1.2 Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)	7
1.3 Avgrensning av emnet	9
1.4 Metodiske spørsmål	9
1.5 Den videre behandlingen av emnet	11
2 Fusjon etter aksjeloven	14
2.1 Generelt om fusjon	14
2.2 Fusjonsplan og fusjonskontrakt	15
2.3 Kontinuitetsprinsippet	17
2.4 EUs tredje selskapsdirektiv	18
3 Kreditors rettigheter, jf. aksjeloven § 13-14 og § 13-15	20
4 Vurdering av avtalte begrensninger i overføringsadgangen	25
4.1 Innledning	25
4.2 Kontraktsfestet overføringsforbud	28
4.2.1 Innledning	28
4.2.2 Overføringsforbud som uttrykkelig omfatter fusjon	28
4.2.3 Generelle overføringsforbud	29
4.3 Avtalt krav til samtykke til overføring – er fusjon tilstrekkelig grunn til å nekte?	32
4.4 Tolkningen av kontrakten i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)	35
5 Virkninger av begrensninger i overføringsadgangen	38
5.1 Innledning	38
5.2 Bortfall av rettighetene i kontrakten	38
5.3 Misligholdsbeføyelser	39
5.4 Kan fusjonen utgjøre en relevant bristende forutsetning?	42
5.4.1 Innledning	42
5.4.2 Kausalitet	44
5.4.3 Synbarhet	46
5.4.4 Relevanskravet	48
5.5 Løsningen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)	49

6 Avslutning	53
Litteraturliste	56

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for oppgaven er overdragelse av kontrakter ved fusjon. Den nærmere problemstillingen er i hvilken grad det overdragende selskapets kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser kan overdras ved fusjon, herunder situasjoner hvor det foreligger begrensninger i overdragelsesadgangen. Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) er sentral i den forbindelse.

Fusjon mellom aksjeselskaper reguleres av lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper kapittel 13. Partene i en fusjon er det overtakende selskap og det overdragende selskap. I henhold til aksjeloven (asl.) § 13-2 første ledd foreligger en fusjon når det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras til det overtakende selskapet som helhet. Ved overføringen mottar aksjeeierne i det overdragende selskapet et vederlag som består av enten ”aksjer i det overtakende selskapet”, eller ”slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget”, jf. asl. § 13-2 første ledd nr. 1 og 2.

Det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal overføres i forbindelse med fusjonens ikrafttredelse, jf. asl. § 13-16 nr. 3. Overføringen av rettigheter og forpliktelser skjer ved universalsuksesjon.¹ Dette innebærer at det foretas en samlet overføring av samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser til det overtakende selskapet når fusjonen trer i kraft. Aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 nr. 3 hjemler likevel ikke en formell universalsuksesjon, noe som tilsier at eiendeler og rettigheter må overføres etter den fremgangsmåte som gjelder for hver enkelt eiendel og rettighet.²

¹ Aarbakke m.fl. (2012) s. 803.

² Andenæs (2006) s. 601. Se også Aarbakke m.fl. (2012) s. 762.

Aksjeloven kapittel 13 gir anvisning på en rekke regler som gjelder fusjonens gjennomføring. Det er en forutsetning for fusjonens ikrafttredelse, at den prosess som følger av kapittel 13 er fulgt. Fusjonsplanen er sentral ved fusjonens gjennomføring, jf. asl. § 13-3. Når fusjonsplanen godkjennes, blir denne en fusjonskontrakt mellom selskapene.³ Fusjonskontrakten får virkning for tredjemenn, da det er i kraft av denne kontrakten fusjonen gjennomføres, og rettigheter og forpliktelser overføres. Overføringen skjer uten tredjemanns påvirkning. Fusjonskontrakten kan derfor ses på som en tredjemannsavtale.⁴

I forbindelse med gjennomføringen av fusjonen, skal selskapenes kreditorer varsles om fusjonen, jf. asl. § 13-14. Kreditorne kan da fremme en innsigelse mot fusjonen. En slik innsigelse utløser enkelte rettigheter etter § 13-15. Innsigelsen kan etter nærmere bestemte vilkår blant annet resultere i at en fordring må betales før fusjonen kan gjennomføres. Selskapenes kreditorer gis således et visst vern i asl. § 13-14 og § 13-15. Det må anses klart at disse bestemmelsene omfatter en pengekreditor, men det foreligger uenighet i juridisk teori knyttet til hvorvidt disse bestemmelsene også omfatter en realkreditor.

En kontrakt innebærer både rettigheter og forpliktelser for kontraktspartene, og kontrakter vil derfor omfattes av aksjelovens § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 om overdragelse av rettigheter og forpliktelser ved fusjon. Overføringen av kontrakter innebærer reelt sett at det overdragende selskaps medkontrahent får en ny kontraktspart. Kontraktene endrer likevel ikke innhold og karakter som følge av fusjonen. I enkelte tilfeller vil det likevel være problematisk for kontraktspartene at det overtakende selskapet trer inn i det aktuelle kontraktsforholdet. Fritt valg av medkontrahent, er en følge av partenes kontraktsfrihet. Dette er et kontraktsrettslig prinsipp, og prinsippet er forutsatt i Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687, NL 5-1-2.⁵ Det kan foreligge ulike vurderinger bak valget av en bestemt kontraktspart. Et partsskifte kan på grunnlag av disse vurderingene være uheldig. Eksempelvis kan det tenkes at medkontrahentens drift er svært avhengig av sitt navn og rykte i bransjen, og at det overdragende selskapet derfor har blitt valgt som kontraktspart på

³ Giertsen (1999) s. 155.

⁴ Giertsen (1998) s. 802

⁵ Woxholth (2014) s. 26, (A).

grunnlag av sitt gode omdømme i bransjen. Det kan da være uheldig dersom det overtakende selskapet har et dårlig omdømme.

Aksjeloven forutsetter altså at det overdragende selskaps kontrakter skal overføres til det overtakende selskapet. Det som skal vurderes er om medkontrahenten har adgang til å hindre slik overdragelse, eventuelt om medkontrahenten kan påberope noen sanksjoner dersom han misliker overdragelsen. Det er i denne forbindelse sentralt at det overdragende selskap etter asl. § 13-16 første ledd nr. 1 opphører å eksistere ved fusjonens ikrafttredelse. Det er således ikke noe alternativ for medkontrahenten å forholde seg til dette selskapet etter fusjonen.

Det er videre av betydning at asl. § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 nr. 3 er deklatoriske bestemmelser.⁶ Dette tilsier at det overdragende selskaps kontrakter kan inneholde klausuler som forbyr overføring ved fusjon. Allerede ved kontraktsinngåelsen, kan kontraktspartene derfor sikre at fusjonssituasjoner er regulert uttrykkelig i kontrakten.

Spørsmålet om kontraktspartens posisjon ble behandlet i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen). Høyesteretts ankeutvalg uttalte at det stilles krav til ”særlige holdepunkter” for å legge til grunn at kontrakten er uoverdragelig ved fusjon, jf. avsnitt 26.⁷ Det oppstår derfor for det første et spørsmål om det foreligger holdepunkter i den bestemte kontrakten som tilsier at kontrakten er uoverdragelig, og det er videre et spørsmål om uoverdrageligheten omfatter fusjon. Dette beror på en tolkning av den aktuelle kontrakten. Videre er spørsmålet hva som er virkningen av at en kontrakt overføres i strid med et eventuelt overføringsforbud.

Overdragelse av rettighetene og forpliktelsene etter en kontrakt ved fusjon reiser en rekke kontraktsrettslige og selskapsrettslige spørsmål som er lite behandlet tidligere, noe som gir oppgavens problemstilling aktualitet. Når kontrakter overføres ved fusjon, foreligger det et

⁶ Se eksempelvis Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) avsnitt 26, hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler at det kan avtales at rettigheter og forpliktelser ikke skal kunne overdras ved fusjon. Se også Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202, (forarbeidene til aksjeloven av 1976).

⁷ Se også Andenæs (2006) s. 604, som også gir uttrykk for et krav til ”særlige holdepunkter”.

samspill mellom de selskapsrettslige og kontraktsrettslige regler. Eksempelvis var det i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) spørsmål om hvilke betydning et overføringsforbud fikk for anvendelsen av asl. § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3. Hvilke betydning slike kontrakter får for anvendelsen av aksjelovens fusjonsregler, er en interessant problemstilling. Videre er problemstillingen interessant fordi aksjeloven ikke inneholder bestemmelser som uttrykkelig beskytter medkontrahtenter som har krav på annet enn penger. Det foreligger derfor et behov for avklaring i forhold til medkontrahtentenes stilling ved overdragelse av rettighets- og forpliktelsesposisjoner ved fusjon.

1.2 Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)

Under dette punktet presenteres det sentrale faktum og vurderingsmomenter i REC-kjennelsen, da avgjørelsen er sentral for vurderingen av saken og drøftelsen av oppgavens problemstilling.

Saken gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning. Det materielle spørsmålet i saken var om rettigheter i form av påkravsgarantier var overført ved en fusjon. Tvisten knyttet seg til forståelsen av asl. § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3, og ”betydningen av et eventuelt avtalt overføringsforbud”, jf. avsnitt 1.

Partene i saken var China Sunergy Co. Ltd (heretter China Sunergy) og REC Wafer Norway AS (heretter REC Wafer). Bakgrunnen for saken var at China Synergy hadde inngått en kontrakt med REC Sitech AS (heretter REC Sitech) i januar 2008. Kontrakten gjaldt levering av et produkt som skulle benyttes ved produksjonen av solcellepaneler. I forbindelse med kontraktsinngåelsen, avga China Sunergy tre bankgarantier. Disse skulle være en sikkerhet for de forpliktelser selskapet hadde etter kontrakten. Bankgarantiene var påkravsgarantier, noe

som betyr at ”... banken har plikt til å betale ved påkrav fra kreditor”.⁸ Kontrakten ble regulert av engelsk rett.⁹

I etterkant av kontraktsinngåelsen fusjonerte REC Sitech med REC Wafer, som ved fusjonen het REC Scanwafer AS. Disse selskapene var søsterselskap. I denne fusjonen var REC Sitech det overdragende selskap. Etter fusjonen ønsket REC Wafer å gjøre gjeldende påkravsgarantiene. China Sunergy hevdet da at kontrakten ikke hadde blitt overført, fordi kontrakten inneholdt et overføringsforbud ved fusjon dersom samtykke ikke hadde blitt gitt. China Sunergy fremmet derfor en begjæring om midlertidig forføyning, for å forhindre utbetaling etter påkravsgarantiene. Uenigheten i saken knyttet seg til hvordan den aktuelle kontrakten skulle forstås. Det var dessuten uenighet om kontraktens betydning for anvendelsen av asl. § 13-2 første ledd, jr. § 13-16 første ledd nr. 3.

Høyesteretts ankeutvalg gav China Sunergy Co. Ltd. medhold, og opphevet lagmannsrettens kjennelse. Det er sentralt at spørsmålet i saken ikke knyttet seg til leveringskontrakten, men kun påkravsgarantiene. Ankeutvalget foretok nemlig et skille mellom forpliktelser og rettigheter i sin konklusjon. Det ble lagt til grunn at det overtakende selskapet må anses ansvarlig for forpliktelser som overføres i strid med et overføringsforbud. Påkravsgarantiene ble imidlertid ikke ansett overdratt, og dette ble begrunnet med at ”(s)om alminnelig regel gjelder at en rettighet som er blitt overført i strid med et overføringsforbud, ikke kan gjøres gjeldende av erververen. Etter utvalgets oppfatning må dette også gjelde ved fusjon. Siden det overdragende selskap er blitt oppløst ved fusjonen, kan brudd på overføringsforbud for rettigheter ved fusjon innebære at rettigheten ikke lenger kan påberopes av noen”, jf. avsnitt 28.

Kjennelsen er aktuell for oppgavens problemstilling, fordi den omhandler en kontrakt som regulerte partenes mulighet til å overføre denne ved fusjon. Kjennelsen omhandler dessuten

⁸ Smith m.fl. (1997), s. 84.

⁹ Se lagmannsrettens kjennelse, LH-2010-23648-1.

forståelsen av asl. § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3, og hvilke betydning et overføringsforbud skulle få for anvendelsen av disse bestemmelsene.

1.3 Avgrensning av emnet

Det skal under dette punktet foretas en avgrensning og presisering av emnet. For det første vil det kun være fusjon etter aksjeloven som er tema i oppgaven, og fusjon etter allmennaksjeloven vil derfor ikke behandles. Videre vil heller ikke fisjon behandles i oppgaven.

Etter asl. § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3 vil som nevnt både eiendeler, rettigheter og forpliktelser som utgangspunkt overføres ved fusjon. I denne oppgaven er det rettigheter og forpliktelser som følger av kontrakter som er et tema. Overdragelse av eiendeler vil imidlertid ikke bli behandlet.

Arbeidstakeres rettigheter ved virksomhetsoverdragelse reguleres av lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. kap. 16, og disse reglene omfatter en fusjon. Reglene reiser en rekke særlige problemstillinger som ikke skal behandles i denne oppgaven. Rettspraksis knyttet til dette spørsmålet vil derfor heller ikke trekkes frem.

