

Selskapsrettslig kontinuitet ved
kreditorbeslag
*Rettsvern for fast eiendom overført ved fusjon og
fisjon etter Forusstranda-dommen*

Kandidatnummer: 60

Antall ord: 14 979



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Bakgrunn og aktualitet	4
1.3	Konfliktsituasjoner	5
1.4	Avgrensninger	9
1.5	Fremstillingen videre	9
2	Kreditorstinksjon etter tinglysningsloven	11
2.1	Rettslige utgangspunkter ved kreditorstinksjon.....	11
2.2	Notoritetsbehovet	12
2.3	Rettsstiftelse – ordlyden i tinglysningsloven §§ 20 og 23.....	15
3	Kontinuitetsprinsippet	18
3.1	Innledende om kontinuitetsprinsippet	18
3.2	Kontinuitetsprinsippetets innhold.....	20
3.2.1	Innledning.....	20
3.2.2	Funksjon og virkninger	20
3.2.3	Substans.....	21
3.3	Kontinuitet ved fusjon	23
3.3.1	Innføring av fusjonsregler med kontinuitet.....	23
3.3.2	Materielle forskjeller i kontinuiteten ved fusjon og fisjon.....	25
4	Notoritet og kreditorvern ved fusjon og fisjon	27
4.1	Innledning.....	27
4.2	Notoritet ved fusjon og fisjon.....	28
4.2.1	Notoritet om disposisjonens parter og overføringstidspunkt	28
4.2.2	Notoritet om eiendeler som overføres	28
4.3	Øvrige selskapsrettslige kreditorvernregler.....	30
4.3.1	Relevans	30
4.3.2	Beskyttelse mot kreditorsvik	30
4.4	Samlet vurdering av kreditorsviksfaren ved fusjon og fisjon.....	31
5	Andre bidrag til tolkningen av tinglysningsloven §§ 20 og 23	33
5.1	Innledning.....	33
5.2	Tradisjonell rettsoppfatning av rettsvern ved fusjon og fisjon.....	33

5.2.1	Rundskriv G-1990-37 og G-2005-6.....	33
5.2.2	Juridisk teori.....	37
5.3	Reell og formell overføring av rettsposisjoner etter aksjeloven.....	40
5.3.1	Reell overføring – overføring av eierbeføyelsene	40
5.3.2	Formell overføring	41
5.4	Rettsvernakt – særlig om notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret	43
6	Forusstranda-dommen.....	47
6.1	Innledning – om dommen og faktum	47
6.2	Kontinuitet ved fusjon	49
6.3	Ikke kontinuitet ved fisjon?	51
6.3.1	Problemformulering, konklusjon og drøftelse	51
6.3.2	Tolkning av tause premisser	52
7	Avslutning	55
	Kilderegister	56
	Figurer.....	63

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tinglysingsloven §§ 20 og 23 gir en kreditor rett til å ta beslag i fast eiendom som en erverver ikke har skaffet seg rettsvern for gjennom tinglysing. Oppgaven skal handle om hvordan tinglysingsloven §§ 20 og 23 skal tolkes når eiendommene er overført ved fusjon og fisjon.

Kravet om tinglysing er begrunnet i faren for at en skyldner i økonomiske problemer unndrar eiendeler fra kreditorene, typisk ved å konstruere fiktive avtaler eller antedaterte reelle disposisjoner. Registrering i grunnboka gjør det mulig å etterprøve disposisjonens innhold og når den ble foretatt. På denne måten skal tinglysingsreglene sørge for at eiendeler ikke unndras kreditorene.

Tinglysingsreglene er absolutte og omfatter også tilfeller hvor man kan bevise med sikkerhet at det ikke har foregått svikaktige handlinger.¹ Det gjør at de også rammer uskyldige parter, selv der det er åpenbart at det ikke har skjedd noe kritikkverdig. Dette er vanligvis regnet som en nødvendig omkostning ved å ha et forutsigbart og kostnadseffektivt tinglysingssystem som i tilstrekkelig grad beskytter kreditorene.² Siden tinglysingsreglene gjelder retten til fast eiendom, dreier det seg om store verdier for de involverte partene – både når de er privatpersoner og næringsdrivende. Det er derfor viktig å etterstrebe tinglysingsregler som rammer så få uskyldige parter som mulig.

Tinglysingsreglene er utviklet med alminnelige overføringer fra én person til en annen som utgangspunkt. Det klassiske eksempelet er kjøp og salg av fast eiendom. Reglene er ikke nødvendigvis tilpasset deling og sammenslåing av selskaper. Dette gir noen særskilte utfordringer ved anvendelse av tinglysingslovens regler på fusjon og fisjon.

Fusjon er definert som en sammenslåing av selskaper der et selskap «skal overta et annet selskaps (...) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet» mot vederlag i aksjer, og eventuelt et tilleggsvederlag som ikke må overstige 20 prosent av det totale vederlaget.³

¹ HR-2017-33-A (Forusstranda) avsn. 32.

² Se Brækhus 1998 s. 44-45. Det har imidlertid kommet en del kritikk av at tinglysingsreglene rammer *for* hardt, se særlig Falkanger 1990, Røsæg 2010 og Marthinussen 2016, kap. 9.

³ Asl. § 13-2 (1).

Fisjon skiller seg fra fusjon ved at formueskomplekset skal «fordeles» på to eller flere selskaper.⁴

Fusjoner og fisjoner som gjennomføres i henhold til reglene i aksjeloven kapittel 13 og 14 kan gjennomføres med *selskapsrettslig kontinuitet*. Kontinuitetsprinsippet er «det grunnleggende prinsipp» som fusjons- og fisjonsinstituttet er bygget på, og innebærer at man kan slå sammen eller dele opp selskaper uten å være hindret av ordinære overdragelsesbegrensninger.⁵

Selskapenes mindretallsaksjonærer, medkontrahenter og øvrige kreditorer må normalt finne seg i en slik omorganisering. Disse reglene skal gjøre det enklere å gjennomføre nødvendige omorganiseringer av næringsvirksomhet.

Oppgavens konkrete problemstilling er derfor hvilken betydning kontinuitetsprinsippet har for tolkningen av tinglysningsloven §§ 20 og 23 ved fusjon og fisjon. Spørsmålet er om fast eiendom overført ved fusjon og fisjon må tinglyses for å få rettsvern mot kreditorbeslag.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Oppgavens problemstilling har sitt utspring i to rundskriv fra Justisdepartementet fra 1990 og 2005.⁶ Rundskrivene har gitt uttrykk for at det ikke er nødvendig å tinglyse overføring av fast eiendom ved fusjon og fisjon for å ha vern mot kreditorbeslag. Standpunktet er basert på kontinuitetsprinsippet. Oppfatningen har fått bred tilslutning i juridisk teori, og er også formidlet av tinglysningsmyndighetene.⁷ Den brede kommunikasjonen av rettsoppfatningen har gjort det naturlig for private å følge standpunktet oppfatningen. Basert på informasjon fra offentlige myndigheter og juridisk teori har derfor private unnlatt å tinglyse eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon. Siden eiendomsoverføringene ikke ble tinglyst, slapp man også dokumentavgift.

Høyesteretts dom HR-2017-33-A («Forusstranda») gjør imidlertid at denne rettsoppfatningen må tas opp til fornyet vurdering. I dommen ga Høyesterett et konkursbo adgang til å ta beslag i eiendommer overført ved fisjon uten å nevne kontinuitetsprinsippet. Samtidig fikk konkursboet lov til å ta beslag i eiendommer overført til konkursdebitor gjennom en fusjon.

⁴ Asl. § 14-2 (1) og (2).

⁵ NOU 1992:29 s. 197.

⁶ Rundskriv G-1990-37 og G-2005-6.

⁷ Se pkt. 5.2.

Ved fusjon viste Høyesterett eksplisitt til kontinuitetsprinsippet som en forutsetning for konkursboets beslagsrett.

For fusjon stemmer Forusstranda-dommen overens med oppfatningen i rundskrivet og teorien. Ved fisjon er derimot dommen i direkte motstrid med oppfatningen om at det ikke er nødvendig å tinglyse eiendomsoverføringer med kontinuitet. Til tross for motstriden har Høyesterett overhodet ikke kommentert spørsmålet. Ved å anerkjenne kontinuitetsprinsippet ved fusjon og samtidig ignorere det ved fisjon, valgte Høyesterett en løsning som gir grunn til å stille spørsmålstegn ved den gjeldende oppfatningen av kontinuitetsprinsippet. Siden dommen er taus om kontinuitetsprinsippet ved fisjon er det imidlertid utfordrende å vurdere hva Høyesterett egentlig har ment.

For selskaper som tidligere har fått overført eiendommer ved fusjon eller fisjon gir dommen grunnlag for stor usikkerhet. Det er uavklart om eiendommene deres er vernet mot kreditorbeslag, selv når fusjonen eller fisjonen ble gjennomført for mange år siden.

Dommen gir også usikkerhet for de som ønsker å gjennomføre fusjoner eller fisjoner i fremtiden. Siden eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon ble fritatt fra dokumentavgift fra 2016, er det mindre grunn til å unnlate tinglysing av fremtidige fusjoner og fisjoner.⁸ Problemstillingen har derfor størst interesse for allerede gjennomførte fusjoner og fisjoner.

1.3 Konfliktsituasjoner

For å belyse problemstillingen er det nødvendig å konkretisere rettighetskonfliktene som oppstår ved fusjon og fisjon. Poenget er at hvilke rettighetskonflikter som oppstår avhenger av hvordan man forholder seg til kontinuitetsprinsippet. Problemstillingen kan komme opp i minst to former, som begge er aktualisert i Forusstranda-dommen.

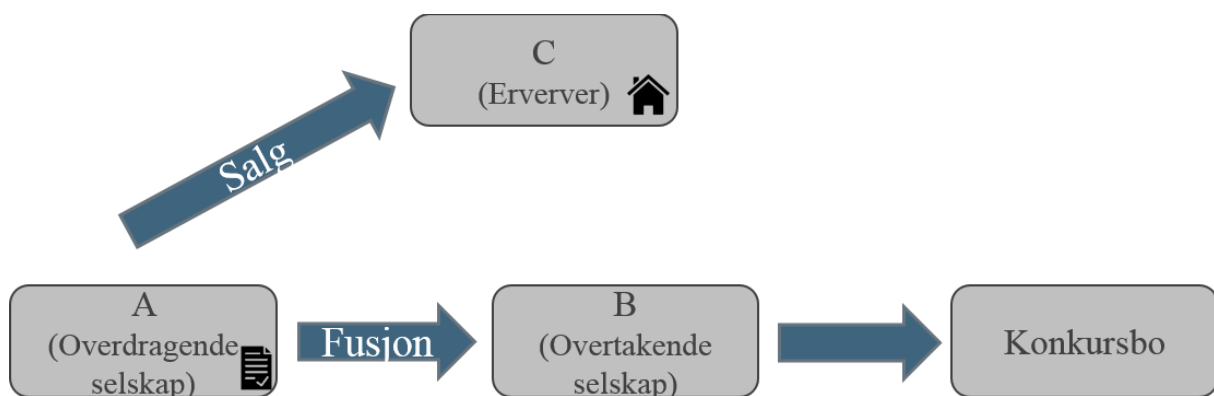
For det første kan problemstillingen oppstå ved fusjon: Selskap A selger en eiendom til selskap C, uten at C tinglyser. Deretter fusjonerer selskap A med selskap B. Fusjonen gjennomføres som en fusjon ved overtakelse der A er overdragende og B er overtakende selskap.⁹ Eiendelene i selskap A overføres til B i tråd med dette, og selskap A oppløses. Overtakende selskap B går senere konkurs, og spørsmålet blir om konkursboet kan ta beslag i

⁸ Vedtak om særavgifter, 2016, kap. 5565 post 70, § 2 (1), bokstav k.

⁹ Se Liland 2016 s. 108-110.

Cs utinglyste eiendom. Hva slags rettighetskonflikt som oppstår avhenger av hvordan man forholder seg til den selskapsrettslige fusjonen og kontinuitetsprinsippet.