1.4 Metodiske spørsmål

Problemstillingen behandles med utgangspunkt i en tradisjonell rettsdogmatisk analyse. Spørsmålene vurderes således de lege lata. Det skal foretas en analyse av gjeldende rett

knyttet til selskapsrettslige og kontraktsrettslige spørsmål som oppstår i forbindelse med overdragelse av kontrakter ved fusjon.

De spørsmål som oppstår ved overdragelse av kontrakter ved fusjon reiser flere spørsmål som er lite behandlet i både juridisk teori og i rettspraksis. Det foreligger således et begrenset kildeomfang som behandler oppgavens tema direkte.

I punkt 3 foretas det en vurdering av om en realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i asl. § 13-14 og § 13-15. I denne vurderingen vil særlig Johan Giertsen sine uttalelser i boken "Fusjon og fisjon" få sentral betydning.¹⁰ Giertsen argumenterer for at en realkreditor omfattes av kreditorbegrepet, og fremlegger flere argumenter som taler for en slik løsning. Disse argumentene vil derfor vurderes under behandlingen av kreditorbegrepet i asl. § 13-14 og § 13-15.

Videre er som nevnt Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) relevant for oppgavens problemstilling. Denne trekkes særlig frem ved behandlingen av kontrakter som forbyr overføring av kontrakten ved fusjon, og ved behandlingen av virkningen av begrensninger i overføringsadgangen. Det foreligger ikke øvrig rettspraksis som behandler overdragelse av rettigheter og forpliktelser etter en kontrakt.

Rt. 2010 s. 918 er en kjennelsen avsagt av Høyesteretts ankeutvalg, og knyttet seg som nevnt til et krav om midlertidig forføyning. Saken ble behandlet ved kjennelse av lagmannsretten i etterkant, (LH-2010-23648-2). Sakens materielle spørsmål ble behandlet ved dom i lagmannsretten, (LH-2010-147765). Etter lagmannsrettens behandling av det materielle spørsmålet, inngikk partene imidlertid forlik, (HR-2011-2142-F). Det foreligger således ingen endelig dom for så vidt gjelder sakens materielle spørsmål.

¹⁰ Giertsen (1999) s. 281.

Ankeutvalgets praksis tillegges mindre vekt av Høyesterett, og slike kjennelser har som utgangspunkt mindre overføringsverdi til etterfølgende saker. Andenæs har uttalt at ”(p)resedensvirkningen av ankeutvalgets praksis beror først og fremst på avgjørelsens argumentasjonsverdi (overbevisningsverdi)”.¹¹ Høyesteretts kjennelse i REC-saken vil trekkes frem underveis i oppgaven, og det sentrale er hvilke betydning ankeutvalgets drøftelse får for de ulike spørsmål som reises i oppgaven. Det foretas også en vurdering av kjennelsens rettskildeverdi.

Da det foreligger lite rettspraksis knyttet til spørsmålet, vil også lagmannsrettens behandling av saken trekkes frem. Den tilhørende lagmannsrettskjennelsen, LH-2010-23648-1 har en mer utfyllende beskrivelse av faktum, og viser dessuten uttrykkelig til den kontrakten det er knyttet uenighet til. Generelt sett har avgjørelser fra lagmannsretten lavere rettskildeverdi enn høyesterettsavgjørelser. Lagmannsrettens kjennelse benyttes her i oppgaven først og fremst til å belyse konkrete forhold ved faktum.

1.5 Den videre behandlingen av emnet

Under dette punktet gis det en beskrivelse av oppgavens disposisjon, for å klargjøre den videre behandlingen av oppgavens tema.

Da oppgavens problemstilling knytter seg til overdragelse av kontrakter ved fusjon, vil sentrale bestemmelser i aksjeloven angående fusjon behandles i punkt 2. Disse bestemmelsene er sentrale, fordi de viser hvordan og hvorfor kontrakter overdras ved fusjon. Særlige selskapenes fusjonsplan er sentral for fusjonens gjennomføring, og behandles under punkt 2.2. Under punkt 2.3 behandles dessuten kontinuitetsprinsippet, som er et sentralt prinsipp bak fusjonsreglene.

¹¹ Andenæs (2009) s. 95.

I punkt 3 presenteres asl. § 13-14 og § 13-15. Det foreligger uenighet i juridisk teori knyttet til hvorvidt disse bestemmelsene omfatter en realkreditor, altså en kreditor som har krav på annet enn penger.¹² Under dette punktet foretas det således en drøftelse av hvorvidt en realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i disse bestemmelsene. Dersom dette er tilfellet, vil en realkreditor kunne kreve sine rettigheter etter kontrakten oppfylt før fusjonens gjennomføring, jf. § 13-15 første ledd.

Det kan videre oppstå et spørsmål om en kontrakt inneholder klausuler som forbyr overføring ved fusjon. I punkt 4 foretas det en vurdering av kontrakter som regulerer muligheten til å overføre rettigheter og forpliktelser etter en kontrakt ved fusjon. Under punkt 4 vil dessuten REC-kjennelsen trekkes frem. Det vil da blant annet foretas en vurdering av hvilke betydning denne kjennelsen får for de spørsmål som oppstår i tilknytning til kontrakter som forbyr overføring ved fusjon.

Dersom en kontrakt blir overdratt ved fusjon i strid med et kontraktsfestet overføringsforbud, blir spørsmålet hva som blir virkningen av en slik overføring. I REC-kjennelsen la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at rettighetene etter en slik kontrakt ikke kunne anses overført. Et alternativ er således at kontraktens rettigheter bortfaller. Dette behandles i punkt 5.2.

Dersom kontrakten overføres i strid med et overføringsforbud, kan det videre stilles spørsmål ved om kontraktsparten kan gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, fordi overdragelsen utgjør et kontraktsbrudd. Det må da også vurderes hvem et misligholdkrav kan rettes mot. Dette vurderes i punkt 5.3.

¹² Se Hagstrøm (2011) s. 122 angående skillet mellom pengeforpliktelser og realforpliktelser.

Videre kan det stilles spørsmål ved om en part som har fått sin kontrakt overdratt ved fusjon, kan erklære seg ubundet som følge av forutsetningslæren. Spørsmålet er da om en endring av kontraktspart som følge av en overføring ved fusjon utgjør en bristende forutsetning.

Anvendelse av forutsetningslæren innebærer at det må foreligge en bestemt forutsetning som var kausal, synlig og relevant.¹³ Disse vilkårene må ses i lys av forholdene ved en fusjonssituasjon. Dersom disse vilkårene er oppfylt, kan dette lede til at kontrakten faller bort. Forutsetningslæren behandles nærmere i punkt 5.4.

I punkt 5.5 foretas det en vurdering av konklusjonen i Rt. 2010. 918 (REC-kjennelsen). Det kan for det første stilles spørsmål ved om løsningen i saken vil gi en god løsning i senere saker. Videre skal løsningen i saken vurderes opp mot muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser, for å vurdere hvilke av disse virkningene av et overføringsforbud som gir en god løsning der en kontrakt er overdratt ved fusjon i strid med et slikt forbud.

Det vil så avslutningsvis i punkt 7 gis en avsluttende kommentar knyttet til oppgavens problemstilling og det som er behandlet i oppgaven.

¹³ Hagstrøm (2011) s. 260.

2 Fusjon etter aksjeloven

2.1 Generelt om fusjon

Da oppgaven omhandler overdragelse av kontrakter ved fusjon, skal enkelte sentrale bestemmelser knyttet til gjennomføringen av en fusjon behandles under punkt 2.

Fusjonsreglene er sentrale for vurderingen av de problemstillinger som oppstår ved overføringen av kontrakter ved fusjon.

Fusjon mellom aksjeselskaper reguleres som nevnt av aksjeloven kapittel 13, jf. asl. § 13-1. Det selskapsrettslige fusjonsbegrep fremgår av asl. § 13-2 første ledd, og viser som nevnt til de tilfeller hvor det overdragende selskapet overdrar sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot vederlag til aksjeeierne i det overdragende selskapet. Overføringen skjer ved fusjonens ikrafttredelse, jf. § 13-16 første ledd nr. 3. Det kan kun være et overtakende selskap i en fusjon, da samtlige rettigheter og forpliktelser skal overføres samlet. Det kan imidlertid være flere overdragende selskaper i en fusjon.

Selskapers beslutning om å fusjonere kan ha ulike begrunnelse. Det må antas at de fleste selskaper fusjonerer, fordi dette skaper en gunstig situasjon for selskapene. Fusjonen kan for det første være begrunnet i et ønske om å skape en sterkere og mer effektiv enhet. Selskapene vil samlet ha flere ressurser, noe som kan være positivt for den videre driften. Fusjonen kan derfor skape en positiv synergieffekt. En fusjon kan også være gunstig i lys av hensynet til konkurranse. Fusjonen kan eksempelvis lede til at selskapene samlet sett har kontroll over en større del av et marked, noe som gjør at de fusjonerende parter kan få et konkurransemessig fordel overfor sine konkurrenter.

En fusjon kan gjennomføres på to ulike måter, jf. forutsetningsvis asl. § 13-16 første ledd nr. 2 og § 13-4. En fusjon kan for det første gjennomføres ved at det overtakende selskap overtar det overdragende selskap. Det overdragende selskap oppløses da ved fusjonens ikrafttredelse, jf. asl. § 13-16 første ledd nr.1. En fusjon kan videre gjennomføres ved at det stiftes et nytt selskap, samtidig som de opprinnelige selskapene oppløses, jf. § 13-16 første ledd nr. 2. Hvilke av de to gjennomføringsmåter som velges, må vedtas av de fusjonerende selskaper.

Selv om det overdragende selskapet oppløses ved fusjonens ikrafttredelse, foreligger det et klart og viktig skille mellom fusjon og ordinær oppløsning etter aksjeloven kapittel 16. Ved ordinær oppløsning, er formålet å avvikle selskapet som sådan. Ved fusjon er hensikten imidlertid å fortsette driften av det overdragende selskapet i en ny enhet.¹⁴ Det er således tale om to ulike regelsett, hvor overføringen av eiendeler, rettigheter og forpliktelser er noe av det som er det sentrale og spesielle ved en fusjon. Overføringen trenger ikke å ha hjemmel i forholdet mellom det overdragende selskapet og dets medkontrahenter. Gjennomføringen av en fusjon i samsvar med reglene i aksjelovens kapittel 13 vil således som utgangspunkt være tilstrekkelig til å foreta overføringen.

2.2 Fusjonsplan og fusjonskontrakt

De fusjonerende selskapene skal som nevnt utarbeide en fusjonsplan, jf. asl. § 13-3 første ledd. Det er styrene i de respektive selskapene som har kompetanse og plikt til å utarbeide fusjonsplanen. Styrets kompetanse må ses i sammenheng med styrets forvaltningskompetanse etter asl. § 6-12.

Fusjonsplanen skal angi flere viktige opplysninger knyttet til de selskapene som fusjonerer og deres aksjeeiere, jf. asl. § 13-6. En beslutning om fusjon treffes ved at ”generalforsamlingen godkjenner fusjonsplanen med flertall som for vedtektsendring”, jf. § 13-3 andre ledd første

¹⁴ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

punktum, jf. § 5-18. Fusjonen må deretter meldes til Foretaksregisteret innen en måned, jf. § 13-13. Konsekvensen av at denne fristen ikke overholdes, er at beslutningen om fusjon ”bortfaller”, jf. § 13-13 andre punktum.

Fusjonsplanen er et forslag til en endelig fusjonskontrakt mellom det overtakende og det overdragende selskapet. Når generalforsamlingen godkjenner fusjonsplanen, vil denne planen som nevnt utgjøre en endelig fusjonskontrakt mellom selskapene.¹⁵

Det kontraktsrettslige utgangspunkt er at en kontrakt ikke får virkning for andre enn kontraktspartene.¹⁶ Fusjonskontrakten vil imidlertid som nevnt være en tredjemannsavtale, da rettigheter og forpliktelser overføres til det overtakende selskapet i kraft av fusjonskontrakten. En tredjemannsavtale foreligger der to parter skaper en rett for en tredjepart, som denne tredjeparten kan gjøre selvstendig gjeldende.¹⁷ Fusjonsreglene gjør således et unntak fra det kontraktsrettslige utgangspunkt om at en kontrakt ikke får virkning for andre enn partene. Dette medfører derfor som nevnt at det overdragende selskaps medkontrahenter reelt sett får en ny kontraktspart. Når fusjonskontrakten er vedtatt, og fusjonen har trådt i kraft, har det overdragende selskapets medkontrahenter en rett til å forholde seg til det overtakende selskapet. Samtidig er det overtakende selskapet forpliktet etter kontrakten på lik linje med hva det overdragende selskapet var tidligere.

Fusjonskontrakten får bindende virkning for kontrakten mellom det overdragende selskapet og dets medkontrahent. Medkontrahentene kan derfor ikke uten hjemmel fragå kontrakten, da dette vil utgjøre et kontraktsbrudd. Det avgjørende spørsmålet blir således om det foreligger en hjemmel som kan bidra til at den aktuelle kontrakten ikke overføres til det overtakende selskapet. Dette behandles videre i oppgaven.

¹⁵ Giertsen (1998) s. 801.

¹⁶ Woxholth (2014) s. 174, (A).

¹⁷ Woxholth (2014) s. 175, (A).

2.3 Kontinuitetsprinsippet

Det følger av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper at rettigheter som utgangspunkt kan overdras fritt.¹⁸ Et debitorskifte krever imidlertid samtykke fra kreditor. Det foreligger således som utgangspunkt et prinsipp om diskontinuitet.¹⁹ Fusjonsreglene bygger motsetningsvis på et kontinuitetsprinsipp. Dette innebærer at det overdragende selskaps ulike rettighets- og forpliktelsesposisjoner overføres uendret til det overdragende selskapet. Overføringen anses ikke som et identitetsskifte i forhold til det overdragende selskapets aksjonærer og kontraktsparter.²⁰

Kontinuitetsprinsippet innebærer for det første at en kreditor som utgangspunkt ikke kan stå i veien for overføringen, ved å gjøre gjeldende at det har funnet sted et debitorskifte.²¹ Det stilles således ikke krav til at kreditor samtykker til overføringen. Når det gjelder selskapets rettigheter, får kontinuitetsprinsippet betydning der en rettighet er uoverdragelig etter sin art. I slike tilfeller skal fusjon ikke anses som en overdragelse.²²

Når fusjonsreglene bygger på et kontinuitetsprinsipp, medfører dette at fusjonsreglene gir selskapene mulighet til å fortsette driften etter fusjonen. Fusjonsreglene fremmer også hensynet til en effektiv gjennomføring av fusjonen. Dersom det overdragende selskapet måtte avslutte sine rettighets- og forpliktelsesposisjoner før gjennomføringen av fusjonen, ville dette ha vært en klar begrensning av gjennomføringen.

Kontinuitetsprinsippet utgjør videre et vern om det overdragende selskaps medkontrahenter.²³ Da det overtakende selskapet får en plikt til å oppfylle kontraktene på lik linje med den plikt som tillå det overdragende selskapet, kan de fusjonerende parter således ikke benytte

¹⁸ Krüger (1989) s. 100.

¹⁹ Woxholth (2014) s. 350, (B). Se også Giertsen (1999) s. 27.

²⁰ Andenæs (2006) s. 580.

²¹ Andenæs (2006) s. 603.

²² Andenæs (2006) s. 604.

²³ Matre (2014), note 2175 (rettsdata – se link i litteraturliste). Se også Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

fusjonsreglene til å fragå kontraktsfestede forpliktelser. Dette sikrer også større forutberegnelighet for det overdragende selskaps medkontrahenter. Fusjonsreglene kan dermed ikke anvendes til ugunst for det overdragende selskaps medkontrahenter.

Det må etter dette legges til grunn at kontinuitetsprinsippet er et sentralt prinsipp ved anvendelsen av aksjelovens fusjonsregler. Kontinuitet kan anses som et særtrekk ved fusjonsreglene. Prinsippet får betydning for hva som kreves for å legge til grunn at rettigheter og forpliktelser ikke kan overdras ved fusjon, og er begrunnelsen for at det må foreligge ”særlige holdepunkter” for å legge til grunn uoverdragelighet.²⁴ Kravet til ”særlige holdepunkter” behandles nærmere i punkt 4.1.

2.4 EUs tredje selskapsdirektiv

Under punkt 2.4 gis det en kommentar knyttet til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og forpliktelsenes betydning for aksjelovens fusjonsregler. Som følge av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, er aksjeloven i stor grad basert på EUs tredje selskapsdirektiv, også omtalt som fusjonsdirektivet, jf. EØS-avtalen art. 77, jf. vedlegg XXII. Norge har mulighet til å avgjøre hvordan et direktiv skal gjennomføres i norsk rett, jf. art. 7 b. Fusjonsdirektivet er kun obligatorisk for allmennaksjeselskaper, jf. vedlegg XXII punkt 3. Norge har likevel valgt å ha relativt like lovbestemmelser for henholdsvis aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.²⁵ Dette medfører at EUs tredje selskapsdirektiv også er gjort gjeldende for aksjeselskaper.

Ordlyden i asl. § 13-2 første ledd har klare likhetstrekk med fusjonsdirektivets art. 3 og 4. Videre bygger asl. § 13-16 første ledd nr. 3 på art. 19 første ledd punkt a. Fusjonsdirektivet tar også sikte på å forhindre at kreditor lider et tap, og dette kommer til uttrykk i punkt 7 i

²⁴ Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen), avsnitt 26. Se også Andenæs (2006) s. 604.

²⁵ Gjems-Onstad (2000) s. 146. ”Selv om EUs selskapsrettsdirektiver gjennomgående bare gjelder for store aksjeselskaper (allmennaksjeselskaper) er de samme bestemmelser stort sett lagt til grunn også i aksjeloven som gjelder mindre selskaper”.

forordene til direktivet. Direktivets art. 13 overlater til nasjonal lovgivning å vedta bestemmelser som sikrer kreditors rettigheter. I norsk lovgivning kommer vernet om kreditor til uttrykk i asl. § 13-14 og § 13-15.

Ved gjennomføringen av direktivet ble det lagt til grunn at "(v)erken aksjeloven eller EFs tredje selskapsdirektiv har bestemmelser om selskapenes kontraktsparter ved fusjon. Begge regelsett bygger på den forutsetning at en fusjon ikke er et kontraktsbrudd".²⁶ Utover de nevnte artikler, stiller fusjonsdirektivet ikke ytterligere krav til hvordan det overdragende selskaps medkontrahenter skal behandles ved fusjon. De selskapsrettslige og kontraktsrettslige spørsmål som oppstår ved overdragelse av kontrakter må derfor løses på grunnlag av nasjonale regler.

²⁶ NOU 1992:29, s. 198.

3 Kreditors rettigheter, jf. aksjeloven § 13-14 og § 13-15

Aksjeloven § 13-14 og § 13-15 omhandler en kreditors rettigheter ved fusjon, og gir et vern om selskapenes kreditorer. Under dette punktet skal det foretas en vurdering av om en realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i asl. § 13-14 og § 13-15, for å vurdere om bestemmelsene er relevante for oppgavens tema.

Selskapenes kreditorer skal varsles om fusjonen, og de får da en frist på seks uker til å fremme innsigelser mot fusjonen, jf. § 13-14. En innsigelse utløser bestemte rettigheter som følger av § 13-15. En kreditor med en ”uomtvistet og forfalt fordring”, kan kreve at fordringen betales før fusjonen gjennomføres, jf. asl. § 13-15 første ledd. Dersom et krav er omtvistet eller ikke har forfalt, vil kreditoren kunne kreve sikkerhet for sin fordring, med mindre slik sikkerhet allerede foreligger jf. § 13-15 annet ledd. Aksjeloven § 13-15 bidrar til at kreditorene ikke lider et tap som følge av fusjonen.

Gruppen av kreditorer kan inndeles i henholdsvis pengekreditorer og realkreditorer. Begge kreditorer har et krav mot selskapet, og har derfor en kreditorposisjon. Ytelsene de har krav på er imidlertid ulike. En pengekreditor har krav på penger, mens en realkreditor har krav på noe annet enn penger, som eksempelvis en tingsytelse eller en tjeneste.²⁷

Isolert sett er kreditorbegrepet i asl. § 13-14 og § 13-15 ikke begrenset til en bestemt type kreditor, og kan derfor omfatte både en pengekreditor og en realkreditor. En pengekreditor omfattes av asl. § 13-15, da en kreditor med et uomtvistet og forfalt krav kan kreve fordringen ”betalt”. Det foreligger imidlertid som nevnt uenighet i juridiske teori om en kreditor med krav på annet enn penger omfattes av bestemmelsen.

²⁷ Hagstrøm (2011) s. 122.

Aarbakke m.fl. har lagt til grunn at kreditorbegrepet omfatter ”... fysiske og juridiske personer som har aktuelle, ensidige pengekrav mot selskapet”, og at en kreditor som har krav på annet enn penger ikke omfattes av bestemmelsene.²⁸ Giertsen har imidlertid uttalt at en kreditor som har krav på annet enn penger kan omfattes av kreditorbegrepet dersom det foreligger et ”reelt behov” for dette, og legger stor vekt på reelle hensyn ved sin vurdering av spørsmålet.²⁹

Det videre spørsmålet er om realkreditorer omfattes av kreditorbegrepet i asl. § 13-14 og § 13-15. Dersom dette er tilfellet, vil det overdragende selskaps realkreditorer ha mulighet til å kreve sine rettigheter etter kontrakten oppfylt før fusjonen gjennomføres.

Det er for det første av betydning at også en realkreditor kan ha et uomtvistet og forfalt krav, jf. § 13-15 første ledd. Ved forfall vil en realkreditor ha samme rett og forventning som en pengekreditor til at kravet skal oppfylles fra motpartens side. Videre viser § 13-15 til en ”fordring”, og begrepet er i utgangspunktet ikke begrenset til en pengeforpliktelse.

Imidlertid må bestemmelsenes ordlyd ses som en helhet. Aksjeloven § 13-15 første ledd viser til at en fordring skal bli ”betalt”, og betaling er en oppfyllelse av en pengeforpliktelse. Bestemmelsens kontekst taler således for at en realkreditor ikke er omfattet av en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd, og at en realkreditor derfor ikke omfattes av bestemmelsene.

Det kan ha betydning om kravet er fungibelt eller ikke-fungibelt. Verdien av en fungibel ytelses avgjøres på grunnlag av ytelsens artsegenskaper, og ytelsen kan byttes med en ytelse av tilsvarende karakter. En ikke-fungibel ytelse er imidlertid i større grad knyttet til det

²⁸ Aarbakke m.fl. (2012) s. 795-796.

²⁹ Giertsen (1999) s. 281.

individuelle kontraktsforholdet, og en slik ytelse kan ikke uten videre erstattes.³⁰ Aksjeloven § 13-15 viser uttrykkelig til en pengeforpliktelse, som er en fungibel ytelse. Andre fungible ytelser vil derfor ha et klart fellestrekk med penger som omfattes av ordlyden i § 13-15, ved at begge ytelser er fungible. Det kan derfor anses unaturlig å skille mellom to fungible krav. Det kan i slike tilfeller dermed argumenteres for at bestemmelsene i hvert fall bør omfatte en realkreditor med et fungibelt krav, grunnet klare likhetstrekk mellom kravene.

Videre er det av betydning at det i en gjensidig bebyrdende kontrakt er to kreditorer. Den ene parten er kreditor for den andres ytelse, og motsatt. Dersom to parter for eksempel har en leveringskontrakt, vil en part ha en plikt til å levere en gjenstand, mens den andre parten skal betale for denne gjenstanden. Det vil derfor være en realkreditor og en pengekreditor i det samme kontraktsforholdet. Det vil da kunne anses mindre konsekvent, at den kreditoren i kontraktsforholdet som har krav på gjenstanden, skal ha en dårligere stilling etter aksjeloven enn den kreditoren som har et pengekrav.

Det må likevel tillegges vekt at det overtakende selskapet fra og med ikrafttreddelsen av fusjonen er forpliktet til å oppfylle kontrakten på lik linje med hva det overdragende selskapet var tidligere. Realkreditorer har således samme rettigheter etter kontrakten som før fusjonens gjennomføring, og fusjonen i seg selv kan således ikke resultere i at realkreditor anses å ha et behov for vern av § 13-14 og § 13-15.

Behovet for vern vil først oppstå der det foreligger en risiko for at det overtakende selskapet ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. I slike tilfeller må det antas at ordinære kontraktsrettslige og kjøpsrettslige regler kan benyttes på lik linje med hva som ville ha vært tilfellet dersom fusjon ikke hadde funnet sted. Dette taler for at en utvidelse av kreditorbegrepet ikke er nødvendig, da realkreditor vil ha en annen hjemmel som kan benyttes direkte i slike tilfeller.

³⁰ Hagstrøm (2011) s. 132 om fungibel ytelse og s. 133 om en ikke-fungibel ytelse.

Giertsen uttaler at det er i tilfeller hvor kontraktsrettslige regler ikke gir realkreditor et tilstrekkelig vern, at behovet for beskyttelse av aksjelovens bestemmelser inntreffer. Han skiller mellom tilfeller hvor kjøper har sin detensjonsrett i behold, og tilfeller hvor vedkommende allerede har betalt for den ytelse som skal mottas etter kontrakten. Giertsen uttaler at behovet for kreditorvern oppstår der kjøperen har betalt på forskudd, slik at kjøpers krav på den aktuelle salgsgjenstanden har blitt aktuelt.³¹

En utvidelse av kreditorbegrepet i aksjeloven som følge av et behov for et vern, kan finne støtte i Rt. 1992 s. 966. Spørsmålet i saken var om en selvskyldnerkausjonist som fusjonerte med sitt morselskap, måtte stille sikkerhet etter lov av 04. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper § 14-6 andre ledd. Bestemmelsen tilsvarende dagens § 13-15 andre ledd. Kausjonen knyttet seg til oppfyllelse av en leiekontrakt. Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at kreditor i kausjonsforholdet var omfattet av kreditorbegrepet. Dette ble begrunnet med at kreditor hadde et behov for "... sikkerhet for at kausjonisten også etter at han har fusjonert vil kunne oppfylle sine forpliktelser når de forfaller ...", jf. s. 969.