Dersom kontinuitetsprinsippet vurderes som irrelevant for dynamisk-tingsrettslige ekstinksjonsspørsmål, blir de selskapsrettslige formalitetene avgjørende. Overføringen ved fusjon må da behandles på samme måte som om det overdragende selskap, A, solgte eiendommen til det overtagende selskap, B. Resultatet er en flerleddet ekstinksjonskonflikt, og kan illustreres slik:¹⁰



Figur 1: Fusjon uten kontinuitet

Lilleholt oppsummerer konflikten slik:

«Ein kan seie at avtaleervert – av omsyn til notoriteten – må vera tinglyste for å stå seg overfor kreditorbeslag, og at [C] derfor må vike. Men ein kan og sjå det slik at kreditorane ikkje får betre rett enn debitor sjølv, og debitor måtte respektere [Cs rett].»¹¹

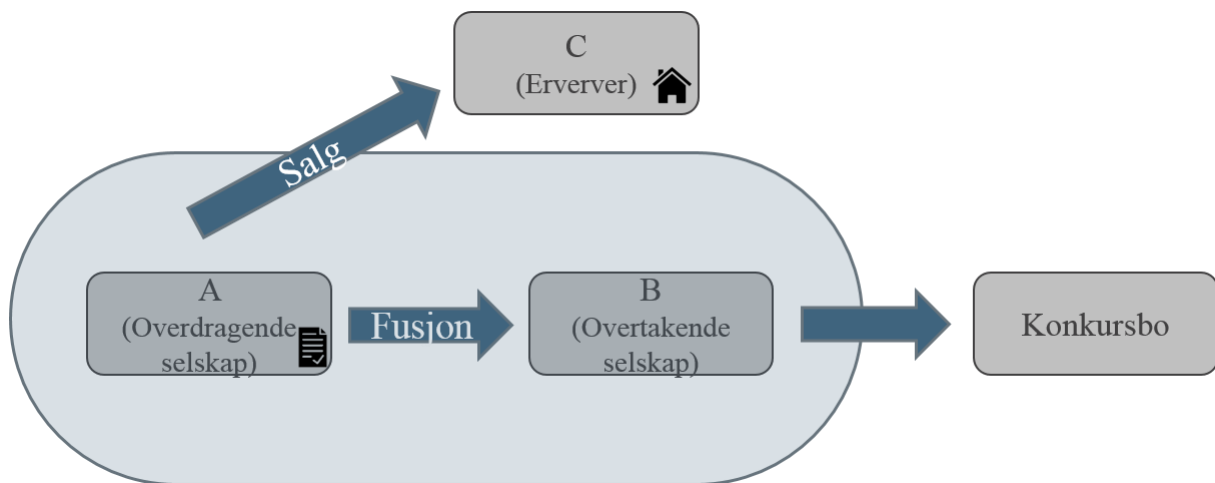
Løsningen er usikker.¹² I denne sammenhengen er det tilstrekkelig å konstatere at konfliktsituasjonen blir vesentlig annerledes hvis man anvender kontinuitetsprinsippet enn dersom man ikke gjør det.

¹⁰ Marthinussen 2017 s. 85-89

¹¹ Lilleholt 1999 s.245.

¹² *Ibid.* og Marthinussen 2016, s. 197-199.

Dersom kontinuitetsprinsippet får anvendelse, anses overdragene selskap A som videreført i overtakende selskap B etter fusjonen. Det kan betraktes som ett sammensmeltet selskap, AB, der As virksomhet fortsetter som en del av et større fellesskap.¹³ Når det fusjonerte selskapet senere går konkurs, vil Cs utinglyste rett være utledet av konkursdebitor, fusjonerte AB. Resultatet er en ordinær dobbeltsuksjonskonflikt hvor konkursboet ektingverer Cs rett.¹⁴ Konflikten kan illustreres slik:



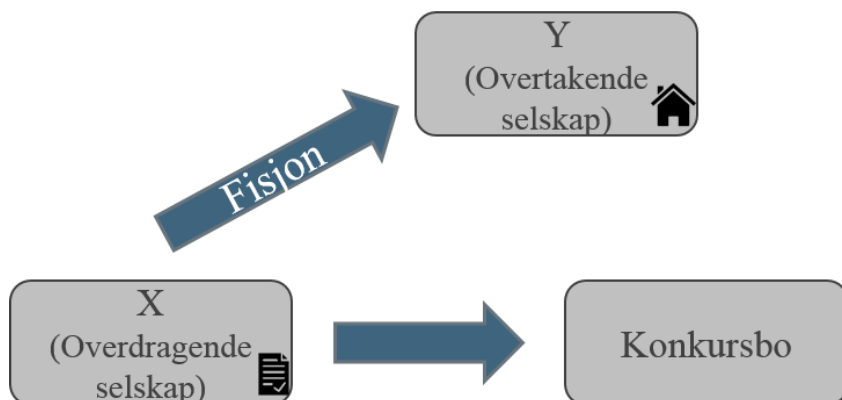
Figur 2: Fusjon med kontinuitet

For det andre kan spørsmålet om tolkningen av tinglysningsloven §§ 20 og 23 komme opp ved fusjon: Selskap X fusjonerer ut selskap Y. Eiendommen overføres til selskap Y som overtakende selskap, uten at overføringen tinglyses. Overdragende selskap, X, sitter derfor fortsatt med grunnbokshjemmelen til eiendommen. Selskap X går senere konkurs. Spørsmålet blir om konkursboet kan ta beslag i eiendommen som er overført til Y ved fusjonen. Også her blir vurderingen av kontinuitetsprinsippet sentral.

Hvis man skal vurdere konfliktsituasjonen uten bruk av kontinuitetsprinsippet blir situasjonen tilsvarende som om selskap X skulle overdratt eiendommene til en ekstern person. Resultatet er en ordinær dobbeltsuksjonskonflikt hvor konkursboet ektingverer selskap Ys rett:

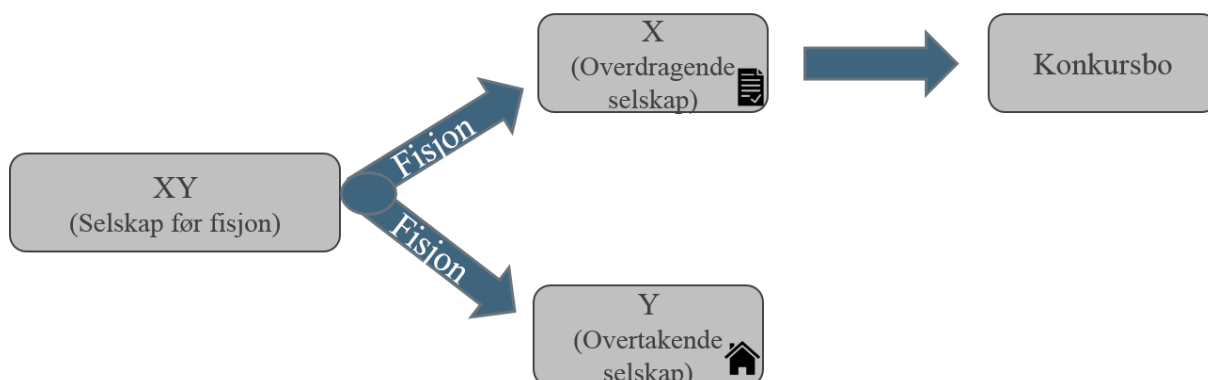
¹³ Se Marthinussen 2017 s. 80 og 87.

¹⁴ Ved en dobbeltsuksjonskonflikt er begge rettighetene utledet fra samme person. I en hjemmelsmannskonflikt er derimot rettighetskonflikten mellom en erverver og avhenderens rettsforgjenger, se Lilleholt 2012 s. 26.



Figur 3: Fisjon uten kontinuitet

Det er noe vanskeligere å beskrive konfliktsituasjonen ved fisjon dersom man gir kontinuitetsprinsippet anvendelse. Generelt er fisjon en oppspalting av ett rettssubjekt der «selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles mellom flere selskaper».¹⁵ En kan gjerne se det slik at før fisjonen eksisterte ett selskap, XY, som deles opp i et selskap X og et selskap Y. Begge fortsetter med sin del av den gamle virksomheten og viderefører sin andel av den virksomheten som før fant sted i fellesskap. Ved konkursen i selskap X er det selskap Y, som en del av det tidligere fellesskapet XY, konkursboet ønsker å beslaglegge eiendeler hos. Som en del av fellesskapet XY, er Y dermed hjemmelsmann for X sin grunnbokshjemmel. Det er sikker rett at det ikke er anledning til kreditorekstinksjon i hjemmelsmannskonflikten, og konkursboet kan derfor ikke vinne rett.¹⁶ Dette kan illustreres slik:



Figur 4: Fisjon med kontinuitet

¹⁵ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 128.

¹⁶ Falkanger/Falkanger 2016 s. 750.

Både fusjonskonflikten og fisjonskonflikten ble aktualisert i Forusstranda-dommen. Spørsmålet for Høyesterett var om konkursboet kunne ta beslag i Forusstranda Næringsparks eiendommer med hjemmel i tinglysingsloven § 23. I begge tilfeller synes tilsynelatende analysen av konfliktsituasjonen å måtte basere seg på hvordan en forholder seg til kontinuitetsprinsippet. I Forusstranda-dommen velger Høyesterett kontinuitetsalternativet i fusjonskonflikten (figur 2), med den konsekvens at konkursboet kunne ta beslag. I fisjonsspørsmålet baserte man seg derimot på alternativet uten kontinuitet (figur 3), slik at konkursboet også her kunne ta beslag i eiendommene.¹⁷ Dommen reiser derfor grunnleggende spørsmål om hvordan kontinuitetsprinsippet skal behandles i kreditorstinksjonsspørsmål.

1.4 Avgrensninger

De fleste avgrensningene av oppgaven ligger allerede innbakt i problemstillingen: Oppgaven er avgrenset til tinglysingsloven og fast eiendom. Andre formuesgoder og medfølgende rettsvernkrav vil ikke bli behandlet. Videre vil oppgaven kun behandle kreditorbeslag – ikke godtroerverv, og den vil kun behandle fusjon og fisjon etter aksjeloven kapittel 13 og 14.

Sistnevnte innebærer en betydelig avgrensning. Fusjoner og fisjoner etter andre lover faller utenfor. Dette gjelder blant annet fusjon og fisjon etter allmennaksjeloven, samvirke-lova, finansforetaksloven og burettslagslova. Andre transaksjoner som kan ses på som en sammenslåing eller deling av selskaper behandles heller ikke.

Oppgaven er videre begrenset til å behandle «ordinære» fusjoner og fisjoner. Med det menes primært fusjon og fisjon ved overtakelse. Hverken fusjon og fisjon ved nystiftelse eller øvrige fusjons- og fisjonsformer vil bli behandlet.

1.5 Fremstillingen videre

Oppgaven vil i del 2 innlede med en gjennomgang av kreditorstinksjonsreglene i tinglysingsloven. Fokus vil være på de grunnleggende hensynene bak kreditorstinksjonsreglene, og hvordan ordlyden i tinglysingsloven §§ 20 og 23 skal tolkes.

¹⁷ HR-2017-33-A avsn. 48 og 44.

Det er tinglysingsloven som regulerer rettsvern for fast eiendom, og loven er derfor et naturlig startpunkt for vurderingen.

I del 3 vil kontinuitetsprinsippet bli behandlet. Formålet er å undersøke hva kontinuitetsprinsippet egentlig er, og hva det sier om rettighetsovergangen ved fusjon og fisjon. Målet er dermed også å si noe om tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23 ved fusjon og fisjon. På grunn av Høyesteretts differensiering mellom kontinuitet ved fusjon og fisjon, behandles også kontinuitetsprinsippet ved fisjon særskilt.

Tinglyskravet skal verne kreditorene mot kreditorsvik. Kreditorenes stilling ved fusjon og fisjon må analyseres for å vurdere det reelle behovet for et tinglyskrav. Del 4 handler derfor om notoriteten og kreditorsviksfaren ved fusjon og fisjon.

Del 5 skal behandle andre rettskilder om tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23 ved fusjon og fisjon. Her vil særlig rettsoppfatningen som har kommet til uttrykk i Justisdepartementets rundskriv og juridisk teori være i fokus.

Forusstranda-dommen vil først bli behandlet i del 6. Det vil vanligvis være naturlig å begynne med en så sentral rettskilde. Dommen er imidlertid fullstendig taus på sentrale punkter. For å kunne trekke holdbare slutninger fra dommen er det derfor nødvendig å først presentere den rettslige konteksten dommen inngår i.

2 Kreditorstinksjon etter tinglysingsloven

2.1 Rettslige utgangspunkter ved kreditorstinksjon

I del 2 skal kreditorstinksjonshjemlene i tinglysingsloven §§ 20 og 23 analyseres. Formålet er å vurdere hvilke føringer disse bestemmelsene gir for kreditorenes adgang til å ta beslag i fast eiendom overført ved fusjon eller fisjon.

Kreditorbeslagsreglene skal grunnleggende sett sikre at skyldnerens kreditorer får dekning for sine krav uavhengig av om skyldneren selv ønsker eller evner å oppfylle sine forpliktelser.¹⁸ Den alminnelige hjemmelen for kreditorenes rett til å ta beslag i skyldnerens eiendeler er dekningsloven § 2-2. Bestemmelsen angir at kreditorene kan kreve dekning i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden», såfremt eiendelene kan omgjøres i penger.

Det er derfor et generelt utgangspunkt at det er skyldnerens *egne* eiendeler kreditorene kan ta beslag i. Formuesgoder som tilhører andre faller med dette utenfor kreditorenes beslagsrett. Utgangspunktet er imidlertid ikke unntaksfritt. Dekningsloven § 2-2 suppleres av blant annet kreditorstinksjonsreglene.¹⁹ Kreditorstinksjonsreglene presiserer at kreditorene også kan ta beslag i eiendeler som tredjemann ikke har oppnådd rettsvern for. For fast eiendom er dette regulert i tinglysingsloven §§ 20 og 23. Tinglysingsloven § 23 angir i første ledd, første punktum at:

«For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen (...) være registrert senest dagen før konkursåpningen.»

¹⁸ Andenæs 2009 s. 9

¹⁹ NOU 1972:20 s.255.

Kreditors adgang til å ekstingvere tredjemanns rett gjelder imidlertid kun for eiendeler på vei ut av skyldnerens formuessfære.²⁰ Kreditorerne kan ikke bygge rett på at skyldneren er legitimert til å råde over noe som han ikke er reell eier av.²¹

Tinglysningsloven har ulike ekstinksjonshjemler for enkeltforfølging og fellesforfølging, henholdsvis tinglysningsloven §§ 20 og 23. Ekstinksjonshjemlene har også noe ulik ordlyd.²² Det er imidlertid svært tungtveiende grunner for å tolke bestemmelsene likt. Alternativet er at man enten risikerer dekningskappløp mellom ulike kreditorer, eller at det åpnes for å slå debitor konkurs selv om det ville vært tilstrekkelig med midler til kreditorerne ved utlegg.²³ Begge alternativene er svært uheldige og går imot de grunnleggende hensyn kreditorbeslagningsreglene skal ivareta. Lik tolkning av bestemmelsene må derfor være utgangspunktet også ved kreditorbeslag etter fusjon eller fisjon. Selv om harmonisering av ekstinksjonshjemlene er målsetningen, kan ulik ordlyd eller øvrige rettskilder føre til at bestemmelsene må tolkes ulikt i enkelte tilfeller.

Disse utgangspunktene for kreditorbeslag gjelder også for eiendommer overført ved fusjon eller fisjon. Hverken tinglysningsloven eller aksjeloven inneholder spesifikke unntaksregler for fusjon og fisjon. Spørsmålet i oppgaven er om det likevel kan legges til grunn at fast eiendom overført ved fusjon eller fisjon har rettsvern mot kreditorbeslag uten tinglysing. En eventuell avgrensning av anvendelsesområde til tinglysningsloven §§ 20 og 23 må basere seg på en tolkning av bestemmelsene. Avgrensningen må i så fall begrunnes med at fusjoner og fisjoner innebærer overføring av rettsposisjoner på en måte som ikke naturlig faller inn under tinglysningsloven §§ 20 eller 23, samtidig som også selskapsrettslige regler gir støtte for en slik tolkning.

2.2 Notoritetsbehovet

Det er den erfaringsmessig høyst reelle sjansen for kreditorsviksarrangementer som begrunner kravet om rettsvernsakt for å oppnå vern mot kreditorbeslag.²⁴

²⁰ Lilleholt 2012 s.31-32.

²¹ Rt-2015-979 avsn.16 og Rt-1935-981 (Bygland).

²² Lovteksten behandles i pkt. 2.3.

²³ Marthinussen 2016 s. 190-191.

²⁴ Lilleholt 2012 s.33 og Falkanger/Falkanger 2016 s.595-596.

Det sentrale hensynet bak kreditorekstinksjonsreglene er at rettsvernakten skal sikre notoritet rundt den aktuelle rettsovergangen, og på den måten forhindre kreditorsviksarrangementer.²⁵ Notoritetskravet skal sikre at det er mulig å ettergå omstendighetene rundt rettsovergangen, og sørge for at kreditorene ikke frarøves formuesgoder som ellers skulle gått til dekning for deres krav. I tillegg til notoritets hensynet, kan i noen grad også behovet for publisitet rundt rettsstiftelser i skyldnerens formuesmasse være med på å begrunne rettsvernkravet.²⁶ Publisiteten skal gjøre det mulig for kreditorer å ta affære dersom de ser at dekningsmulighetene blir truet, enten gjennom utlegg eller konkursbegjæring. Skyldnerens legitimasjon som eier kan derimot ikke begrunne kreditorbeslag i eiendeler som tilhører tredjemann.²⁷

Selv om det er notoritetsbehovet som ligger til grunn for rettsvernsreglene, er det kun den autoriserte rettsvernakten som gir tredjemann vern mot kreditorekstinksjon. For fast eiendom er rettsvernakten tinglysing. Andre forhold som gjør en disposisjon notorisk er normalt uten relevans for kreditorekstinksjonsspørsmålet. Det er ikke adgang til å føre bevis for at disposisjonen var reell og notorisk dersom rettsvernakten ikke er overholdt.²⁸ Den strenge anvendelsen av rettsvernreglene begrunnes med behovet for forutberegnelige og rettsteknisk enkle løsninger.²⁹ Dette er også utgangspunktet for Høyesteretts standpunkt om at «det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat».³⁰

Det klare utgangspunktet er altså at rettsvernreglene skal anvendes etter sin ordlyd, også der de fører til urimelige resultater.³¹ Det er imidlertid ikke slik at det aldri kan forekomme unntak fra rettsvernreglene, noe Rt-1995-1181 (Norblast) er et eksempel på. Her uttalte Høyesterett at:

«Det er i og for seg velkjent at rettsvernsregler undertiden kan føre til resultater som virker hårde, og at domstolene likevel ikke kan unnlate å anvende reglene. Når jeg likevel mener at det i saker som den foreliggende kan være grunn til en mindre streng

²⁵ Lilleholt 1996 s. 74.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Falkanger/Falkanger 2016 s. 594-595.

²⁸ Marthinussen 2016 s. 156.

²⁹ Rt-1998-268 (Cruise charter) s. 275.

³⁰ Rt-1997-1050 (Momentum) s. 1054, jf. også Rt-1998-268 (Cruise charter) s. 274-275

³¹ Rt-2008-586 (Fagutleie) avsn. 34.

anvendelse, henger det særlig sammen med at de hensyn rettsvernreglene skal vareta, her ikke gjør seg gjeldende med vanlig styrke.»³²

Notoritetsbehovet og Høyesteretts strenge praktisering av rettsvernkravet reiser særlig to metodiske poeng av betydning for oppgavens problemstilling. *Det første poenget* er at det ikke er rom for konkrete vurderinger av notoriteten eller kreditorsviksfarens ved den enkelte fusjon eller fisjon. Dersom eiendeler overført ved fusjon og fisjon skal kunne ha rettsvern uten tinglysning, må det skje som en regelbasert avgrensning av rekkevidden av tinglysningsreglene. Det blir altså et spørsmål om å avgrense tinglysningsreglenes anvendelse for *alle* fusjoner eller fisjoner med kontinuitet.

Selv om det her er spørsmål om et regelbestemt – ikke et skjønnspreget – unntak, er det likevel klare motforestillinger mot å innfortolke unntak fra kreditorekstinksjonsreglene. Til tross for at det primært er notoriteten som begrunner tinglysningskravet, vil fullgod notoritet oppnådd på annen måte ikke alene kunne begrunne et unntak fra tinglysningskravet.³³ Som uttrykt av Marthinussen: Det kreves noe *mer* enn notoritet for å begrunne et unntak fra tinglysningskravet.³⁴ I dette ligger det for det første at disposisjonen *må* være notorisk. For det andre må også *andre* rettskildefaktorer understøtte et unntak.

Det andre poenget er at kreditorekstinksjonsreglenes rigiditet tilsier at man skal være forsiktig med å tolke reglene utvidende eller anvende de analogisk. Reglene er svært inngripende for de som rammes og kan gi klart urimelige resultater i enkelttilfeller.³⁵ I tillegg vil utvidende tolkninger eller analogier være svært lite forutberegnelig for de som rammes. Dette tilsier at man må være varsomme med å tolke kreditorekstinksjonshjemlene utvidende.³⁶

Sett i sammenheng gir disse to poengene også grunnlag for en avsluttende refleksjon: Hvordan spørsmålet om tolkning av tinglysningsloven på fusjon og fisjon klassifiseres får avgjørende betydning for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, og hvilken motstand lovteksten gir mot ulike tolkningsresultater: Er et unntak fra tinglysningskravet ved fusjon og fisjon et spørsmål om innskrenkende, utvidende eller presiserende tolkning av tinglysningsloven? Hvilken oppfatning man har av forholdet mellom lovteksten og

³² Rt-1995-1181 s. 1187.

³³ Rt-1998-268 (Cruise charter) s. 274-275.

³⁴ Marthinussen 2016 s. 169 og kapittel 10.

³⁵ Se eks. Rt-2002-1484.

³⁶ Marthinussen 2016 s. 170. Se Sæbø 2003 s. 496 for tilsvarende argument mot analogisk anvendelse av rettsvernreglene på motregning i konkurs.

tolkningsalternativet vil være sentral for argumentasjonsrekken videre, og kanskje også for resultatet.³⁷ Derfor har det stort betydning å vurdere hvilke føringer ordlyden i tinglysingsloven §§ 20 og 23 gir for tolkningen av bestemmelsene ved fusjon og fisjon. Dette vil bli behandlet i punkt 2.3.

2.3 Rettsstiftelse – ordlyden i tinglysingsloven §§ 20 og 23

Tinglysingsloven § 23 gjelder for «rett som er stiftet ved avtale». Ordlyden forutsetter altså at det foreligger en *rettsstiftelse* for at konkursboet skal kunne ekstingvere.³⁸ Tinglysingsloven § 20 gjelder derimot ekstinksjon av «rettsserverv». Rettsvernregler i nyere lover anvender også begge uttrykkene.³⁹ Spørsmålet her er om eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon er omfattet av ordlyden i tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Språklig sett er det sentrale ved både rettsstiftelse og rettsserverv at personen får rett til noe som man ikke hadde rett til tidligere. Stiftelse, eller stifte, tilsier at det må dreie seg om en rettsposisjon som dannes eller opprettes, mens erverv indikerer en handling for å skaffe seg noe.

Det kan synes å være en nyanseforskjell mellom ordlyden rettsstiftelse og rettsserverv, der rettsserverv i noe større grad indikerer aktiv anskaffelse av mottakeren. I begge tilfeller er imidlertid fokuset på mottakeren som får en rett, ikke på en avgiver eller hjemmelsperson for retten. Dette illustreres av at både erverv og stiftelse kan tenkes å forekomme uten at det finnes noen avgiver, såkalte *originære erverv*.⁴⁰

Selv om det kan være en liten språklig forskjell mellom rettsserverv og rettsstiftelse, er det ingen holdepunkter for at det er tiltenkt noen forskjell fra lovgivers side. I forarbeidene brukes uttrykkene om hverandre.⁴¹ Også tinglysingsloven § 21 anvender begge uttrykkene, uten at det er indikasjoner på at det skal være innholdsmessig forskjeller mellom de.⁴² Uansett taler

³⁷ Se generelt om å stille rettsspørsmålet riktig, Lilleholt 2000 s. 49-60 og Tande 2011 s. 16-17.

³⁸ Marthinussen 2017 s. 78. Av praktiske grunner bruker jeg rettsstiftelse istedenfor "rett som er stiftet". Omskrivningen er ikke ment å innebære noen meningsforskjell.

³⁹ Eks. luftl. § 3-31, patl. § 44a og brl. § 6-5.

⁴⁰ Brækhus/Hærem 1964 s. 371-372 og Falkanger/Falkanger 2016 s. 57.