Det er for det første av betydning at selvskyldnerkausjonisten ikke var hoveddebitor i kontraktsforholdet. Kjennelsen kan således til en viss grad anses å utvide den personkrets som omfattes av bestemmelsene. Det er videre av betydning at kjæremålsutvalget viser til behovet for kreditorbeskyttelse. Kreditors behov for vern ved fusjon, må anses å være et viktig hensyn bak asl. § 13-14 og § 13-15. Dette hensynet kan således tale for at kreditorbegrepet må utvides til å omfatte de situasjoner hvor dette hensynet gjør seg sterkt gjeldende, uavhengig av type kreditor.

Imidlertid er det sentralt at garantikreditor i Rt. 1992. s. 966 ville hatt et pengekrav mot selvskyldnerkausjonisten, dersom hoveddebitor ikke oppfylte sine forpliktelser. Kjennelsen kan således til en viss grad tale for en utvidelse av kreditorbegrepet der det foreligger et behov for dette. Den kan likevel ikke i seg selv resultere i at en realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i § 13-14 og § 13-15.

³¹ Giertsen (1999) s. 281.

Dersom kreditorbegrepet omfatter en realkreditor i tilfeller hvor det foreligger et behov for dette, vil dette kreve en vurdering basert på skjønn. Dette åpner for vanskelige grensedragninger knyttet til hvorvidt det foreligger et *tilstrekkelig* behov for å la realkreditorer være omfattet av kreditorbegrepet i bestemmelsene.

Videre er det av betydning at en utvidelse av bestemmelsene basert på behovsprøving kan gå på tvers av hensynet til forutberegnelighet. Det kan da være vanskelig å avgjøre hvilke realkreditorer som faktisk omfattes av bestemmelsene.

Det legges etter dette avgjørende vekt på ordlyden i asl. § 13-14 og § 13-15. Det legges derfor til grunn at kreditorbegrepet i bestemmelsene ikke omfatter en kreditor med krav på annet enn penger, og reglene gir således ingen beskyttelse i spørsmålet om en realkreditor må akseptere en overdragelse av kontrakten.

4 Vurdering av avtalte begrensninger i overføringsadgangen

4.1 Innledning

Aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 er som nevnt deklatoriske bestemmelser. Både lov og kontrakter kan derfor begrense muligheten til å overføre en kontrakt ved fusjon.³² Når en fusjon skal gjennomføres, kan det derfor oppstå et spørsmål om det overdragende selskapet har kontrakter som ikke kan overdras. Under punkt 4 behandles kontrakter som inneholder avtalte begrensninger i overføringsadgangen.

I forarbeidene til aksjeloven av 1976, ble det uttalt at ”... et selskap ved fusjon kan overdra alle rettigheter – også de rettigheter som ellers ikke er overførbare”.³³ Dette kan forstås som henvisning til både kontrakter som etter sin art ikke er overførbare, eller til kontrakter som inneholder et overføringsforbud. Uttalelsen må imidlertid anses å knytte seg kun til de rettigheter som etter sin art ikke er overførbare, da det i forarbeidene åpnes for at partene kan avtale at en kontrakt ikke kan overføres ved fusjon.³⁴ De kontrakter som inneholder et overføringsforbud som omfatter fusjon, kan således ikke overdras. Det kan imidlertid være tvil knyttet til hvorvidt et overføringsforbud faktisk omfatter fusjon.

Dersom partene i et kontraktsforhold ikke ønsker at kontraktens rettigheter og forpliktelser skal overdras, må de regulere dette i kontrakten. Hvordan en kontrakt som legger bånd på overdragelsesmuligheten skal forstås, i denne sammenheng hvorvidt den innebærer at overdragelse heller ikke kan skje ved fusjon, må avgjøres på grunnlag av en tolkning av

³² Se Andenæs (2006) s. 604. Se tilsvarende Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

³³ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

³⁴ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

kontrakten. Slike klausuler kan gis ulik ordlyd, og den bestemte formuleringen vil få betydning for klausulens anvendelse.

Kontrakter skal som utgangspunkt tolkes objektivt, og dette gjelder særlig der partene er profesjonelle.³⁵ I Rt. 2002 s. 1155 var det spørsmål om hvordan en kontrakt mellom profesjonelle parter skulle tolkes, og i den forbindelse uttalte Høyesterett på generelt grunnlag at utgangspunktet om en objektiv tolkning var begrunnet i at det foreligger et behov for sikkerhet og forutberegnelighet i forretningslivet, jf. s. 1159. Både de fusjonerende parter, og deres medkontrahtenter vil som regel være profesjonelle parter. Kontrakten mellom det overdragende selskapet og medkontrahtenten skal derfor tolkes objektivt.

Videre har hensynet til lojalitet betydning ved tolkning av kontrakter. Lojalitetshensynet tilsier at kontraktparter til en viss grad har plikt til å ivareta hverandres interesser.³⁶ Lojalitetshensynet ble eksempelvis trukket frem av Høyesterett i Rt. 2005 s. 269 (Pan Fishdommen). I forbindelse med tolkningen av en leveransekontrakt, uttalte Høyesterett at hensynet til partenes gjensidige lojalitetsplikt har blitt tillagt økende vekt i rettspraksis, jf. avsnitt 55. Hensynet gjelder ved både selve kontraktsinngåelsen, men også så lenge kontraktsforholdet består.³⁷ Når det skal avgjøres hvorvidt kontrakten kan overdras ved fusjon, blir det således av betydning om en slik overdragelse representerer en lojal disposisjon overfor medkontrahtenten.

Betydningen av et kontraktsfestet overføringsforbud var et sentralt spørsmål i REC-kjennelsen, jf. avsnitt 1. Høyesteretts ankeutvalg uttalte som nevnt at det foreligger et krav til særlige holdepunkter for å legge til grunn at en kontrakt ikke kan overdras ved fusjon.³⁸ Ankeutvalget følger altså opp utgangspunktet i forarbeidene referert ovenfor. Bevisbyrden for

³⁵ Giertsen (2014) s. 128. Se også Rt. 2002 s. 1155, s. 1158.

³⁶ Woxholth (2014) s. 278, (A).

³⁷ Se Rt. 1988 s. 1078, s. 1084. Dommen gjelder et kausjonsforhold, men uttalelsen knyttet til lojalitet må anses å også gjeld i kontraktsforhold.

³⁸ Se Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen), avsnitt 26. Andenæs (2006) s. 604.

at overdragelse ikke kan finne sted ved fusjon, påhviler den part som påstår at aksjelovens fusjonsregler om overdragelse er fraveket.

Som Høyesteretts ankeutvalg påpekte i REC-kjennelsen, må kravet til ”særlige holdepunkter” ses i lys av kontinuitetsprinsippet. Prinsippet forutsetter en samlet overføring av det overdragende selskapets rettigheter og forpliktelser. Dersom prinsippet skal ha en reell betydning, forutsetter dette at partene ikke skal kunne unnlate å overføre rettigheter og forpliktelser, med mindre det foreligger et klart grunnlag for dette. Kravet til særlige holdepunkter er således sentralt ved spørsmål om en kontrakt forbyr overdragelse ved fusjon.

I danske rett blir aksjeselskaper regulert av lovbekendtgørelse nr. 610 af 28.04.2015 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Bestemmelsene om fusjon fremgår av lovens kapittel 15, og overdragelse av rettigheter og forpliktelser ved fusjon reguleres av § 236. Denne bestemmelsen gir uttrykk for universalsuksesjon, og det foreligger ikke krav til samtykke fra kreditor for å overdra rettigheter og forpliktelser ved fusjon.³⁹ Også etter dansk rett er det adgang til å avtale seg bort fra utgangspunktet om universalsuksesjon ved fusjoner. En klausul om eierskifte som ikke uttrykkelig nevner fusjon, har i dansk litteratur blitt tolket slik at den som utgangspunkt ikke omfatter fusjon.⁴⁰ Det kan således anses å foreligge en tyngre bevisbyrde for å legge til grunn at fusjonsreglene er fraveket ved en slik tolkning.

Dersom en kontrakt ikke nevner fusjon, tilsier dette at det i kontraktens ordlyd som sådan ikke foreligger holdepunkter for at fusjonsreglene er fraveket. På grunn av kontinuitetsprinsippet, bør kravet til særlige holdepunkter tolkes relativt strengt. Løsningen etter dansk og norsk rett må derfor i mange tilfeller antas å bli sammenfallende, ved at fusjon da ikke kan anses omfattet grunnet manglende holdepunkter.

³⁹ Schaumburg-Müller (2014) s. 1089.

⁴⁰ Andersen (2013) s. 612.

Under punkt 4.1 har sentrale tolkningsprinsipper og -momenter blitt angitt. I de neste punktene gjennomgås ulike typer klausuler, og det som er gjennomgått i punkt 4.1 vil da ha betydning for hvordan disse klausulene skal tolkes.

4.2 Kontraktsfestet overføringsforbud

4.2.1 Innledning

Under punkt 4.2 vurderes nærmere hva som skal til for at et kontraktsfestet overføringsforbud må tolkes slik at det gjelder ved fusjon. Et kontraktsfestet overføringsforbud er utvilsomt til hinder for at en kontrakt kan overdras isolert til en ny kontraktspart. I tilfeller hvor kontrakten inneholder et overføringsforbud, må det sondres mellom situasjoner der overføringsforbudet uttrykkelig nevner fusjon, og tilfeller hvor kontrakten inneholder et generelt overføringsforbud. Dersom et forbud mot overføring skal få virkning for fusjonstilfeller, forutsetter dette at overføringsforbudet omfatter fusjon enten ved en uttrykkelig henvisning, eller at dette kan innfortolkes i kontrakten.

Virkningene av en overføring i strid med et overføringsforbud behandles i punkt 5.

4.2.2 Overføringsforbud som uttrykkelig omfatter fusjon

Dersom partene har avtalt et overføringsforbud som uttrykkelig omfatter fusjon, tilsier dette at partene har fraveket asl. § 13-16 første ledd nr. 3 om at rettigheter og forpliktelser skal overføres ved fusjonens ikrafttredelse. Det er vanskelig å tenke seg noe annet enn at en slik

uttrykkelig henvisning til fusjon skal tolkes slik at partene har avtalt at fusjon ikke er akseptabelt. Dette medfører at kontrakten forbyr overføring av denne ved fusjon.

4.2.3 Generelle overføringsforbud

Det videre spørsmålet blir hvordan et generelt overføringsforbud skal forstås, altså et generelt forbud mot overdragelse hvor fusjon ikke nevnes særskilt. Det vil i slike tilfeller være et tolkningsspørsmål hvorvidt fusjon faktisk omfattes av et slikt overføringsforbud.

En objektiv tolkning av et generelt overføringsforbud, kan som utgangspunkt ikke anses å være begrenset til en type overføring. Overføringsforbudet må da antas å være et forbud mot enhver form for overføring som innebærer at en ny part erstatter en av de tidligere partene i kontraktsforholdet. Dette taler for at fusjon omfattes av et generelt overføringsforbud.

På den annen side vil en slik tolkning kunne anses utilstrekkelig til å oppfylle kravet til ”særlige holdepunkter”. Dessuten vil en part som er avhengig av å ha en bestemt medkontrahent ha en sterk oppfordring til å forsikre seg om at et overføringsforbud gjelder enhver form for overføring, også fusjon. Mye taler derfor for at den part som påstår at aksjelovent er fraveket, som utgangspunkt ofte er nærmest til å bære risikoen for at overføringsforbudet ikke er presisert.

Ved tolkningen av et generelt overføringsforbud, vil det kunne være av betydning hvilke part i kontraktsforholdet som har skrevet kontrakten. Den part som har skrevet kontrakten, har risikoen for at det oppstår tvil knyttet til innholdet av kontrakten. Dette følger av den ulovfestede forfatterregelen, som er en presisering av uklarhetsregelen.⁴¹ Den part som har

⁴¹ Hov og Høgberg (2009) s. 283-284.

forfattet kontrakten vil derfor vanskelig kunne påberope seg at overføring ikke kan finne sted ved fusjon.

Det vil også være av betydning hvorvidt partene har en bestemt forståelse av begrepet overføring, da en overføring kan skje på flere ulike måter. En overføring av en kontrakt kan eksempelvis skje i forbindelse med salg av selve virksomheten eller en isolert overdragelse av en kontrakt. I begge disse tilfellene foreligger det et partsskifte. Dette skiller seg fra fusjonstilfeller, hvor det overdragende selskapet fortsetter i det overtakende selskapet. Slik sett vil en fusjon ikke kunne anses som en ordinær overføringssituasjon, da det ikke anses å foreligge et identitetsskifte. Dette taler for at det krever andre holdepunkter enn kun et generelt overføringsforbud, for at også fusjon skal anses omfattet.