⁴¹ Se Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 48.

⁴² Tingl. § 21 (1) og (3).

hensynet til å unngå dekningskappløp sterkt for at bestemmelsene må tolkes likt.⁴³ Uten tungtveiende motstående hensyn må det bli avgjørende. Når uttrykket rettsstiftelse brukes i fortsettelsen vil det derfor omfatte både «rett som er stiftet» og «rettsserverv».

I juridisk teori er det sparsomt med kildemateriale om tolkningen av uttrykket rettsstiftelse. Marthinussen beskriver en rettsstiftelse som en «overføring av rettighetsposisjoner fra det ene selskapet til det andre».⁴⁴ Han fokuserer altså mer på overføringselementet enn på opprettelsen av posisjonen hos mottaker. Farstad beskriver en rettsstiftelse som en «endring av en allerede etablert tilstand».⁴⁵ Hans fokus ligger derfor mest på situasjonsendringen som oppstår. Det er imidlertid verdt å nevne at ingen av forfatterne foretar noen inngående ordlydstolkning, og ordlyden er heller ikke behandlet i øvrig juridisk teori.

Fordi formålet med tinglysning er å hindre at eiendommen unndras kreditorene, er det også naturlig å kreve en endring eller forflytning av retten til eiendommen fra en person til en annen for at kreditorene skal kunne ekstingvere. Dersom det ikke foreligger noen forflytning av retten til eiendommen, vil skyldnerens formuesmasse være uforandret. Det vil da heller ikke være fare for kreditorsvik.

Ved både fusjon og fisjon får det overtakende selskapet overført eiendommer til seg som selskapet ikke var eier av før.⁴⁶ Dette kan tilsi at det overtakende selskap ved fusjon og fisjon får «stiftet» rett til eiendommen, og at overføring av rettigheter ved fusjon og fisjon derfor er innenfor ordlyden i tinglysningsloven §§ 20 og 23.

En slik tolkning forutsetter imidlertid at man baserer seg på de formelle selskapsrettslige rettighetsoverføringene ved fusjon og fisjon. Situasjonen blir annerledes dersom man i stedet legger til grunn at en fusjon er en sammensmelting av to selskaper til ett, og en fisjon er en oppspalting av ett selskap til flere. Med et slikt utgangspunkt innebærer fusjonen eller fisjonen at det er samme virksomhet som fortsetter i ny form, med de samme eiendelene. Overføringen fra overdragende til overtakende selskap er da kun en formalitet i det som i realiteten er en endring av selve selskapet. Eiendomsretten forelå slik sett allerede i den gamle

⁴³ Se pkt. 2.1.

⁴⁴ Marthinussen 2017 s. 78.

⁴⁵ Farstad 2011 s. 82.

⁴⁶ Se asl. § 13-16 (1) nr. 3 og § 14-8 (1).

versjonen av selskapet, og fortsetter uten endring i den nye. En slik tilnærming tilsier at det ikke skjer noen rettsstiftelse ved fusjon og fisjon.

Tinglysingsloven selv sier ikke noe om hvilken av disse betraktningene som skal legges til grunn. Generelt er loven preget av å være utformet med tanke på ordinære overdragelsessituasjoner, og ikke selskapsrettslige omorganiseringer hvor hele selskapets formueskompleks endres. Heller ikke forarbeidene omtaler overføring ved fusjon og fisjon, noe som ytterligere forsterker inntrykket. Dette må ses i sammenheng med at tinglysingsloven er utformet lenge før det ble innført helhetlige lovregler om deling og sammenslåing av selskaper.⁴⁷

Samlet sett er det derfor mest naturlig å se det slik at lovteksten er uklar eller taus om hvorvidt eiendomsoverdragelser ved fusjon og fisjon omfattes av rettsstiftelse og rettserverv i tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Konsekvensen av at lovteksten er taus, er at et unntak fra tinglysingsloven for fusjon og fisjon hverken innebærer en innskrenkende eller utvidende tolkning av rettsstiftelse i tinglysingsloven. Det er mest nærliggende å se spørsmålet om anvendelse av tinglysingsloven §§ 20 og 23 på fusjon og fisjon som en presiserende tolkning der lovteksten gir svært få føringer.⁴⁸ At det dreier seg om en presiserende tolkning innebærer også at Høyesteretts sterke motforestillinger mot innskrenkende tolkning av rettsvernregler ikke gjør seg gjeldende med samme styrke.

⁴⁷ Nåværende tinglysingslov er fra 1935, men har betraktelig lengre historiske røtter, se Austenå 1990 s. 9-14. Enkelte lovregler om sammenslåing av selskaper kan spores tilbake til aksjeloven av 1910, se Giertsen 1999 s. 28-29. Frem til aksjeloven av 1976 fantes det imidlertid ingen adgang til å overføre forpliktelser med kontinuitet. Lovregler om deling av selskaper fikk vi først ved nåværende aksjelov i 1997.

⁴⁸ Se Nygaard 2004 s. 233-235.

3 Kontinuitetsprinsippet

3.1 Innledende om kontinuitetsprinsippet

Aksjelovens fusjons- og fisjonsregler er basert på et kontinuitetsprinsipp. Innholdet og rekkevidden av kontinuitetsprinsippet skal analyseres i del 3. Prinsippet skal belyses for å si noe om hva fusjon og fisjon er, og hvilke føringer det gir for tolkningen av kravet om rettsstiftelse i tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Kontinuitetsprinsippet skal sørge for at selskaper har mulighet til å omorganisere seg, uten å være hindret av begrensninger på overføring av rettsposisjoner fra et subjekt til et annet. Slike kontinuitetsvirkninger vil typisk være en forutsetning for at det overdragende selskaps virksomhet kan videreføres av det overtakende selskap.⁴⁹ Kontinuitetsprinsippet er derfor nødvendig for at fusjons- og fisjonsinstituttene kan fungere som effektive virkemidler for omorganisering av næringsvirksomhet, og har «stor betydning for næringslivets mulighet til å tilpasse seg vekslende struktur eller forhold og behov».⁵⁰

For fusjoner har kontinuitetsprinsippet sin lovmessige forankring i asl. § 13-2. Bestemmelsen angir at fusjonsreglene gjelder når:

«et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet».

Kontinuitetssynspunktet viser seg ved at bestemmelsen åpner for en samlet overføring av det overdragende selskaps rettsposisjoner, og dermed for en fortsatt – kontinuerlig – virksomhet. Kontinuitetsprinsippet kommer ikke like tydelig til uttrykk i den tilsvarende bestemmelsen for fisjoner.⁵¹ Det er likevel klart at kontinuitetsprinsippet også gjelder ved fisjon.⁵²

Kontinuitetsprinsippet er mer konkret formulert i forarbeidene til aksjelovene:

«Det grunnleggende prinsipp som fusjonsinstituttet er bygget på, er at en sammenslutning av to eller flere aksjeselskaper skal kunne skje ved kontinuitet i alle

⁴⁹ Giertsen 1999 s. 28.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 112.

⁵¹ Se asl. § 14-2.

⁵² Se NOU 1992:29 s. 199-200.

rettighets- og forpliktelsesposisjoner, og slik at det ikke skjer noen endringer i de verdsettelse som kan danne basis for beslutninger om utdeling av midler fra selskapet til aksjeeierne, som ikke kunne ha skjedd om de selskaper som deltar i fusjonen hadde fortsatt som egne selskaper.

Kontinuitetsprinsippet danner grunnlaget for å ta bort rettslige hindringer for endringer og omstillinger i næringslivet som ofte vil foreligge ellers, f.eks ved kjøp av en virksomhet.»⁵³

Forarbeidene er også tydelige på at kontinuitetsprinsippet skal gjelde ved fisjon:

«I likhet med fusjonsreglene bør fisjonsreglene utformes på basis av et kontinuitetsprinsipp. Overtakende selskap bør i størst mulig grad tre inn i det overdragende selskaps posisjoner med hensyn til eiendeler, rettigheter, forpliktelser m.v.»⁵⁴

Ellers nøyer forarbeidene ved fisjon seg stort sett med å vise tilbake til drøftelsene ved fusjon.⁵⁵ Lovgiver har derfor ment at kontinuitetsprinsippet, med noen unntak, skal gjelde likt ved fisjon som fusjon. Fordi Høyesterett behandler fisjon annerledes enn fusjon i Forusstranda-dommen, vil kontinuitetsprinsippet ved fisjon omtales særskilt i punkt 3.3.

Selv om kontinuitetsprinsippet gjelder som utgangspunkt og hovedregel, er det ingen absolutt regel. Forarbeidene legger til grunn at «[d]e aksjerettslige regler om fusjon vil måtte vike for bestemmelser i andre lover som tillegger fusjonen andre virkninger enn aksjeloven selv».⁵⁶ Forarbeidene viser spesielt til offentligrettslige regler, særlig konsesjonslovgivningen, som tilfeller hvor det kan gjelde unntak.⁵⁷ Videre er unntak fra kontinuitetsprinsippet særlig drøftet i tilknytning til regnskapsrettslige regler.⁵⁸ Tinglysingsreglene er ikke nevnt. Det må derfor vurderes konkret om tinglysingsreglene gir grunnlag for å fravike utgangspunktet om kontinuitet ved fusjon og fisjon.

⁵³ NOU 1992:29 s. 197.

⁵⁴ *Ibid.* s. 200.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202. Tilsvarende NOU 1992:29 s. 197.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 130.

3.2 Kontinuitetsprinsippets innhold

3.2.1 Innledning

Det kildematerialet som gir grunnlag for å trekke slutninger om kontinuitetsprinsippets innhold følger gjennomgående ett av to spor: Enten så omtales kontinuitetsprinsippet ut fra prinsippets funksjoner eller virkninger, eller så drøftes det for å si noe om hva kontinuitetsprinsippet er. Disse sporene vil forfølges i punkt 3.2. Formålet er å vurdere hva kontinuitetsprinsippet sier om tolkningen av tinglysningsloven §§ 20 og 23.

3.2.2 Funksjon og virkninger

Kontinuitetsprinsippets *funksjon* er at det gir hjemmel for å overføre eiendeler, rettigheter og forpliktelser fra det overdragende til det overtakende selskapet ved en fusjon eller fisjon, selv der det ellers gjelder begrensninger på adgangen til å overføre rettsposisjonene. Dette kan igjen spaltes opp i et spørsmål om eiendels-, rettighets- og forpliktelseskontinuitet.⁵⁹ I spørsmålet om rettsvern for eiendomsoverføringer er det eiendelskontinuiteten som er av størst interesse. Samtidig er det så nær sammenheng mellom adgangen til å overføre eiendeler og forpliktelser at eiendelskontinuiteten ikke kan vurderes isolert.

Eiendeler og rettigheter kan i utgangspunktet overføres fritt etter alminnelige formuerettslige regler.⁶⁰ Kontinuitetsprinsippet får derfor kun selvstendig betydning der det gjelder samtykkekrav eller overdragelsesforbud. Da fungerer kontinuitetsprinsippet som en særskilt hjemmel for overdragelse av eiendelene eller rettighetene.

For forpliktelser er imidlertid utgangspunktet motsatt: Overføring av en forpliktelse er et debitorskifte, og kan etter alminnelige formuerettslige regler ikke gjennomføres uten samtykke fra kreditor for kravet.⁶¹ Dette er grunnlaget for at man tradisjonelt har sagt at det er for forpliktelsene kontinuitetsprinsippet har størst selvstendig betydning. Med kontinuitetsprinsippet som hjemmel kan det overdragende selskaps forpliktelser overføres til overtakende selskap, uten at det stilles krav om samtykke fra kreditorene.⁶²

⁵⁹ Se Giertsen 1999 s.29-30. NOU 1992:29 pkt. 15.2.3.2 til 15.2.3.6 bygger på en lignende struktur.

⁶⁰ Se Brækhus 2010 s. 9-10.

⁶¹ Bergsåker 2015 s. 121 og Rt-2008-969.

⁶² Giertsen 1999 s. 29.

Særlige overdragelsesforbud som også gjelder ved fusjon og fisjon vil imidlertid gå foran kontinuitetsprinsippet, slik at rettsposisjonen likevel ikke kan overføres. Det vil være et tolkningsspørsmål om det konkrete overføringsforbudet også skal gjelde ved fusjon eller fisjon.⁶³

3.2.3 Substans

Det ovenfor presenterte kan ses på som en *funksjonell* tilnærming til kontinuitetsprinsippet. Det dreier seg om hva kontinuitetsprinsippet gjør og hvilke rettsvirkninger som kan utledes av det. Til kontrast fra en funksjonell tilnærming, er det også en del kildemateriale som beskriver hva kontinuitetsprinsippet er, og hva det nærmere betyr for hva en fusjon og fisjon er. Dette kan beskrives som en *substansiell* tilnærming til kontinuitetsprinsippet.

Giertsen fokuserer primært på virkningene som kan utledes av kontinuitetsprinsippet. I beskrivelsen av hva kontinuitetsprinsippet er, nøyer han seg med å konstatere at «[k]ontinuitetsbegrepet er en felles betegnelse for en rekke regler som forutsetter at det overtakende foretaket trer inn i det overdragende foretakets rettsforhold».⁶⁴ Han beskriver det altså som en sum av funksjoner som samles under samme overordnede begrep.

Andenæs har en annen tilnærming. Kontinuitetsprinsippet forklares som:

«en juridisk konstruksjon som innebærer at det *overdragende selskap anses for å fortsette i det fusjonerte selskap*, slik at det ikke finner sted noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter».⁶⁵ (min utheving)

Her fremstår kontinuitetsprinsippet som noe annerledes og mer enn bare et sett med enkeltregler om overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Et lignende synspunkt er også lagt til grunn av Augdahl, som beskriver fusjon «som en endring m.h.t. forvaltningen og

⁶³ Giertsen 1999 s. 30 og Rt-2010-918 avsn. 26.

⁶⁴ Giertsen 1999 s. 27-28.

⁶⁵ Andenæs 2016 s. 569-570.

ikke som en overdragelse».⁶⁶ Augdahl omtaler dette som et skille mellom ekte og uekte fusjon, der det første er en universalsuksesjon og det andre er en overdragelse av aktiva.⁶⁷

Felles for disse forfatterne er at de forholder seg til kontinuitetsprinsippet som noe mer enn bare enkeltregler om overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser. I stedet gis det uttrykk for at det foregår en reell sammensmelting av selskapene. En annen måte å beskrive det samme på kan være å se det slik at det er selskapet selv som endrer seg, ikke rettsposisjoner som overføres.

Videreføringstanken er også kommet til uttrykk i Oslo tingretts dom, TOSLO-2010-6909 (Trondheimsveien), som gjaldt tolkningen av tinglysningsloven § 23 ved fusjon:

«Bakgrunnen for at det ikke er nødvendig med noen slik rettsvernsakt som oppstilles i tinglysningsloven § 23 er at fusjon og fisjon blir gjennomført på grunnlag av regler i aksjeloven som bygger på kontinuitetsbetraktninger.»⁶⁸

Lovteksten kan også tolkes i denne retning. Aksjeloven beskriver fusjon som en «sammenslåing av selskaper» i § 13-2 (1). Tilsvarende omtaler aksjeloven fisjon som en «deling av et selskap» i § 14-2 (1).⁶⁹ Lovteksten kan tas til inntekt for at det skjer en reell deling eller sammenslåing av selskaper – ikke kun en overføring av rettsposisjoner.

Forarbeidene presenterer enkelte uttrykk for det samme synspunktet. Eksempelvis uttales det at «[i] andre henseender [enn regnskapsrettslige] bygger man på at det nye selskapet er en fortsettelse av det overdragende selskapets virksomhet».⁷⁰

Kontinuitetsbildet er imidlertid ikke entydig, hverken i lovteksten eller forarbeidene.⁷¹

Illustrerende er det at man i en del tilfeller kan sies å anlegge begge synsmåtene samtidig:

⁶⁶ Augdahl 1959 s. 396, note 3. Uttalelsen knytter seg riktignok til "utenlandske lovregler" om fusjon. Dette skyldes at det i 1959 ikke fantes lovregulering av fusjon med kontinuitet etter norsk rett. Sitatet er likevel brukt for å beskrive fusjon med kontinuitet etter norsk rett, se Marthinussen 2017 s. 80, Farstad 2011 s. 88-89 og Giertsen 1999 s. 28, note 13.

⁶⁷ Augdahl 1959 s. 396, note 3.

⁶⁸ TOSLO-2010-6909 (Trondheimsveien).

⁶⁹ Slik også asl. §§ 14-3 (1), § 14-4 (1), § 14-5 og § 14-6 (1).

⁷⁰ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 130.

⁷¹ Se bl.a. asl. § 13-16 (1), nr. 3 og Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 112.

«En fusjon kan beskrives som en *sammenslutning av to eller flere selskaper*, hvor det eller de såkalte overdragende selskapene *overfører eiendeler, rettigheter og forpliktelser* som helhet til det overtakende selskapet.»⁷² (min utheving)

Her bygger forarbeidene både på at det forekommer en sammensmelting av selskapene, og at det foregår en overføring av rettsposisjoner.

Samlet sett er det en del holdepunkter for at kontinuitetsprinsippet er uttrykk for noe mer enn kun en hjemmel for overføring av rettsposisjoner. Kildematerialet er imidlertid ikke spesielt omfattende, og bildet er ikke entydig. Det er samtidig ikke tvilsomt at det faktisk skjer en overføring av rettsposisjoner fra overdragende til overtakende selskap. Etter min mening har man derfor ikke kildegrunnlag for å konkludere med at den ene synsmåten skal trumfe den andre.

Det er vanskelig å bruke det kildematerialet som indikerer at fusjon og fisjon er reelle sammenslåinger og delinger av selskaper til å si noe direkte om tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23 på fusjon og fisjon. Det er etter min oppfatning ikke grunnlag for å bruke kontinuitetsprinsippet isolert til å trekke sikre slutninger om tolkningen av tinglysingslovens kreditorstingsjonshjemler.⁷³ En kan på den ene siden ikke si at fordi kontinuitetsprinsippet innebærer en videreføring av virksomheten, så stiftes det ingen rett etter tinglysingsloven §§ 20 og 23. Til det er kildematerialet for tynt og sprikende. På den andre siden er det heller ikke grunnlag for å si at fusjon og fisjon klart nok skal betraktes som en stiftelse av rett hos det overtakende selskapet.

3.3 Kontinuitet ved fisjon

3.3.1 Innføring av fisjonsregler med kontinuitet

Forusstranda-dommen behandler kontinuitet annerledes ved fusjon enn ved fisjon. Det er derfor nødvendig å analysere kontinuitetsprinsippet ved fisjon særskilt for å kunne vurdere om det er grunnlag for en slik sontring.

⁷² Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 128. Tilsvarende NOU 1992:29 s. 194.

⁷³ Sml. Marthinussen 2017 s. 79, som synes å trekke motsatt konklusjon.

Ved innføringen av aksjeloven av 1997 ble det for første gang vedtatt lovregler om fisjon. Meningen var at disse i størst mulig grad skulle speile fusjonsreglene.⁷⁴ Som følge av dette skulle også «fusjonsreglene utformes på basis av et kontinuitetsprinsipp».⁷⁵

Før dette tidspunktet fantes det ingen særskilt regulering av fisjon. I praksis kunne man imidlertid gjennomføre det som i realiteten var en deling av et selskap innenfor rammen av de ordinære reglene i aksjeloven av 1976.⁷⁶ Dette skjedde typisk enten etter reglene om nedsettelse av aksjekapitalen, eller etter reglene om oppløsning og avvikling.⁷⁷ En slik selskapsdeling måtte imidlertid gjennomføres uten kontinuitet, og dermed uten adgang til å overføre gjeldsforpliktelser.

Lovregulering av fisjon ble drøftet allerede i forbindelse med innføringen av fusjonsregler med kontinuitet i aksjeloven av 1976. Departementet mente på det tidspunktet at det ikke forelå «tilstrekkelig grunn til å ta disse spørsmål opp til nærmere analyse og avgjøring».⁷⁸ Samtidig stilte departementet seg negative til et kontinuitetsprinsipp ved fisjon:

«Videre må det tas standpunkt til spørsmålet om delingens virkninger for bestående avtaler. De kontinuitetssynspunkter som departementet vil legge til grunn ved fusjon (...) passer ikke ved deling.»⁷⁹

Standpunktet begrunnes ikke nærmere. Lest i sammenheng med drøftelsen av kontinuitet ved fusjon, er det imidlertid nærliggende å anta at det er oppdelingen av formueskomplekset ved fisjon som er grunnlaget for departementets oppfatning. Ved fusjon poengteres det nemlig at den samlede overføringen av selskapets eiendeler og rettigheter skal gi «selskapets medkontrahtenter en beskyttelse som er et naturlig motstykke til den rett selskapene skal ha til å overføre rettigheter».⁸⁰ Oppdelingen av formueskomplekset som skjer ved fisjon gjør at denne beskyttelsesformen ikke er mulig ved fisjon.

⁷⁴ NOU 1992:29 s. 200.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Skåre/Knudsen 1987 s. 340.

⁷⁷ NOU 1992:29 s. 198.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 208.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201-202.

Som følge av at kontinuitetsprinsippet ikke gjaldt for fisjon, krevde rundskrivet fra 1990 tinglysing av eiendomsoverføringer ved fisjon.⁸¹ Det var derfor først med rundskrivet fra 2005 at tinglysingspraksis ved fisjon ble lagt om til å bygge på kontinuitet.

3.3.2 Materielle forskjeller i kontinuiteten ved fusjon og fisjon

Det er naturlig å forvente at ulik behandling av kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon, som i Forusstranda-dommen, skyldes materielle ulikheter i prinsippets rekkevidde.

Kontinuitetsprinsippet materielle rekkevidde ved fisjon vil derfor behandles i dette punktet.

Som ved fusjon, er utgangspunktet ved fisjon at reglene skal «utformes på basis av et kontinuitetsprinsipp», og at overtakende selskap «bør i størst mulig grad tre inn i det overdragende selskaps posisjonerer».⁸² Forarbeidene tar imidlertid det forbeholdet at «fisjon reiser enkelte spørsmål som ikke har paralleller ved fusjon».⁸³

NOU 1992:29 tar særlig opp adgangen til å overføre selskapets forpliktelser som et punkt som trenger særregulering ved fisjon.⁸⁴ Ved fusjon vil den samlede overføringen av eiendeler, rettigheter og forpliktelser føre til at kreditorene har de samme eiendelene som dekningsobjekt før og etter fusjonen.⁸⁵ Ved fisjon foretas det imidlertid en oppdeling av eiendeler og forpliktelser mellom flere selskaper, med risiko for at kreditorene kan sitte igjen med færre eiendeler til dekning for kravene sine enn før fisjonen. Den reduserte dekningsmuligheten for kreditorene avbøtes imidlertid av regler om solidaransvar for selskapene som har deltatt i fisjonen.⁸⁶

Aksjeloven § 14-11 (2) og (3) inneholder to ulike solidaransvarsregler som gjelder ved fisjon. Andre ledd gjelder forpliktelser som ikke lar seg fordele mellom selskapene ut fra fisjonsplanen, mens tredje ledd gjelder der selskapet som etter fisjonen skal svare for en forpliktelse ikke oppfyller forpliktelsen.⁸⁷

Solidaransvarsreglene gir kreditorene kompensasjon for potensielt reduserte dekningsmuligheter som følge av oppdelingen av overdragende selskaps eiendeler og

⁸¹ Se pkt. 5.2.

⁸² NOU 1992:29 s. 200.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Giertsen 1999 s. 42.

⁸⁶ NOU 1992:29 s. 200.

⁸⁷ Se pkt. 4.3.2.

forpliktelser. Samtidig kan solidaransvarsreglene også forstås som en begrensning i kontinuiteten ved fisjon. Solidaransvarsreglene begrenser riktignok ikke adgangen til å overføre eiendeler, rettigheter og forpliktelser ved fisjonen. Selskapets kreditorer må fortsatt finne seg i debitorskiftet i samsvar med kontinuitetsprinsippet. Solidaransvarsreglene innebærer imidlertid at kreditorene er mindre bundet av overføringen enn ved fusjon, noe som kan ses på som en begrensning i kontinuitetsvirkningen.⁸⁸

Samlet sett er helhetsinntrykket at kontinuitetsprinsippet ved fisjon langt på vei er tilsvarende som ved fusjon. Målsettingen har hele tiden vært å ha fusionsregler som skal speile fusionsreglene, og dette manifesterer seg også i gjennomføringen av kontinuitetsprinsippet. Den viktigste forskjellen er at solidaransvarsreglene til en viss grad må ses på som en innskrenkning av kontinuitetsprinsippets rekkevidde ved fisjon. I tillegg har kontinuitetsprinsippet også en kortere historisk forankring ved fisjon, men dette er av mindre betydning for tolkningen av kontinuitetsprinsippet etter gjeldende rett. Når det gjelder kontinuitetsprinsippets anvendelse på tolkningen av tinglysingslovens kreditorekstinksjonshjemler, er det derfor liten grunn til å differensiere mellom kontinuitet ved fusjon og fisjon.