Da overføringen ved fusjon ikke innebærer et identitetsskifte, tilsier dette at overføringen som utgangspunkt samtidig kan anses mindre betenkelig. Dette i motsetning til hvis kontrakten eksempelvis hadde blitt overdratt isolert. Selv om det overdragende selskapet er oppløst fra og med fusjonens ikrafttredelse, vil således dette selskapets aktiva fremdeles bidra til å oppfylle de kontrakter som nå er overdratt til det overtakende selskapet.

Hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet i næringslivet taler videre for at fusjon ikke kan omfattes av et generelt overføringsforbud. Dersom aksjeloven er fraveket uten at det er uttrykkelig regulert i kontrakten, vil dette skape en lite forutberegnelig situasjon for den part som forholder seg til aksjelovens regel om at rettigheter og forpliktelser skal overdras ved fusjon.

Flere argumenter taler for at fusjonssituasjoner må være presisert i et eventuelt overføringsforbud, for at fusjon skal rammes av en slik klausul. Imidlertid kan det foreligge særlige forhold ved den konkrete kontrakten og det bestemte kontraktsforholdet som gir holdepunkter for at et generelt overføringsforbud omfatter fusjon.

Den alminnelige lojalitetsplikten kan som nevnt kunne få betydning når det skal fastlegges hva partene har avtalt. Dersom overføring ved fusjon eksempelvis setter det overdragende selskapets medkontrahent i en svært ugunstig situasjon, vil hensynet til den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold kunne tilsi at kontrakten bør tolkes dithen at et overføringsforbud omfatter fusjon.

Videre vil et særlig tett samarbeidsforhold mellom partene kunne tilsi at partenes drift er avhengig av hverandres bidrag i det bestemte kontraktsforholdet. Når to parter skal samarbeide tett, er de også avhengig av at dette er et velfungerende samarbeid. Dersom forholdene i den konkrete situasjonen tilsier at enhver form for overføring vil forhindre et nødvendig samarbeid, vil en overføring ved fusjon kunne anses illojalt. Dette kan tale for at fusjon er omfattet av et generelt overføringsforbud.

Partenes forutsetninger kan dessuten være et selvstendig tolkningsmoment ved tolkning av en kontrakt.⁴² Disse forutsetningene kan da anses å være en del av kontrakten. Det kan eksempelvis foreligge en situasjon der begge parter har vært klar over muligheten til å fusjonere etter aksjeloven, men likevel har inngått en kontrakt under forutsetning om at denne muligheten ikke skal realiseres. Dette kan eksempelvis være en følge av at dette er eksplisitt behandlet av partene i forkant av kontraktsinngåelsen, eller at kontrakten og kontraktsforholdets art tilsier at partene har hatt en slik forutsetning. En slik forutsetning kan derfor medføre at et overføringsforbud må anses å omfatte fusjon.

Det må etter dette legges til grunn at en part som påstår at et generelt overføringsforbud omfatter fusjon, vil ha en tung bevisbyrde. Når partene er profesjonelle, må det tas utgangspunkt i at de har kjennskap til aksjelovens fusjonsregler. Når partene ikke har regulert dette uttrykkelig i kontrakten, vil dette kunne vise at partene heller ikke har ment å fravike aksjelovens fusjonsregler. Det må antas at det i flere tilfeller må vises til andre holdepunkter

⁴² Woxholth (2014) s. 397, (A).

ved kontraktsforholdet enn kun kontraktens objektive ordlyd, for å nå frem med en påstand om at kontrakten ikke kan overføres ved fusjon som følge av et generelt overføringsforbud. Da vil eksempelvis hensynet til lojalitet i kontraktsforhold som vist kunne bli sentralt.

4.3 Avtalt krav til samtykke til overføring – er fusjon tilstrekkelig grunn til å nekte?

Et overføringsforbud som omfatter fusjon, tilsier at overføring ved fusjon er utelukket i ethvert tilfelle. I enkelte kontrakter kan imidlertid partene ha åpnet for overføring ved fusjon, forutsatt at den andre parten samtykker til dette. Et forbud mot overføring vil i slike tilfeller kun foreligge dersom den andre parten nekter å avgi et samtykke. Den aktuelle kontrakten inneholder således en mulighet til å fravike aksjelovens regler om overdragelse gjennom et samtykkenekt.

Når kontrakten ikke stiller nærmere krav til begrunnelsen for et samtykkenekt, medfører dette at partene som utgangspunkt på fritt grunnlag kan nekte å avgi et samtykke. Den parten som nekter å avgi et samtykke trenger derfor ikke å begrunne hvorfor samtykke ikke gis. Dette gir denne parten en sterk posisjon i kontraktsforholdet, da parten for eksempel kan stille krav til at nye vilkår inntas i kontrakten som betingelse for å avgi et samtykke.

Dersom partene har bestemt at et samtykkenekt må begrunnes, vil dette typisk komme til uttrykk ved et krav til saklig grunn for å nekte samtykke. Et slikt krav vil begrense en kontraktsparts mulighet til å forhindre at kontrakten overføres ved fusjon. Spørsmålet blir da hva som gir kontraktsmotparten en saklig grunn til å nekte å avgi et samtykke.

Et eksempel på en lovregulert kontrakt hvor overdragelse avhenger av et samtykke, er en husleiekontrakt. Disse kontraktene reguleres av lov av 26. mars 1999 nr. 17 om

husleieavtaler. Dersom et selskap ønsker å overdra en leiekontrakt i forbindelse med fusjon, forutsetter dette at utleier samtykker, jf. § 8-4 første ledd. Et slikt samtykke kan kun nektes dersom leietakers forhold gir saklig grunn til dette, jf. § 8-4 tredje ledd. I forarbeidene til denne bestemmelsen er eksempelvis ny leietakers dårlige økonomi angitt som et eksempel som kan gi utleier en saklig grunn til å nekte samtykke. Dersom leietaker har dårlig økonomi, kan dette resultere i at leietaker ikke klarer å oppfylle de økonomiske forpliktelsene som følger av leiekontrakten.⁴³

Ved ordinært aksjeerverv stilles det krav til samtykke fra styret i selskapet, og samtykke kan kun nektes dersom det foreligger en saklig grunn til dette, jf. asl. § 4-16 første ledd og andre ledd. I tilknytning til dette samtykkekravet, har Woxholth uttalt at en nektelsesgrunn som regel må anses saklig, dersom denne er begrunnet i ivaretagelsen av selskapets interesser.⁴⁴ Det må antas at et samtykkenekt ved fusjon, også som utgangspunkt må begrunnes i hensynet til ivaretagelsen av kontraktspartens interesser. Et samtykkenekt kan vanskelig anses saklig, dersom dette er begrunnet i hensyn som ikke angår kontraktsparten som sådan.

Når en kontrakt overdras til det overtakende selskapet, skal denne overdragelsen i seg selv som utgangspunkt ikke gå på bekostning av kontraktspartens interesser. En part som vil nekte samtykke til overføring, vil derfor ofte måtte henvise til noe mer enn kun fusjonen i seg selv.

Ved ivaretagelsen av kontraktspartens interesser, vil imidlertid hensynet til konkurranse være av betydning. Dersom en fusjon medfører at kontrakten overdras til et konkurrerende selskap, vil dette kunne skape en lite gunstig situasjon for kontraktsparten. Konkurranse kan eksempelvis vanskeliggjøre et fortsatt kontraktsforhold, fordi konkurranse kan være til hinder for et godt samarbeid. I slike tilfeller må det antas at det vil være saklig å avgi et samtykkenekt.

⁴³ NOU 1993:4 s. 72.

⁴⁴ Woxholth (2014) s. 271-272, (B).

Det vil videre kunne være av betydning hvilke type fusjon som gjennomføres. Dersom det finner sted en konsernfusjon, der for eksempel to søsterselskap fusjonerer, vil disse fremdeles ledes av det samme morselskapet. I slike tilfeller vil fusjonen i større grad være en omstrukturering, noe som taler for at dette alene ikke kan resultere i at det foreligger en saklig grunn til et samtykkenekt.

Et ytterligere moment som kan få betydning, er om kontrakten er oppsigelig eller uoppsigelig. Dersom kontrakten er oppsigelig, vil det overdragende selskapets medkontrahent ha hjemmel i kontrakten til å komme seg ut av kontraktsforholdet. Medkontrahenten kan da si opp kontrakten på det tidspunktet den får kjennskap til fusjonen. Dersom kontrakten er uoppsigelig, vil imidlertid medkontrahenten ikke ha en tilsvarende mulighet til å komme ut av kontraktsforholdet. Medkontrahenten må da forbli i kontraktsforholdet, selv om det etter fusjonen viser seg å være ugunstig. Hvis kontrakten er uoppsigelig, må det således antas at dette kan være et moment som taler for at et samtykkenekt er saklig.

Videre kan det tenkes at det det overdragende selskapet ble valgt som medkontrahent som følge av spesielle forhold ved dette selskapet. Eksempelvis kan selskapets størrelse og lokalitet være forhold som for den enkelte part er sentralt ved valg av kontraktspart. For enkelte kontraktsparter vil det for eksempel kunne være av avgjørende betydning at motparten er en mindre enhet lokalisert i nærmiljøet. Dersom en fusjon resulterer i at selskapet flyttes ut av nærmiljøet og blir en del av et større konsern, vil dette kunne være forhold som gjør at medkontrahenten har en saklig grunn til å nekte samtykke.

Det må etter dette legges til grunn at hva som gir en saklig grunn til å nekte et samtykke beror på individuelle forhold ved kontraktsforholdet. Selskapets art og kontraktens karakter må antas å være sentrale momenter ved vurderingen av hva som ivaretar kontraktspartens interesse, og derfor hva som gir en saklig grunn til å nekte samtykke.

4.4 Tolkningen av kontrakten i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)

I REC-kjennelsen uttalte ankeutvalget at det ”sentrale spørsmålet var betydningen av et eventuelt avtalt overføringsforbud”, jf. avsnitt 1. Partenes uenighet knyttet seg til forståelsen og betydningen av punkt 7.10 i kontrakten.⁴⁵ Under punkt 4.4 skal det foretas en vurdering av ankeutvalgets drøftelse av kontrakten i saken, og hvilke veiledning kjennelsen gir for tolkningen av liknende kontrakter i etterfølgende saker.

Høyesteretts ankeutvalg uttalte at lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til om kontraktens punkt 7.10 inneholdt et overføringsforbud som omfattet fusjon, jf. avsnitt 27. Hvordan den aktuelle kontrakten faktisk skulle tolkes, ble imidlertid heller ikke drøftet uttrykkelig av ankeutvalget. Særlig ankeutvalgets drøftelse av asl. § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 synes imidlertid å forutsette at kontrakten inneholdt et overføringsforbud som omfattet fusjon, jf. avsnitt 28. Da dette ikke ble uttrykkelig drøftet, så ankeutvalget bort fra en sentral del av spørsmålets kjerne, nemlig hvordan kontrakten skulle forstås.

Ankeutvalget fikk for det første ikke frem at kontraktens punkt 7.10 direkte henviste til ”merger”. Selv om dette begrepet ikke fullt ut tilsvarer det norske fusjonsbegrepet, vil en norsk fusjon kunne omfattes av dette begrepet.⁴⁶ Dette begrepet må anses å ha vært sentralt i saken, da særlig fordi dette ville ha vært et ”særlig holdepunkt” som tilsa at kontrakten var uoverdragelig ved fusjon.

Da kontrakten i saken ikke ble uttrykkelig drøftet, fikk ankeutvalget heller ikke frem at kontrakten inneholdt et krav til samtykke ved overføring. Videre fremgikk det av kontrakten at dette samtykket ”may not be unreasonable withheld”, noe som tilsvarer et krav til saklig

⁴⁵ Se kontraktens ordlyd i lagmannsrettens kjennelse, LH-2010-23648-1.

⁴⁶ Se drøftelse av begrepets innhold i hovedsaken i lagmannsretten, LH-2010-147765.

grunn for å nekte samtykke.⁴⁷ En overdragelse kunne således ha funnet sted, dersom den andre parten avgav et samtykke til dette. Som vist tidligere i oppgaven, vil det foreligge viktige forskjeller mellom et overføringsforbud og et krav til saklig grunn for å nekte samtykke. Dette skillet fikk ankeutvalget ikke frem, da de ikke gikk inn på kontraktens ordlyd.

I REC-kjennelsen hadde China Sunergy imidlertid ikke avgitt et samtykke til overføring ved fusjon. Slik sett var overføringen i strid med kontrakten, på lik linje med hva som ville ha vært tilfellet dersom kontrakten ble overdratt i strid med et rent overføringsforbud. Begge formuleringer hadde hindret en overføring i denne saken. En avklaring og tolkning av den aktuelle kontraktsklausulen hadde imidlertid fått betydning for vurderingen av om det forelå særlige holdepunkter som tilsa at aksjelovens fusjonsregler var fraveket. Det manglende samtykket ville ha vært et særlig holdepunkt i det konkrete tilfellet, som tilsa at kontrakten ikke kunne overdras ved den aktuelle fusjon. I lys av at det forelå uenighet om kontraktens innhold, og ankeutvalgets krav til ”særlige holdepunkter”, ville dette vært sentralt å få frem. Kravet til ”særlige holdepunkter” fikk derfor lite reell verdi i kjennelsen.