⁸⁸ Tilsvarende Giertsen 1999 s. 42.

4 Notoritet og kreditorvern ved fusjon og fisjon

4.1 Innledning

En forutsetning for å kunne godta en ordning med rettsvern uten tinglysing for fast eiendom overført ved fusjon og fisjon, er at notoriteten må være sikret på annen måte. Selv om forhold som gjør en disposisjon notorisk ikke alene kan gi grunnlag for unntak fra tinglysningsreglene, må notoritet regnes som et minimumskrav.⁸⁹ Uten å stille krav til notoritet ved disposisjonen, ville en ordning med rettsvern uten tinglysing svekke kreditorenes stilling uforholdsmessig mye. Dette er utgangspunktet for at notoriteten og kreditorsviksfaren ved fusjon og fisjon skal drøftes i del 4.

Notoritet handler om omstendigheter som gjør det mulig å etterprøve disposisjonen. Det dreier seg om forhold som viser *når* disposisjonen ble foretatt, *hva* disposisjonen gjaldt og *hvem* som var involvert.⁹⁰ Det er imidlertid ikke noe krav om at informasjonen er offentlig tilgjengelig.⁹¹

Det må bemerkes at notoritet ikke er et spørsmål om disposisjonen enten er notorisk eller ikke notorisk. Notoritet sikres i ulik grad ved ulike handlingskrav.⁹² Også de etablerte rettsvernkravene registrering, melding og besittelse ivaretar notoriteten i ulik grad. Eksempelvis er notoriteten betraktelig dårligere sikret ved besittelse enn ved rettsregistrering.⁹³ Til tross for ulikheten anerkjenner rettsordenen begge som rettsvernakt innenfor sine områder.

Når man skal vurdere hvilke notoritetskrav som skal stilles, må man avveie «[o]mkostningene ved eventuelle notoritetskrav (...) mot hensynet til [kreditor]». ⁹⁴ Siden fast eiendom gjennomgående er formuesobjekter av høy verdi, må også kravet til notoritet være strengt.

⁸⁹ Se pkt. 2.2.

⁹⁰ Falkanger/Falkanger 2016 s. 590.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Marthinussen 2016 s. 158.

⁹⁴ Falkanger/Falkanger 2016 s. 596.

Her er det naturlig å bruke notoriteten ved tinglysing som referanseramme på hvilke notoritetskrav som skal kreves.

Spørsmålet i punkt 4.2 er hvor godt notoriteten er sikret når eiendommer overføres ved fusjon eller fisjon.

4.2 Notoritet ved fusjon og fisjon

4.2.1 Notoritet om disposisjonens parter og overføringstidspunkt

Ved fusjon og fisjon er det ikke tvilsomt *hvem* som foretar disposisjonen. Selskapenes foretaksnavn og organisasjonsnummer skal følge av fusjons- eller fusionsplanen, jf. asl. § 13-6 (1) nr. 1, jf. § 14-4 (1) for fisjon.

Det er heller ikke tvil om *når* eiendelene er overført fra overdragende til overtakende selskap. Tidspunktet for overføringen av eiendeler er nemlig lovregulert i aksjeloven § 13-16 (1) nr. 3, jf. § 14-8 (1) ved fisjon. Eiendomsoverføringen trer i kraft når fusjonen eller fisjonen er registrert i Foretaksregisteret.⁹⁵ Overføringen er styrt av et offentlig organ, og tidspunktet er derfor utenfor partenes direkte kontroll.⁹⁶ Registreringsordningen gjør i tillegg at det i ettertid er mulig å kontrollere nøyaktig når overføringen skjedde. På dette punktet er notoriteten derfor upåklagelig.

4.2.2 Notoritet om eiendeler som overføres

Notoriteten handler også om at man må kunne ettergå *hva* som er overført ved disposisjonen. Ved fusjon er dette uproblematisk. Fusjonsdefinisjonen i asl. § 13-2 krever at det overdragende selskaps «eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet» overføres ved fusjonen. Alle selskapets eiendeler følger derfor uten videre med til det overdragende selskapet. Ved fusjon er derfor notoriteten også på dette punktet svært god.

⁹⁵ Se pkt. 5.3.1.

⁹⁶ Se fregl. § 6-1.

En fisjon innebærer en oppdeling av det overdragende selskapet, og derfor også en fordeling av selskapets eiendeler, jf. asl. § 14-2. I motsetning til ved fusjon, kan man derfor ikke automatisk konstatere hvilke eiendeler som overføres ved en fisjon.

Aksjeloven § 14-4 (1) nr. 1 stiller krav til at fisjonsplanen angir «fordelingen av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser». Bestemmelsen må i tillegg tolkes i lys av EUs generelle selskapsrettsdirektiv art. 137 nr. 2 bokstav h).⁹⁷ Bestemmelsen gjelder direkte kun for allmennaksjeselskaper. For å hindre uoverensstemmelser mellom aksjelovene må imidlertid direktivets krav gjelde også for tolkningen av aksjeloven.⁹⁸ Fisjonsdirektivet krever en «precise description and allocation of the assets» som overføres, og stiller derfor strengere krav enn ordlyden i aksjeloven.⁹⁹

Identifikasjonskravet innebærer at «objektet for fisjonen må identifiseres klart», men samtidig at det vil variere ut fra situasjonen hvor spesifikk beskrivelsen av den enkelte eiendelen må være.¹⁰⁰ Giertsen angir at «[f]ast eiendom identifiseres ved gårds- og bruksnummer».¹⁰¹ Det er i så måte påfallende at han viser til klarhetskravet i tinglysningslov som «en mulig parallell».¹⁰²

Identifikasjonskravet indikerer at muligheten til å ettergå hva som er overført ved fisjon er tilnærmet like god ved en fisjon som ved tinglysning. Det er nok likevel ikke riktig å si at den er nøyaktig like god, siden man ved fisjon står noe friere til å foreta samlegrupperinger basert på saklige eller geografiske kriterier.¹⁰³ Dersom det til tross for identifikasjonskravet ikke er mulig å fordele en eiendel etter fisjonsplanen, vil den være sameie mellom selskapene som deltok i fisjonen, jf. asl. § 14-11 (1).

En slik potensiell uklarhet om hva som faktisk overføres svekker notoriteten ved fisjon. Det er viktig å verne kreditorene mot unndragelse av så vidt viktige dekningsobjekter som fast eiendom. Dette kan det tilsi at man skal være forsiktig med å gjøre unntak fra tinglysningskravet dersom notoriteten er dårligere enn ved tinglysning. Identifikasjonskravet ved

⁹⁷ Tidligere fisjonsdirektivet art. 3 nr. 2 bokstav h). Direktivet skal ikke innebære materielle endringer.

⁹⁸ Ot.prp. 36 (1993-1994) 133-134 og Liland 2016 s. 225-226.

⁹⁹ Giertsen 1999 s. 163 og Liland 2016 s. 225.

¹⁰⁰ Aamelfot mfl. 2015 s. 280.

¹⁰¹ Giertsen 1999 s. 164. Se også Liland 2016 s. 226.

¹⁰² Giertsen 1999 s. 164, note 367.

¹⁰³ Aamelfot mfl. 2015 s. 281. Noe mer reservert til samlet angivelse, Giertsen 1999 s. 164.

fusjon er imidlertid kun en av flere regler som verner kreditorene ved fusjon. Det vil derfor være en forhastet slutning å konkludere uten å ta de øvrige kreditorvernreglene i betraktning.

4.3 Øvrige selskapsrettslige kreditorvernregler

4.3.1 Relevans

Siden det ikke er problematisk å identifisere hva som overføres ved fusjon, vil det videre fokuset kun være på fusjonsreglene. Med unntak av solidaransvarsreglene, vil kreditorvernreglene som behandles imidlertid også gjelde ved fusjon.

Et første spørsmål som kan reises er hvorfor selskapsrettslige kreditorvernregler overhode er relevante for tolkningen av tinglysingsreglene ved fusjon.

Det sentrale formålet med kreditorstinksjonsreglene er å hindre at eiendeler unndras kreditorene, slik at de ikke får dekning for sine krav.¹⁰⁴ Det må være oppfyllelsen av dette formålet som er det sentrale når man skal vurdere om notoriteten rundt disposisjonen er sikret i tilstrekkelig grad. Akkurat hvilke virkemidler som benyttes er derfor av mindre betydning. Dette må være utgangspunktet også ved vurderingen av de selskapsrettslige kreditorvernreglene: Klarer reglene å minimere risikoen for kreditorsvik på en slik måte at det ikke er behov for et krav om tinglysing?

4.3.2 Beskyttelse mot kreditorsvik

I fusjonsreglene ligger det for det første en forutsetning om at det overtakende selskap tilføres en positiv nettoverdi ved fusjonen.¹⁰⁵ Dette følger indirekte av asl. § 14-3 (2). Bestemmelsen angir at verdioverføringen til det overtagende selskap gjennomføres etter reglene i aksjeloven kapittel 10 om kapitalforhøyelse eller kapittel 2 om nystiftelse. Dermed kreves det også at overføringen fra det overdragende selskap må tilsvare pålydende av vederlagsaksjene.¹⁰⁶

Dette må også bekreftes av revisor, jf. § 2-6 (2). Kravet om positiv nettoverdi innebærer at det på fusjons- eller fusjonstidspunktet er dekning for kreditorenes krav. I prinsippet er det kun en

¹⁰⁴ Se pkt. 2.2.

¹⁰⁵ Giertsen 1999 s. 99 og Liland 2016 s. 166-167.

¹⁰⁶ Jf. asl. §§ 2-6 (1) nr. 4 og 10-2 (3).

etterfølgende verdiforringelse som kan føre til at kreditorene ikke får oppgjør. Dette er en dekningsgaranti som overgår det som gjelder for andre overdragelser.

I tillegg er kreditorene også sikret en viss beskyttelse gjennom reglene om kreditorvarsel og innsigelse i aksjeloven §§ 14-7, jf. § 13-14 og 13-15. Aksjeloven § 13-14 bestemmer at kreditorene skal varsles om fisjonen med seks ukers frist til å gjøre innsigelser. Dette sikrer kreditorene informasjon som overgår den publisiteten som følger av tinglysingsreglene. Forskjellen ligger i at kreditorene får innsyn allerede før overføringen har skjedd.

Videre følger det av § 13-15 at kreditorene kan gjøre innsigelser, og kreve innfrielse eller betryggende sikkerhet etter henholdsvis første og annet ledd. Også i dette ligger det et kreditorvern som ikke har noen naturlig parallell ved andre eiendomsoverdragelser. Generelt gir disse reglene kreditorene en mulighet til deltakelse i prosessen som langt overgår det som gjelder ved ordinære eiendomsoverdragelser. Denne muligheten til deltakelse gjør at faren for kreditorsvik fremstår minimal.

I tillegg gjelder det særskilte solidaransvarsregler ved fisjon. Dersom det i etterkant skulle vise seg at et av selskapene involvert i fisjonen ikke er i stand til å innfri en forpliktelse, kan kreditorene også nyte fordelene av solidaransvarsreglene. For det første hefter fisjonsselskapene solidarisk for forpliktelser som ikke lar seg fordele etter fisjonsplanen, jf. § 14-11 (2). Videre hefter fisjonsselskapene også solidarisk for forpliktelser som ikke innfris av det forpliktete selskapet etter fisjonsplanen, jf. § 14-11 (3). Etter den sistnevnte regelen er imidlertid de øvrige fisjonsselskaperes solidaransvar begrenset til nettoverdien som tilfalt selskapet ved fisjonen. Dette innebærer likevel en dekningsmulighet for kreditorene som ikke har noen parallell ved tinglysing. Solidaransvarsreglene er ikke tidsbegrensede.¹⁰⁷ En kreditor har derfor mulighet til å søke dekning hos øvrige fisjonsselskaper i lang tid etter fisjonen.