Videre er det av betydning at det i dette tilfellet forelå en konsernfusjon mellom to søsterselskap. Disse selskapene var begge under kontrollen til morselskapet REC ASA. Ved å uttrykkelig gå inn på kontraktens ordlyd, kunne ankeutvalget drøftet om punkt 7.10 andre punktum åpnet for en slik overføring. Dette punktet omhandlet overdragelse som følge av reorganisering til et selskap under samme kontroll som den opprinnelige kontraktsparten. En slik overdragelse var tillatt, forutsatt at den opprinnelige kontraktspart fremdeles var ansvarlig overfor medkontrahenten også etter overføringen. Da det overdragende selskapet ble oppløst ved fusjon, ville et slikt krav formelt sett blitt vanskelig å oppfylle. I lys av at det overdragende selskapet rettigheter og forpliktelser fortsetter i det overtakende selskapet, kunne det imidlertid ha blitt drøftet om dette kravet reelt sett var oppfylt.

⁴⁷ Se kontraktens ordlyd i LH-2010-23648-1.

For liknende saker som oppstår i etterkant av REC-kjennelsen, blir spørsmålet knyttet til kjennelsens rettskildeverdi aktualisert. Det må for det første antas at kjennelsen har begrenset argumentasjonsverdi når det gjelder hvordan kravet til ”særlige holdepunkter” skal forstås og anvendes. Da ankeutvalget ikke uttrykkelig trakk frem hvilke holdepunkter som gjorde at kontrakten i saken ikke var overførbar, blir dette kravet ikke belyst. Da ankeutvalget heller ikke drøftet den aktuelle kontrakten uttrykkelig, gir kjennelsen dessuten mindre veiledning i forhold til hvordan liknende klausuler skal tolkes i en annen sak. Den manglende drøftelsen av kontrakten må dessuten anses å redusere kjennelsens argumentasjonsverdi, fordi en sentral del ved ankeutvalgets resonnement ikke fremgår uttrykkelig.

Kjennelsens konklusjon vurderes under punktet 5, da det under dette punktet foretas en vurdering av virkninger av at en kontrakt er overført i strid med et overføringsforbud.

5 Virkninger av begrensninger i overføringsadgangen

5.1 Innledning

I punkt 5.2 og 5.3 skal det foretas en vurdering av hva som er virkningen av at en kontrakt er overført i strid med et overføringsforbud. Dersom en kontrakt overføres i strid med et slikt forbud, kan det for det første oppstå et spørsmål om rettighetene i kontrakten faller bort i tråd med løsningen i REC-kjennelsen. Det kan videre oppstå et spørsmål om den krenkede part kan gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser, fordi overdragelsen utgjør et mislighold.

I punkt 5.4 behandles forutsetningslæren. Forutsetningslæren kan være aktuelt der en eller begge partene har hatt en forutsetning om at kontrakten ikke skal overdras ved fusjon. Spørsmålet blir da om overdragelsen utgjør en bristende forutsetning. Forutsetningslæren vil være et alternativ der det ikke kan innfortolkes et overføringsforbud i kontrakten, og det således ikke er aktuelt å påberope bortfall av kontrakten eller misligholdsbeføyelser. Dersom forutsetningslærens vilkår er oppfylt, vil kontrakten kunne falle bort som følge av forutsetningsbrist.

5.2 Bortfall av rettighetene i kontrakten

Dersom en kontrakt er overført i strid med et overføringsforbud, kan en mulig virkning av dette være at rettighetene bortfaller i tråd med løsningen i REC-kjennelsen. I denne kjennelsen var det som nevnt kun rettighetene som bortfalt som følge av overføringen i strid med et overføringsforbud. Ankeutvalget uttalte imidlertid at forpliktelser som overføres i strid

med et overføringsforbud ikke kan falle bort. Dette innebærer at det overtakende selskapet fremdeles vil anses ansvarlig for forpliktelser. Dersom ankeutvalgets løsning følges i en sak som gjelder en kontrakt med både rettigheter og forpliktelser, tilsier dette at det da er kun rettighetene som bortfaller, mens forpliktelsene fremdeles påhviler det overtakende selskapet.

Det kan anses rimelig at en rettighet som er overført i strid med et overføringsforbud ikke kan gjøres gjeldende av erververen, da dette forhindrer at vedkommende tjener på kontraktsbruddet. Som ankeutvalget påpeker i avsnitt 28 kan en slik løsning samtidig begrunnes i at det overdragende selskapet er oppløst ved fusjonen, noe som tilsier at dette selskapet ikke lenger kan ha en posisjon som part i et kontraktsforhold etter fusjonen. Dersom et overføringsforbud omfatter fusjon, har ikke det overtakende selskapet en rett etter kontrakten til å overta denne partsposisjonen. Resultatet av dette kan da bli at det ikke er noen som kan påberope den aktuelle rettigheten.

Det er av betydning at REC-kjennelsen gjaldt en ensidig forpliktelse. Det kan stilles spørsmål ved om løsningen utgjør en god løsning ved gjensidige kontrakter. Dette drøftes nærmere under analysen av sakens konklusjon i punkt 5.5.

5.3 Misligholdsbeføyelser

Dersom en kontrakt er overdratt ved fusjon i strid med et overføringsforbud, og den ikke anses bortfalt, kan det stilles spørsmål ved om overdragelsen utgjør et mislighold av kontrakten. Et mislighold utløser som utgangspunkt misligholdsbeføyelser. Det skal under dette punktet først vurderes om misligholdsbeføyelser er en mulig reaksjon på overføring av kontrakter ved fusjon i strid med et overføringsforbud. Det skal videre vurderes hvilke betydning REC-kjennelsen får for muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser i en slik situasjon.

Misligholdsbeføyelser er en reaksjon på mislighold av en kontrakt. Mislighold foreligger i de tilfeller hvor aktuell oppfyllelse avviker fra det som er avtalt mellom partene, forutsatt at denne oppfyllelsessvikten ikke er et resultat av kreditors eget forhold.⁴⁸

Misligholdsbeføyelsene kan anses som et verktøy for den krenkede part til å enten redusere eller forhindre tap. Beføyelsene vil således ha en reparativ funksjon. Videre gir eksistensen av misligholdsbeføyelser partene i en kontrakt en oppfordring til å oppfylle i tråd med kontrakten, og vil således kunne ha en preventiv effekt.⁴⁹

Dersom partene har et kontraktsfestet overføringsforbud som omfatter fusjon, vil en overføring være en disposisjon i strid med kontrakten. Disposisjon avviker da fra hva som følger av kontrakten, noe som tilsier at det foreligger et mislighold. I etterkant av en fusjon vil det overdragende selskapet være oppløst, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 1. Dersom det overdragende selskapet har brutt sin kontrakt ved å overføre denne til det overtakende selskapet, må eventuelle misligholdsbeføyelser derfor gjøres gjeldende mot det overtakende selskapet.

Ved spørsmål om misligholdet utløser misligholdsbeføyelser, oppstår det et spørsmål om hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende i det konkrete tilfellet.

Misligholdsbeføyelser kan gjøres gjeldende med hjemmel i både lovfestede og ulovfestede regler. I de tilfeller hvor en kontrakt er overført ved fusjon i strid med et overføringsforbud, kan det for det første være aktuelt å heve kontrakten. Det avgjørende blir da om det foreligger et vesentlig mislighold.⁵⁰ Ved å heve kontrakten, vil den krenkede part kunne komme seg ut av et kontraktsforhold den ikke lenger ønsker å være en del av.⁵¹

⁴⁸ Hov (2012) s. 45-46.

⁴⁹ Krüger (1989) s. 737.

⁵⁰ Krüger (1989) s. 760.

⁵¹ Hov (2012) s. 153.

Hagstrøm har uttalt at det ved vurderingen av om et mislighold er vesentlig, må tas utgangspunkt i ”... avviket fra kontraktmessig oppfyllelse”. Vesentlighetskravet innebærer dessuten at avviket ikke må være ubetydelig.⁵² En overføring ved fusjon innebærer reelt sett at det kommer en ny kontraktspart inn i kontraktsforholdet. Dersom en kontrakt overdras i strid med et overføringsforbud som omfatter fusjon, må dette som utgangspunkt anses som et vesentlig avvik fra det partene har avtalt. Det må antas at dette i de fleste tilfeller er tilstrekkelig for å oppfylle vesentlighetskravet, og at det derfor ofte vil være grunnlag for å heve kontrakten i et slikt tilfelle.

Dersom den krenkede part har lidt et tap som følge av overdragelsen, kan det videre bli aktuelt å reise et erstatningskrav. Dersom den krenkede part skal motta erstatning, forutsetter dette at vilkårene for erstatning foreligger. Det må foreligge ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng, adekvans og et økonomisk tap.⁵³ Erstatningsspørsmål kommenteres ikke nærmere her.

I REC-kjennelsen viste Høyesteretts ankeutvalg til lagmannsrettens drøftelse, jf. avsnitt 27. Lagmannsretten fant at den aktuelle kontrakten hadde blitt overdratt til REC Wafer ved fusjonen, og at et eventuelt brudd på kontrakten kunne gi grunnlag for misligholdsbeføyelser.⁵⁴ Ankeutvalget mente dette ikke var en riktig forståelse av asl. § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3, jf. avsnitt 28. Ankeutvalget konkluderte i stedet som nevnt med at de aktuelle påkravsgarantiene ikke kunne anses overført ved fusjonen. Dette kan tale for at misligholdsbeføyelser ikke skal påberopes i en slik situasjon.

Det er imidlertid av betydning at tvistesporalet i REC-kjennelsen kun knyttet seg til påkravsgarantiene, som var en rettighet. Dersom ankeutvalgets løsning benyttes ved gjensidig bebyrdende kontrakter, vil løsningen kunne gi et svært urimelig resultat. I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil den ene partens rettigheter være den andres forpliktelser, og

⁵² Hagstrøm (2011) s. 428.

⁵³ Hagstrøm (2011) s. 538.

⁵⁴ Se hele votumet i LH-2010-23648-1.

motsatt. Det ville for eksempel skape en urimelig situasjon, dersom en part i en salgskontrakt måtte levere en salgsgjenstand uten å motta betaling. Dette taler for at ankeutvalgets løsning ikke kan stenge for muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser.

Det er videre av betydning at ankeutvalgets drøftelse og konklusjon er relativt generell. Dette til tross for at det i tilknytning til det aktuelle spørsmålet kan foreligge svært individuelle forhold ved hver enkelt sak og kontrakt. Det kan derfor foreligge bestemte forhold ved den enkelte sak, som medfører at ankeutvalgets konklusjon ikke danner en like god løsning i senere liknende saker. Det legges derfor til grunn at kjennelsen ikke er til hinder for at det gjøres gjeldende misligholdsbeføyelser, i tilfeller hvor en kontrakt er overført ved fusjon i strid med et overføringsforbud.

Det legges etter dette til grunn at misligholdsbeføyelser vil være en mulig gjensidighetsbeføyelse som kan påberopes der en kontrakt er overdratt i strid med et overføringsforbud. I slike tilfeller vil således kontrakten overdras, men overføringen anses som et mislighold som gir grunnlag for å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser. Særlig ved gjensidig bebyrdende kontrakter antas det at dette vil skape en god løsning.

5.4 Kan fusjonen utgjøre en relevant bristende forutsetning?

5.4.1 Innledning

Dersom en kontrakt overføres ved fusjon, kan det stilles spørsmål ved om det overdragende selskapets medkontrahent kan erklære seg ubundet som følge av forutsetningslæren.⁵⁵ Det

⁵⁵ Andenæs (2006) s. 603. Se også Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen), avsnitt 26.

sentrale spørsmålet blir om overdragelsen utgjør en bristende forutsetning. Spørsmålet er som nevnt aktuelt der det ikke kan innfortolkes et overføringsforbud i kontrakten.

Forutsetningslæren er ulovfestet, og har betydning for om en kontrakt kan endres eller tilsidesettes som følge av forhold som har inntrådt i etterkant av kontraktsinngåelsen.⁵⁶

Utgangspunktet er at kontraktspartene selv bærer risikoen for egne forutsetninger.⁵⁷ Dette innebærer at hver part som utgangspunkt må ta konsekvensene av at kontraktsforholdet arter seg annerledes enn forutsatt. Partene har derfor en sterk oppfordring til å regulere sine forutsetninger i kontrakten. Dette må ses i lys av partenes kontraktsfrihet. Når partene selv kan avgjøre hvorvidt en kontrakt skal inngås, og hva den skal inneholde, må de også anses å ha et ansvar for å regulere det forhold de ønsker å ha med sin medkontrahent.

For at en kontrakt skal kunne falle bort på grunnlag av forutsetningslæren, har det i rettspraksis blitt utviklet en rekke vilkår som må være oppfylt. Hagstrøm har uttalt at det normalt er krav til ”... at løftet er avgitt under en bestemt *forutsetning*, at denne forutsetningen var *kausal* (*dvs. motiverende*) for løftegiveren, at forutsetningen og kausaliteten var *synbar* for løfteadressaten, og at forutsetningsbristen etter en nærmere rettslig vurdering kan anses *relevant*”.⁵⁸ Disse vilkårene fremgår eksempelvis av Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei), avsnitt 63. I denne saken var det blant annet spørsmål om en kontrakt kunne revideres på grunnlag av forutsetningslæren. I avsnitt 63 trakk Høyesterett frem både kausalitetskravet og kravet til synbarhet.

Anvendelse av forutsetningslæren der en kontrakt overdras ved fusjon, forutsetter altså at den part som påberoper forutsetningslæren har hatt en forutsetning om at kontrakten ikke skal overføres til en ny kontraktspart, heller ikke ved fusjon. Fritt valg av medkontrahent, er en følge av partenes kontraktsfrihet.⁵⁹ Kontraktsfriheten kan således få betydning for

⁵⁶ Giertsen (2014) s. 258.

⁵⁷ Krüger (1989) s. 685. Se også Giertsen (2014) s. 258.

⁵⁸ Hagstrøm (2011) s. 260. Se også Krüger (1989) s. 682.

⁵⁹ Woxholth (2014) s. 26, (A).

vurderingen av om det foreligger bristende forutsetninger, da valget av medkontrahent kan være en viktig forutsetning for selve kontraktsinngåelsen.

Forutsetninger kan som nevnt også benyttes som et tolkningsmoment, og de vil da kunne anses som en del av kontrakten. Videre er forutsetninger som vist et vilkår under forutsetningslæren. Denne grensen kan være vanskelig å klargjøre, men er likevel viktig. Dersom forutsetningene anses som en del av kontrakten, vil et kontraktsbrudd lede til at parten kan påberope kontraktsbruddssanksjoner. Dersom forutsetningene benyttes som et vilkår under forutsetningslæren, blir det avgjørende hvorvidt vilkårene for anvendelsen av denne læren er oppfylt.⁶⁰ Forutsetningslæren kan således være et alternativ der det ikke kan påvises at forutsetningene har vært en del av selve kontrakten som sådan.

I punkt 5.4.2-5.4.4 foretas det en vurdering av de vilkår som må være oppfylt for at forutsetningslæren skal komme til anvendelse.

5.4.2 Kausalitet

Dersom forutsetningslæren skal komme til anvendelse, stilles det som nevnt krav til at forutsetningen var kausal. Dette innebærer at forutsetningen må ha vært en motiverende faktor for at kontrakten ble inngått. Forutsetningen om å ha en bestemt kontraktspart, må derfor ha vært sentral ved en parts avgjørelse om å inngå den aktuelle kontrakten. Forutsetningen trenger likevel ikke å ha vært avgjørende for kontraktsinngåelsen, men den må imidlertid ha vært vesentlig.⁶¹

⁶⁰ Woxholth (2014) s. 422, (A).

⁶¹ Hagstrøm (2011) s. 261.

Valg av medkontrahent kan for det første ha vært motiverende for kontraktsinngåelsen ved kontraktsforhold som bygger på et særlig tillitsforhold eller tett samarbeid. Et slikt avgjørende tillitsforhold kan for eksempel foreligge i tilfeller hvor kontrakten angår bedriftshemmeligheter. Dersom den ene parten fusjonerer med en konkurrerende bedrift, kan dette resultere i at konkurrenten får tilgang til bedriftshemmeligheter. Dette kan forhindre eventuelle forsprang kontraktsparten har i bransjen. For slike kontrakter vil derfor valg av kontraktspart kunne være en kausal forutsetning ved kontraktsinngåelsen.

Videre kan selskapers omdømme i bransjen være en avgjørende forutsetning for valget av kontraktspart. Et kontraktsforhold med en part som har et negativt omdømme, kan skade tilliten til kontraktsparten. Dette vil videre kunne få negativ effekt på for eksempel selskapets goodwill. Tekstilbransjen er et eksempel hvor dette kan bli aktuelt. Valget av kontraktspart kan her tenkes å være begrunnet i at denne ikke benytter barnearbeidere i strid med ILO konvensjonen nr. 138. I slike tilfeller kan valget av kontraktspart være motiverende for kontrakten, noe som kan medføre at kausalitetsvilkåret er oppfylt.

For noe kontraktstyper vil det dessuten være avgjørende for kontraktsinngåelsen at medkontrahenten driver en spesiell type virksomhet. Dersom virksomhetens art har vært avgjørende for kontraktsinngåelsen, og denne endres som følge av fusjonen, vil dette kunne være en vesentlig forutsetning som svikter ved overdragelsen.

Forarbeidene til aksjeloven av 1976 angir lisenskontrakter som et eksempel på en kontrakt, hvor overdragelse ved fusjon kan representere en bristende forutsetning. Det fremgår av forarbeidene at overdragelse i slike tilfeller kan gi den annen part adgang til å heve kontrakten.⁶² En lisenskontrakt gir typisk tillatelse til å gjøre eller utnytte noe bestemt, og omhandler ofte en lovbeskyttet immateriell rettighet.⁶³ Et personskifte vil kunne endre forutsetningen for at lisensen ble gitt, fordi forutsetningen for kontrakten kan ha vært at en bestemt fysisk eller juridisk person skulle benytte lisensen. Dersom lisensen eksempelvis

⁶² Ot.prp nr. 19 (1974-1975) s. 202.

⁶³ Norheim (2003) s. 127.

knytter seg til bruken av et patent, vil det kunne være i lisensgivers interesse at sensitive opplysninger knyttet til pantet ikke spres ved overdragelse av kontrakten ved fusjon.

5.4.3 Synbarhet

Ved anvendelse av forutsetningslæren, må forutsetningen og kausaliteten ha vært synbar for medkontrahenten.⁶⁴ Dette tilsier at den andre parten må ha vært klar over at kontraktsparten hadde en bestemt forutsetning.

Ved spørsmål om en forutsetning har vært synbar for den annen part, kan det foretas et skille mellom ”individuelle forutsetninger” og ”typeforutsetninger eller normalforutsetninger”.⁶⁵ Dersom individuelle forutsetninger skal være synbar for den andre part, krever dette ofte at medkontrahenten har blitt gjort kjent med den aktuelle forutsetningen. Normalforutsetningene vil imidlertid være forutsetninger som er sentrale og typiske for den bestemte kontraktstype. Dersom en forutsetning er mindre typisk, skal det ofte mer til for at synbarhetsvilkåret er oppfylt. En individuell forutsetning som ikke er tilkjennegitt vil ofte ikke kunne påberopes, fordi den ikke har vært synbar for den andre parten.⁶⁶

Dersom en part har hatt en forutsetning om at kontrakten ikke skal overdras i tråd med aksjelovens regler om fusjon, vil dette måtte anses som en individuell forutsetning. Det må antas at det som hovedregel ikke kan være en typeforutsetning at en kontrakt fraviker aksjelovens fusjonsregler, da aksjeloven som utgangspunkt må gå foran en kontrakt som ikke uttrykkelig fraviker denne. Dette medfører at det bør foreligge klare holdepunkter for at synbarhetskravet skal anses innfridd i slike tilfeller. Det avgjørende blir derfor om det har

⁶⁴ Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei), avsnitt 63. Det stilles krav til at forutsetningen har ”... vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjonen”.

⁶⁵ Hagstrøm (2011) s. 262.

⁶⁶ Krüger (1989) s. 686.

vært synbart for det overdragende selskapet at medkontrahenten har hatt en forutsetning om at kontrakten ikke kan overdras til en ny part, heller ikke ved fusjon.

Det kan foreligge konkrete forhold ved kontraktsforholdet som resulterer i at en slik forutsetning er synbar for den annen part. Det kan for eksempel tenkes at partene har hatt et langvarig og tett forhold, og derfor har større innsikt i hva som er viktig for hver kontraktspart. Det vil da kunne være synlig for kontraktspartene at dette bestemte kontraktsforholdet var avgjørende for kontraktsinngåelsen, og at overdragelse av kontrakten derfor ikke skal skje ved fusjon.

Videre kan det være av betydning om en fusjon fremstod som aktuelt på det tidspunktet da kontrakten ble inngått. Dersom fusjon var nært forestående, og dette var kjent for begge parter, vil den annen part neppe kunne påstå i etterkant at det var en forutsetning at kontrakten ikke skulle overføres ved fusjonen.

Kontraktens art kan tilsi at det er synbart for den andre part at overdragelse ikke skal finne sted ved fusjon. Dersom en overdragelse ved fusjon for eksempel forhindrer partene i å nå formålet ved kontrakten, kan dette tilsi at det må anses synbart at overdragelse ved fusjon ikke skal finne sted.

Utover dette må det antas at den part som påberoper forutsetningslæren i tilfeller hvor en kontrakt har blitt overdratt ved fusjon, har en relativt tung bevisbyrde når det gjelder spørsmålet om forutsetningen har vært synbar for den andre parten i kontraktsforholdet. Dette kan resultere i at det kan være vanskelig å nå frem med et krav om at kontrakten skal falle bort på grunnlag av forutsetningslæren.

5.4.4 Relevanskravet

Det foreligger videre et krav til at forutsetningsbristen er relevant. Relevanskravet er et objektivt krav, der det avgjørende er hva som etter en helhetsvurdering gir den beste løsningen.⁶⁷

Når partene er profesjonelle, må aksjelovens fusjonsregler anses kjent blant parter i næringslivet. Videre foreligger det en høy terskel for å tilsidesette en kontrakt etter forutsetningslæren.⁶⁸ Når overdragelse ved fusjon er lovregulert, og partene selv som hovedregel skal bære risikoen for egne forutsetninger, må det antas at det foreligger en desto høyere terskel for å anse forutsetningslæren som en bortfallsgrunn ved fusjon.

Et moment i helhetsvurderingen er hvorvidt forutsetningssvikten var påregnelig. Spørsmålet blir da om partene forutså eller burde ha forutsett at de aktuelle forholdene kunne endres.⁶⁹ Når aksjeloven åpner for at selskaper kan fusjonere, vil det alltid foreligge en risiko for at selskaper velger å benytte seg av denne muligheten. Dette taler for at fusjon blant selskaper må anses påregnelig, noe som taler i mot anvendelsen av forutsetningslæren.

Hvorvidt fusjon var påregnelig kan ses i lys av om det foreligger en kort- eller langvarig kontrakt. Dersom et selskap inngår en kortvarig kontrakt med en kontraktspart, vel vitende om at en fusjon er nærstående, tilsier den alminnelige lojalitetsplikten at dette blir gjort kjent for den annen part før kontraktsinngåelsen. Dersom parten ikke opplyser om en forestående fusjon, må den andre part derfor kunne ta utgangspunkt i at dette ikke skal skje i kontraktens virketid.

⁶⁷ Hagstrøm, (2011) s. 262.

⁶⁸ Giertsen (2014) s. 259.

⁶⁹ Giertsen (2014) s. 259.

Ved en langvarig kontrakt vil det være vanskeligere å forutse den videre utviklingen i både de respektive selskapene og i det konkrete kontraktsforholdet. Det vil i slike tilfeller være en utfordring for partene å regulere enhver tenkelig situasjon i kontrakten. Det er derfor flere mulige situasjoner som må anses påregnelig. Så lenge fusjonsreglene eksisterer, foreligger det en risiko for at fusjon gjennomføres i fremtiden. Det må derfor antas at det ofte er mer nærliggende at den part som har hatt en forutsetning om at overdragelse ved fusjon ikke skal skje bærer risikoen for dette, i stedet for at bristende forutsetninger påberopes når en lovbestemt fusjonsmulighet benyttes.

Muligheten til å påberope forutsetningslæren ved fusjon, skal ikke bidra til omgåelse av kontraktens bindende virkning der parten ønsker å komme seg ut av et kontraktsforhold. Særlig kravet til synbarhet vil derfor være sentralt, fordi det ofte vil være vanskelig for en part å se den andre parts forutsetning om at overdragelse ved fusjon ikke kan skje, dersom parten ikke har gjort medkontrahenten kjent med en slik forutsetning. Dersom vilkårene for anvendelsen av forutsetningslærene er oppfylt, kan imidlertid dette resultere i at kontrakten bortfaller. Forutsetningslæren vil derfor i slike tilfeller være til hinder for et fortsatt kontraktsforhold med det overtakende selskapet som ny kontraktspart.

5.5 Løsningen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)

Under dette punktet skal det foretas en nærmere analyse av konklusjonen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen). Samtidig skal løsningen i kjennelsen sammenlignes med muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser, for å vurdere hva som gir en god løsning i saker hvor en kontrakt er overdratt ved fusjon i strid med et overføringsforbud.