4.4 Samlet vurdering av kreditorsviksfaren ved fusjon og fisjon

Samlet sett gjør den relativt gode notoriteten rundt disposisjonen, sammenholdt med de selskapsrettslige kreditorvernreglene, at kreditorsviksarrangementer ved fusjon og fisjon

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 242 og Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 174.

fremstår tilnærmet utenkelige. Langt på vei kan en si at kreditorene er bedre stilt ved en fusjon eller fisjon enn de ville vært ved en ordinær tinglyst eiendomsoverdragelse.

Det er imidlertid en gruppe kreditorer som ikke nyter godt av det særskilte kreditorvernet ved fusjon og fisjon. De som først blir kreditorer etter at fusjonen eller fisjonen er gjennomført er ikke omfattet av kreditorvernreglene ved fusjon og fisjon.¹⁰⁸ Disse kreditorene vil likevel være beskyttet av den notoriteten som fusjons- og fisjonsregelverket gir. Siden kreditorsviksfaren er tilnærmet ikke-eksisterende, er det heller ingen grunn til at det skal ha betydning at disse kreditorene ikke er omfattet av det særskilte tilleggsvernet de selskapsrettslige kreditorvernreglene gir.

Som nevnt er ivaretagelse av notoriteten et nødvendig krav for å kunne akseptere en ordning med rettsvern uten tinglysing. Etter min oppfatning er notoriteten og kreditorsviksfaren ved fusjon og fisjon sikret på en slik måte at dette ikke stenger for en ordning med rettsvern uten tinglysing.

¹⁰⁸ Giertsen 1999 s. 300.

5 Andre bidrag til tolkningen av tinglysningsloven §§ 20 og 23

5.1 Innledning

Som vist gir hverken tinglysningsloven eller kontinuitetsprinsippet klare svar på om overføring av fast eiendom ved fusjon og fisjon må tinglyses for å få rettsvern mot kreditorbeslag. Samtidig er det heller ikke notoritetsproblemer som tilsier at det er behov for et tinglysingskrav. Det er derfor nødvendig å se til øvrige rettskilder som kan bidra til å belyse problemstillingen. Først vil rettsoppfatningen basert på Justisdepartementets to rundskriv behandles i punkt 5.2. Deretter vil aksjelovens regler om overføring av rettsposisjoner behandles i punkt 5.3. Til slutt vil noteringsformen, som har blitt fremmet som en slags alternativ rettsvernakt, bli behandlet i punkt 5.4.

5.2 Tradisjonell rettsoppfatning av rettsvern ved fusjon og fisjon

5.2.1 Rundskriv G-1990-37 og G-2005-6

Det har vært en festnet rettsoppfatning at fast eiendom overført ved fusjon og fisjon ikke må tinglyses for at selskapet skal få rettsvern mot kreditorbeslag. I punkt 5.2 skal denne rettsoppfatningens forankring, utstrekning og legitimitet vurderes.

Før aksjeloven av 1976 var det ikke tvilsomt at eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon måtte tinglyses for å få rettsvern.¹⁰⁹ Aksjeloven av 1976 inneholdt ikke nye regler på dette punkt, og litteraturen forutsatte derfor at rettstilstanden ble videreført.¹¹⁰ Allerede i 1985 fremhevet Lovavdelingen at de var «innstilt på å vurdere nærmere om ikke tinglysningspraksis på dette punkt bør endres».¹¹¹ Uttalelsen var begrunnet med endringen av de selskapsrettslige fusjonsreglene ved aksjeloven av 1976.

¹⁰⁹ Se Tinglysningsavgjørelser 1955-78 s. 236 og Augdahl 1959 s. 396.

¹¹⁰ Marthinussen/Aarbakke 1986 s. 504 og Aarbakke 1987 s. 180-181.

¹¹¹ JDLOV-1985-2879.

I Rundskriv G-1990-37 fra 1990 ble det lagt til grunn at det ikke var nødvendig å tinglyse hjemmelsoverføring ved fusjon. Rundskrivet skulle «gi en orientering vedrørende gjeldende tinglysingspraksis og dokumentavgiftspraksis» ved ulike former for omorganisering av selskaper.¹¹² Om fusjon uttales det:

«Etter departementets oppfatning foreligger det ingen hjemmelsoverføring ved fusjon foretatt med hjemmel i aksjelovens § 14-7. Tilsvarende må gjelde andre fusjoner foretatt med hjemmel i aksjelovens kapittel 14.»¹¹³

For fusjoner presiserer departementet at «utgangspunktet [er] at det skal skje en formell overskjøting fra det fortsatte til det utfisjonerte selskap».¹¹⁴ Synspunktet må ses i lys av at det ikke fantes lovregler om fusjon og heller ikke gjaldt noe kontinuitetsprinsipp for fusjon.¹¹⁵

Kontinuitetsprinsippet er ikke nevnt i rundskrivet. Kontinuitetstanken fremstår likevel som sentral i begrunnelsen. Det illustreres av kontrasten til behandlingen av overgang fra sameie til ansvarlig selskap eller kommandittselskap. For slike overføringer uttaler nemlig departementet at:

«dette [vil] innebære en overgang fra ett rettssubjekt til et annet og således tinglysingsrettslig være en hjemmelsoverføring. [...] En konsekvens av dette er at det må utstedes skjøte for hver hjemmelsovergang.»¹¹⁶

Kontrasten er slående siden også overføring av eiendom ved fusjon fra overdragende til overtakende selskap formelt sett innebærer en overgang fra ett rettssubjekt til et annet. Det er imidlertid tydelig at departementet mente at en slik formell synsmåte ikke hadde betydning ved fusjon.

Rundskrivet fra 1990 ble avløst av rundskriv G-2005-6 etter innføringen av aksjeloven av 1997. Det nye rundskrivet omfatter både fusjon og fisjon.

Rundskrivet fra 2005 innledes ved å beskrive situasjonen etter det tidligere rundskrivet:

¹¹² Rundskriv G-1990-37 s. 1.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.* s. 2.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 208.

¹¹⁶ Rundskriv G-1990-37 s. 2.

«Ifølge rundskriv G-1990-37 foreligger det ingen hjemmelsoverføring når fast eiendom blir overført som ledd i en fusjon (...). Bakgrunnen er at *slike fusjoner blir gjennomført på grunnlag av selskapsrettslige regler som bygger på kontinuitetsbetraktninger* – det overdragende foretaket anses for å fortsette i det overtakende foretaket.»¹¹⁷ (min utheving)

Rundskriv G-2005-6 stadfester altså at det er kontinuitetsbetraktninger som ligger til grunn for standpunktet ved fusjon, og bekrefter at dette fortsatt skal være gjeldende praksis.

Rundskrivet tar imidlertid også stilling til situasjonen ved fisjon:

«Etter Justisdepartementets oppfatning bør alle fusjoner, fisjoner og omdanninger som bygger på kontinuitetsbetraktninger, behandles på samme måte i forhold til tinglygingsreglene. De hensynene som tilsier at det ikke bør stilles krav om formell overskjøting ved lovregulerte fusjoner, tilsier at det heller ikke bør stilles et slikt krav ved lovregulerte fisjoner og omdanninger.»¹¹⁸

Rundskrivet gir tydelig uttrykk for at hverken fusjon eller fisjon innebærer en hjemmelsoverføring som må tinglyses.¹¹⁹ Det kommer klart frem av rundskrivet at standpunktet er begrunnet i det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. Dette illustreres også av at departementet legger til grunn at samme løsning vil gjelde for fremtidige fusjons- og fisjonsregler basert på kontinuitetsprinsippet.¹²⁰ Samvirkelova fra 2007, som har regler om fusjon og fisjon i henholdsvis kapittel 8 og 9, er et slikt eksempel.¹²¹ Antitesen om at overføring av fast eiendom etter «regelsett som [ikke] bygger på kontinuitetsbetraktninger (...) skal fortsatt anses som en hjemmelsoverføring» bidrar til å forsterke dette inntrykket.¹²²

Rettsoppfatning har sitt utspring i rundskriv fra Justisdepartementet. Som utgangspunkt kan ikke slike uttalelser ha særlig vekt.¹²³ Rettskildevekten må imidlertid vurderes i lys av at rundskrivet har vært offentlig og utgangspunkt for konkret tinglygingspraksis. Det er i så måte

¹¹⁷ Rundskriv G-2005-6.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Tilsvarende Marthinussen 2017 s. 82.

¹²⁰ Rundskriv G-2005-6.

¹²¹ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 194 og 294.

¹²² Rundskriv G-2005-6.

¹²³ Tilsvarende Marthinussen 2017 s. 82.

illustrerende at denne oppfatningen også har kommet til uttrykk i Kartverkets eget rundskriv om tinglysing:

«Samtidig følger det av Justisdepartementets rundskriv G-06/2005 at overføringer som bygger på selskapsrettslige kontinuitetsbetraktninger ikke regnes som hjemmelsoverføringer etter tinglysningsloven § 14.»¹²⁴

Kartverkets rundskriv er ingen tungtveiende rettskilde. Det er imidlertid en god kilde til tinglysningsmyndighetenes egen oppfatning og praksis. Rundskrivet er offentlig tilgjengelig, og det er derfor nærliggende å anta at også private har innrettet seg etter det. Dette støttes av at samme informasjon også har vært formidlet på kartverkets hjemmesider.¹²⁵

Justisdepartementets- og Kartverkets rundskriv må derfor ses i sammenheng med private parters etterfølgelse når man skal vurdere vekten av rettsoppfatningen. Selv om det er vanskelig å kvantifisere slik privat praksis, er det naturlig å legge til grunn at mange private har fulgt Justisdepartementets rettsoppfatning i løpet av de 12 og 26 årene som har gått siden rundskrivene ble utgitt. Mange private parter har derfor innrettet seg etter rundskrivene. Siden problemstillingen gjelder fast eiendom angår den også betydelige økonomiske verdier for de berørte. Det knytter seg derfor store forutberegnelighetsproblemer til å fravike rettsoppfatningen.

I tredjemannsspørsmål skal man vise noe forsiktighet med å legge stor vekt på privates praksis.¹²⁶ Spørsmålene reiser etter sin art forholdet til utenforstående – for eksempel kreditorer – som ikke nødvendigvis får sine interesser ivaretatt gjennom andre privates handlemåte. Rt-1966-857 (Smågris-dommen) er imidlertid et godt eksempel på at privates praksis kan være avgjørende også i tredjemannsspørsmål. I spørsmålet om gyldigheten av et eiendomsforbehold la Høyesterett avgjørende vekt på en «fast praksis i vårt land, innarbeidet gjennom decennier og markert ved trykte, for tiden omtrent enslydende formularer».¹²⁷ Videre ble det også fremhevet at det dreide seg om en praksis som bransjen og selskapets øvrige kreditorer hadde vært «vel kjent med».

¹²⁴ Kartverket, *Rundskriv for tinglysing*, s. 17. Tilsvarende s. 29 og 74. Uttalelsen er for øvrig uendret selv elleve måneder etter Forusstranda-dommen.

¹²⁵ <https://www.kartverket.no/eiendom/tinglyse-eierskifte/navneendring/> (sist besøkt 20.11.17)

¹²⁶ Marthinussen 2017 s. 82.

¹²⁷ Rt-1966-857 s. 860.

Som Brækhus uttrykker i sin kritikk av dommen, er det ikke gitt at «alle særordninger som vokser frem på et rettslig sett uklart område, bør godkjennes».¹²⁸ Tinglysingspraksisen ved fusjon og fisjon er imidlertid initiert av offentlige myndigheter og har vært offentlig kjent. Som vist i del 4 er det heller ikke notoritetsproblemer som skulle tilsi at praksisen medfører risiko for kreditorvik. Når man i tillegg tar i betraktning den legitime innrettelsen hos de som har fulgt offentlige myndigheters anviste fremgangsmåte ved fusjon og fisjon, tilsier dette at praksisen må tillegges betydelig vekt. Som neste punkt skal vise støttes praksisen også av juridisk teori.