Som nevnt foretok Høyesteretts ankeutvalg i REC-kjennelsen en oppdeling av henholdsvis forpliktelser og rettigheter som hadde blitt overført i strid med et overføringsforbud.

Ankeutvalget oppstilte da reelt sett en ny regel i de tilfeller hvor rettigheter og forpliktelser etter en kontrakt er overdratt i strid med et overføringsforbud.

Det er sentralt at tvistespørsmålet i REC-kjennelsen kun knyttet seg til en rettighet, nemlig påkravsgarantiene etter kontrakten. Som nevnt la ankeutvalget vekt på at det overdragende selskapet oppløses ved fusjon, og at det derfor ikke lenger var et rettighetssubjekt som kunne påberope rettigheten. En slik løsning innebærer imidlertid for det første at ankeutvalget så bort fra at det overdragende selskapets rettigheter og forpliktelser etter § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 videreføres i det overtakende selskapet uendret. Det overdragende selskapets posisjoner vil av den grunn fremdeles kunne bidra til oppfyllelse av eventuelle kontrakter. Da det ikke foreligger et identitetsskifte ved fusjon, tilsier dette at det etter aksjelovens regler derfor fremdeles er et rettighetssubjekt som kan påberope seg den aktuelle rettigheten, nemlig det overtakende selskapet.

Det kan imidlertid anses rimelig at det overtakende selskap må oppfylle forpliktelser som er overført i strid med et overføringsforbud, da den motsatt løsning kunne åpnet for omgåelse av et kontraktsfestet overføringsforbud. Løsningen kan således anses å ha en preventiv effekt. Muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser vil imidlertid også ha en slik effekt. Videre vil både muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser og en løsning der rettigheter bortfaller, forhindre eller minske risikoen for at motparten lider et tap.

Det kan videre stilles spørsmål ved om en tolkning der forpliktelser og rettigheter skilles, er i tråd med ordlyden i asl. § 13-16 første ledd nr. 3. For det første gir ordlyden uttrykk for at ”rettigheter og forpliktelser” skal overdras ved fusjon.⁷⁰ Ordlyden gir således ikke anvisning på en alternativ løsning, der enten rettigheter *eller* forpliktelser overføres. En oppdeling kan således gå på bekostning av hensynet til forutberegnelighet. Da partene er profesjonelle, er hensynet til forutberegnelighet sentralt. Muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser, vil imidlertid kunne skape en mer forutberegnelig stilling for partene. Aksjelovens fusjonsregler gjelder da etter sin ordlyd, samtidig som de kontraktsrettslige sanksjonsregler gjelder ved et

⁷⁰ Min kursivering.

kontraktsbrudd. Samspillet mellom de selskapsrettslige og de kontraktsrettslige regler kan således anses harmonisert, når partene kan påberope misligholdsbeføyelser.

Videre vil ulik håndtering av henholdsvis rettigheter og forpliktelser ikke være overens med kontinuitetsprinsippet, da dette prinsippet forutsetter kontinuitet i det overdragende selskapets posisjoner etter kontrakten. Ankeutvalgets løsning kan anses som en mindre lojal tolkning av aksjeloven i lys av dette prinsippet.

Det er videre en svært nær sammenheng mellom rettigheter og forpliktelser, slik at et konsekvensorientert syn kan anses hjemlet i ordlyden i § 13-16 første ledd nr. 3. Rettighetene for den ene part, vil være den andres forpliktelser og motsatt. En oppdeling av henholdsvis rettigheter og forpliktelser kan derfor anses både mindre konsekvent og noe vilkårlig, både i lys av den aktuelle kontrakten mellom partene og ordlyden i asl. § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3.

Dersom en liknende sak kommer opp for Høyesterett kan det således anses å være tvil knyttet til hvorvidt Høyesterett legger til grunn samme løsning. I REC-kjennelsen kunne en overføring av påkravsgarantiene fått store negative konsekvenser for China Sunergy, ved at de da kunne blitt ansvarlig for et større regresskrav. Ved en slik ensidig forpliktelse, kan løsningen således gi et vern om den som har avgitt løftet. Når det er tale om en ensidig ytelse, gjenstår det således å se hvorvidt løsningen følges i en senere sak.

Ved gjensidige bebyrdende kontrakter er det et prinsipp om ytelse mot ytelse.⁷¹ Dersom den ene parten fritas fra å oppfylle sin del av kontrakten, vil den balanse som dette prinsippet forutsetter forskyves betraktelig. Dette vil da kunne skape en urimelig situasjon for den part som fremdeles må oppfylle sin del av kontrakten, uten å motta en motytelse.

⁷¹ Giertsen (2014) s. 12. Se Hagstrøm (2011) s. 37-38 om skillet mellom ensidig forpliktelser og gjensidig bebyrdende kontrakter.

Dersom en rettighet bortfaller etter en gjensidig bebyrdende, vil dessuten ankeutvalgets løsning ikke bare ha en reparativ effekt. Den vil stille den krenkede part i en bedre stilling enn hva som var forutsetningen ved kontraktsinngåelsen, da denne parten mottar en rettighet uten å prestere en motytelse. En løsning som beriker motparten som følge av den andre partens kontraktsbrudd, synes å gå på tvers av de kontraktsrettslige gjensidighetsbeføyelser som foreligger i norsk rett i dag. Når det gjelder gjensidig bebyrdende kontrakter mener jeg løsningen i REC-kjennelsen derfor ikke gir en like god løsning. Jeg mener derfor det er grunnlag for å anta at løsningen i REC-kjennelsen ikke legges til grunn i tilfeller for det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. I slike tilfeller mener jeg en part i stedet bør ha mulighet til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.

6 Avslutning

Under dette punktet gis det en avsluttende kommentar knyttet til enkelte spørsmål som har blitt behandlet i oppgaven.

I punkt 3 ble det lagt til grunn at kreditorbestemmelsene i asl. § 13-14 og § 13-15 ikke omfatter en kreditor med krav på annet enn penger. Et slikt standpunkt kan anses usikkert, grunnet uenighet i juridisk teori. Det kan derfor stilles spørsmål ved om forholdet til realkreditorene bør reguleres uttrykkelig i aksjeloven. Det foreligger ikke rettspraksis knyttet til dette spørsmålet, noe som kan tale for at spørsmålet ikke har så stor praktisk betydning. Eventuelt kan det tenkes at spørsmålet løses utenfor domstolene, eller at partene normalt regulerer realkreditors stilling i kontrakter. Dersom lovgiver regulerte realkreditors stilling i aksjeloven, kunne dette bidra til økt forutberegnelighet. Dette ville dessuten i større grad kunne likestilt en realkreditors og en pengekreditors stilling ved fusjon. Eventuell lovgivning vil også ha en avklarende og forenklende funksjon, da partene ikke trenger å regulere dette i en kontrakt. En realkreditors posisjon ved fusjon burde således etter min mening ha vært regulert uttrykkelig i aksjeloven.

Som vist i punkt 4, kan partene regulere muligheten til å overføre kontrakten ved fusjon. Den part som påstår at aksjelovens fusjonsregler er fraveket, vil ha en tung bevisbyrde dersom fusjon ikke nevnes uttrykkelig. Dette må anses begrunnet i at det foreligger et krav til ”særlige holdepunkter” for å legge til grunn at en kontrakt ikke kan overdras ved fusjon. For at eventuelle overføringsforbud skal ha en sikker og effektiv virkning, bør partene derfor ved kontraktsinngåelsen sørge for at overføringsforbudet uttrykkelig omfatter fusjon. Dette kan bidra til å forhindre tolkningstvil, og dessuten gi partene en mer sikker stilling ved en eventuell fusjon.

Dersom en kontrakt inneholder et overføringsforbud som omfatter fusjon, må det tas stilling til hva som er virkningen av en overdragelse. Som vist er et alternativ at løsningen i REC-kjennelsen følges. Et annet alternativ er at den krenkede part gjør gjeldende misligholdsbeføyelser. Da løsningen i REC-kjennelsen som nevnt kan resultere i et svært urimelig resultat i tilfeller hvor saken dreier seg om en gjensidig bebyrdende kontrakt, mener jeg muligheten til å påberope misligholdsbeføyelser i større grad ivaretar begge parter i en sak hvor en kontrakt er overdratt i strid med et overføringsforbud som omfatter fusjon. Dette forhindrer at de fusjonerende parter tjener på eget kontraktsbrudd, samtidig som den krenkede part ikke lider et tap.

Dersom det ikke kan innfortolkes et overføringsforbud i kontrakten, vil partene som vist ha mulighet til å påberope forutsetningslæren. Det må imidlertid antas at en part ofte vil ha en sterkere stilling der vedkommende kan påvise forutsetninger som er en del av kontrakten som et tolkningsmoment, og derfor gjør gjeldende misligholdsbeføyelser ved overdragelse, enn tilfeller hvor vedkommende har hatt en forutsetning som omfattes av forutsetningslæren. Som følge av kravet til synbarhet, kan det som nevnt være vanskelig å bevise at parten hadde en forutsetning om at kontrakten ikke kunne overdras ved fusjon.

Videre foreligger det flere forhold ved REC-kjennelsen som kan begrense kjennelsens overføringsverdi. Kontrakten ble som nevnt ikke tolket uttrykkelig, og løsning kan dessuten gi en urimelig løsning ved gjensidige kontrakter, noe som kan redusere kjennelsens overføringsverdi. Utover dette er det av betydning for sakens rettskildeværdi at det er tale om en midlertidig forføyning, og at hovedsaken endte med forlik mellom partene. Dette tilsier at det materielle spørsmålet ikke ble endelig løst i lagmannsrettens dom, LH-2010-147765. En endelig dom fra Høyesterett foreligger altså ikke. Videre ble kontrakten i saken regulert av engelsk rett. Kontrakten viste dessuten uttrykkelig til begrepet ”merger”. Dette kan redusere kjennelsens overføringsverdi til saker hvor kontrakten ikke viser til fusjon, og til kontrakter som reguleres av norsk rett.

Det må avslutningsvis legges til grunn at overføringen av kontrakter ved fusjon, reiser en rekke spørsmål som ikke kan løses på grunnlag av et standardsvar. Når det foreligger et samspill mellom de selskapsrettslige og de kontraktsrettslige regler, vil det foreligge viktige individuelle forskjeller mellom sakene. Dette medfører at det i hver enkelt sak bør tas hensyn til de individuelle forholdene ved den bestemte kontrakten, ved spørsmål om denne kan overdras ved fusjon og eventuelle virkninger av en slik overdragelse.

Litteraturliste

Lover:

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

Lov 04. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern.

Lov av 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler.

Lov av 15. april 1687, Kong Christian Den Femtis Norske Lov.

Lovbekendtgørelse nr. 610 af 28.04.2015 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven).

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975), om lov om aksjeselskaper.

NOU 1992:29, Lov om aksjeselskaper.

NOU 1993:4, Lov om husleieavtaler.

Rettspraksis:

Rt. 1988 s. 1078.

Rt. 1992. s. 966.

Rt. 2002 s. 1155.

Rt. 2005 s. 268, (Pan Fish-dommen).

Rt. 2010 s. 918, (REC-kjennelsen).

LH-2010-23648-1.

LH-2010-23648-2.

LH-2010-147765.

HR-2011-2142-F.

Internasjonalt:

EØS-avtalen, Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

EØS-avtalen, vedlegg XXII, Selskapsrett.

Fusjonsdirektivet, Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2011/35/EU 5. april 2011 om fusjon av allmennaksjeselskaper.

ILO-konvensjonen nr. 138 om minstealder for adgang til sysselsetting, (vedtatt 26. juni 1973).

Litteratur:

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006, (3. opplag 2009).

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009.

Andersen, Paul Krüger, *Aktie- og anpartsselskapsret. Kapitalselskaber*, 12. utgave, 1. opplag, København 2013.

Giertsen, Johan, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999.

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

Gjems-Onstad, Ole, *EØS-avtalen og EØS-loven med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, Oslo 2000.

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

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 1. utgave, Oslo 2009.

Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte – Kontraktsrett II*, 2. utgave (2002), 4. opplag, Oslo 2012.

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.

Norheim, Lars G., *"Franchising, avgangsvederlag og agentur: agenturlovens regler om avgangsvederlag ("goodwill-vederlag") og deres analogiske anvendelse på franchising"*, Oslo 2003.

Schaumburg-Müller, Peer og Erik Werlauff, *Selskapsloven med kommentarer*, 2. utgave, 1. opplag, København 2014.

Smith, Carsten, ved Marianne Olsson og Terese Smith, *Kausjonsrett*, 3. utgave, Oslo 1997.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave, 1. opplag, Oslo 2014 (A).

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 5. utgave, 1. opplag, Oslo 2014 (B).

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentartutgave*, 3. utgave, Oslo 2012.

Artikler:

Giertsen, Johan, "Fusjon som avtaletype", *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang*, s. 799-811, 1998, (Utgiver: Alma Mater).

Nettdokumenter:

Matre, Hugo, kommentar til aksjeloven på rettsdata, note 2175, (Skrevet: 21.09.2014. Lest sist: 28.05.2015). <http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19970613z2D44z2EzA713z2D2>