5.2.2 Juridisk teori

For det første har rettsoppfatningen festet seg i tinglysingslitteraturen. I kommentarutgaven til tinglysingsloven skriver Berg/Bråthen-Otterbech:

«Ifølge Justisdepartementets rundskriv G-2005-6 og Toll- og avgiftsdirektoratets rundskriv 12/2009 S bør alle fusjoner, fisjoner og omdanninger som bygger på kontinuitetsbetraktninger, *behandles likt i forhold til tinglysingsreglene*. De hensyn som tilsier at det ikke bør stilles *krav om overskjøting* ved lovregulerte fusjoner, tilsier at det heller ikke bør stilles et slikt krav ved lovregulerte fisjoner og omdanninger. Dette innebærer *blant annet* at det ikke inntrengs avgiftsplikt der fast eiendom blir overført ved fusjon, fisjon og omdanning (...)»¹²⁹ (min utheving)

Uttalelsen er plassert i et underkapittel om dokumentavgift. Utsagnet om fusjon og fisjon er imidlertid generelt formulert. Resonnementet synes å være at fordi det ikke er krav om tinglysing, så er det heller ikke krav om dokumentavgift. Forfatterne tar altså for gitt at det ikke stilles krav om tinglysing ved fusjon og fisjon.

Austenå legger til grunn en lignende oppfatning for fusjon etter aksjeloven av 1976:

«Når det gjelder overføring av hjemmelen til fast eiendom fra selskap A til selskap B, har Justisdepartementet antatt at det ikke er nødvendig med en formell overskjøting fra

¹²⁸ Brækhus 2005 s. 118.

¹²⁹ Berg/Bråthen Otterbech 2009 s. 194-195.

A til B. Det antas å være tilstrekkelig med notering i grunnboken av en firmaattest som bekrefter at det aktuelle selskap er fusjonert og slettet av foretaksregisteret.»¹³⁰

Fisjon ble først lovregulert i aksjeloven av 1997. Det er derfor naturlig at Austenå kun behandler spørsmålet for fusjonstilfellene. Fremgangsmåten med notering behandles i punkt 5.4.

For det andre legger også selskapsrettslig litteratur til grunn at det ikke kreves tinglysning for at overføring av eiendeler ved fusjon og fisjon skal stå seg overfor kreditorene. I kommentarutgaven til aksjeloven står det blant annet til § 13-17 (1) om formell hjemmelsoverføring:

«For fast eiendom er det imidlertid ikke nødvendig å gjennomføre overføring ved skjøte. Med grunnlag i Justisdepartementets rundskriv G-06/2005, som avløste tidligere rundskriv G-37/90, *betraktes en fusjon etter aksjeloven kapittel 13 tinglysmessig som en endring av foretaksnavn og ikke som en overføring av eiendomsretten* til det (de) overdragende selskap(er)s faste eiendommer. (...)

Som fremholdt av Andenæs s. 601, er det *neppe nødvendig med formell hjemmelsoverføring for at det overtakende selskap skal ha rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer mv.*»¹³¹ (min utheving)

For fisjon nøyer forfatterne seg med å vise tilbake til det gjengitte.¹³² Samme synspunkt presenteres også hos Andenæs.¹³³ Begge de selskapsrettslige standardverkene gir altså tydelig uttrykk for at overføringer ved fusjon og fisjon har rettsvern uten tinglysning.

I spesialfremstillinger av reglene om fusjon og fisjon er det samme kommet til uttrykk. Liland behandler fusjon og fisjon i fellesskap, og angir at «[f]ormentlig er det heller ikke nødvendig med formell hjemmelsoverføring for at det overtakende selskap skal ha rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer».¹³⁴ Aamelfot m.fl. uttrykker seg noe mer reservert, og

¹³⁰ Austenå 1990 s. 118-119.

¹³¹ Aarbakke m.fl. 2012 s. 803. Tilsvarende også s. 762 til asl. § 13-2.

¹³² *Ibid.* s. 837.

¹³³ Andenæs 2016 s. 591.

¹³⁴ Liland 2016 s. 34.

nøyer seg med å konstatere at «[s]pørsmålet står uten endelig besvarelse, men det vil være risiko forbundet med manglende tinglysing».¹³⁵

To forfattere, Langseth og Farstad, har kommet med andre standpunkter. Begge legger til grunn at fusjoner og fisjoner må tinglyses for å ha vern mot kreditorekstinksjon.

Langseth tar utgangspunkt i at «kontinuitetsprinsippet er en selskapsrettslig fiksjon» og at «[r]ealiteten ved en fusjon eller fisjon er like fullt at eiendomsretten overføres fra det overdragende selskapet til det overtakende selskapet».¹³⁶ Hva forfatteren legger i at kontinuitetsprinsippet er en fiksjon, er ikke lett å få tak på. Som vist i punkt 3.2 er imidlertid overføringssynspunktet langt fra enerådende ved fusjon og fisjon. Videre legger Langseth feilaktig til grunn at «ordbruken i loven tilsier at [kravet om tinglysing for rettsvern] gjelder uavhengig av hva som var rettsgrunnlaget (f.eks. kjøpekontrakt, løsningsrett eller tvangssalg)». Eksempelet tvangssalg illustrerer at dette ikke stemmer, siden tvangssalg står seg mot konkurs uten tinglysing.¹³⁷ Som vist i punkt 2.3 er det heller ikke gitt at fusjoner og fisjoner omfattes av ordlyden «rettsverv» og «rett som er stiftet» i tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Farstad legger til grunn at Justisdepartementets rundskriv kun gjelder dokumentavgift, og ikke tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23.¹³⁸ Det standpunktet er det imidlertid vanskelig å forstå siden rundskrivet uttrykker at «alle fusjoner, fisjoner og omdanninger som bygger på kontinuitetsbetraktninger, behandles på samme måte i forhold til *tinglysingsreglene*».¹³⁹ I tillegg legger han etter min oppfatning for mye i aksjeloven § 13-17 (1).¹⁴⁰ Aksjeloven § 13-17 behandles i pkt. 5.4.2.

Etter min oppfatning er det derfor ikke grunnlag for å legge noe særlig vekt på oppfatningene til Langseth og Farstad. Det presenterte kildemateriale må derfor kunne karakteriseres som en bred og samstemt oppfatning om at det ikke er nødvendig å tinglyse eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon for å ha vern mot kreditorbeslag.

¹³⁵ Aamelfot m.fl. 2015 s.423.

¹³⁶ Langseth 2014 s. 90.

¹³⁷ Andenæs 2009 s. 253.

¹³⁸ Farstad 2011 s. 108.

¹³⁹ Rundskriv G-2005-6.

¹⁴⁰ Farstad 2011 s. 104-106.

Vekten av juridisk teori i tredjemannsspørsmål varierer i ulike sammenhenger. Rt-1995-1181 (Norblast) er et eksempel på at en samstemt oppfatning i juridisk teori er gitt betydelig vekt. Høyesterett viste her til en «ganske fast rettsoppfatning» som grunnlag for at det ikke var nødvendig med tinglysing av pant i driftstilbehør på samtlige bruksnummer.¹⁴¹ Et annet eksempel er rettsvern mot kreditorbeslag i løssøre basert på den såkalte interesselæren. Interesselæren har både sitt utspring og forankring som gjeldende rett i juridisk litteratur.¹⁴² Eksemplene viser at juridisk teori kan ha stor vekt. Noen entydig praksis på at juridisk teori skal tillegges stor vekt i tredjemannsspørsmål har vi imidlertid ikke.

I denne sammenhengen er det viktig å se oppfatningen i juridisk teori i sammenheng med den tinglysingspraksisen som har forekommet. Samlet sett gir dette private parter et svært legitimt grunnlag for å innrette sin fremgangsmåte ved fusjon og fisjon. Tungtveiende forutberegnelighetshensyn tilsier derfor at denne rettsoppfatningen må følges.

Det er også verdt å nevne at Høyesteretts strenge tolkning av rettsvernreglene primært er begrunnet med forutberegnelighetshensyn. I dette tilfellet er det lite forutberegnelig å bygge på en uklar lovtekst, samtidig som det foreligger en klar rettsoppfatning som private har innrettet seg etter. Etter min oppfatning skal det derfor mye til for å fravike denne rettsoppfatningen.

5.3 Reell og formell overføring av rettsposisjoner etter aksjeloven

5.3.1 Reell overføring – overføring av eierbeføyelsene

I tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23 ved fusjon og fisjon er det også relevant å vurdere hvordan aksjeloven regulerer rettighetsovergangen fra overdragende til overtakende selskap. Overføringen av eierbeføyelsene vil behandles her, mens overføringen av «formelle posisjoner» behandles nedenfor i punkt 5.3.2.

For rettighetsforholdet mellom partene er aksjelovens utgangspunkt at fusjonen eller fisjonen innebærer en samlet overføring av «det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og

¹⁴¹ Rt-1995-1181 (Norblast) s. 1187.

¹⁴² Henholdsvis Brækhus/Hærem 1964 s. 513-517 og Lilleholt 2012 s. 290 med videre henvisninger.

forpliktelser» til det overtakende selskap, jf. asl. § 13-16 (1) nr. 3.¹⁴³ Eierbeføyelsene overføres når fusjonen eller fisjonen er registrert i Foretaksregisteret, jf. asl. § 13-16 (1) nr. 1. Ved fusjon gjelder dette alle selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser, mens det ved fisjon gjelder de rettsposisjonene som fisjonsplanen angir at overtakende selskap skal overta, jf. asl. § 14-4 (1) nr. 1.

For rettighetsovergangen er det et sentralt poeng at EUs generelle selskapsrettsdirektiv krever at sentrale rettsvirkninger av fusjonen og fisjonen må inntre samtidig.¹⁴⁴ I norsk rett er dette knyttet til registreringen av fusjonen eller fisjonen i Foretaksregisteret.¹⁴⁵ Kravet omfatter overføringen av eierbeføyelsene mellom overdragende og overtakende selskap. Det særegne med eiendomsoverføringen ved fusjon og fisjon er at det skjer en samlet overføring av selskapets formueskompleks, og at dette skjer i kraft av selve loven, jf. § 13-16 (1) nr. 3.

5.3.2 Formell overføring

I tillegg til overføringen av eiendomsretten mellom partene, regulerer aksjeloven § 13-17 (1) også overføringen av det loven omtaler som «formelle posisjoner»:

«Når fusjonen er registrert i Foretaksregisteret, kan det overtakende selskapet etter *alminnelige regler* overføre *formelle posisjoner* som eier eller rettighetshaver til eiendeler som har tilhørt et overdragende selskap.» (min utheving)

Bestemmelsen gjelder også ved fisjon, jf. asl. § 14-8 (1). Spørsmålet her er hva som menes med «formelle posisjoner», og da særlig om man med overføring av formelle posisjoner har ment rettsvernakten.

Ordlyden gir ikke klare svar. Ut fra sammenhengen med asl. § 13-16 (1), er det klart at «formelle posisjoner» ikke sikter til overføring av eierbeføyelsene mellom partene. For formuesgoder som registreres i realregistre kan det gi mening å snakke om en *posisjon* som hjemmelshaver i registeret. Dette kan ses på som en formell posisjon siden den kun har betydning overfor tredjepersoner.¹⁴⁶ Aksjer og enkle pengekrav sikres derimot rettsvern ved

¹⁴³ Jf. asl. § 14-8 (1) for fusjon.

¹⁴⁴ EUs generelle selskapsrettsdirektiv art. 103 og 149. Erstatte henholdsvis fusjonsdirektivet art. 17 og fisjonsdirektivet art. 15.

¹⁴⁵ Giertsen 1999 s. 294 flg.

¹⁴⁶ Falkanger 2016 s. 614.

melding til selskapet eller debitor, og løssøre sikres rettsvern ved besittelse. Ordlyden «formelle posisjoner» passer dårlig for disse rettsvernaktene.

Forarbeidene angir at bestemmelsen gir det overtakende selskapet rett til å «utferdige skjøte, transportere gjeldsbrev mv og foreta andre disposisjoner som overfører formelle eier- og rettighetsposisjoner fra et overdragende selskap».¹⁴⁷ Henvisning til skjøte indikerer at det er behovet for å tinglyse eiendomsoverføringen som er tema. Det kan indikere at man med formell overføring har ment rettsvernsspørsmålet. Det er derimot vanskelig å forstå forarbeidenes henvisning til transport av gjeldsbrev slik. Transport av pengekrav betyr vanligvis selve overdragelsen av kravet fra cedenten til cesjonaren.¹⁴⁸ Overføringen av pengekravet fra overdragende til overtakende selskap skjer imidlertid allerede med hjemmel i asl. § 13-16 (1). Rettsvern sikres derimot ved melding til debitor for kravet, jf. gbl. § 29 (1).

Hva lovgiver har ønsket å uttrykke med «formelle posisjoner» er derfor uklart. I fravær av bedre tolkningsalternativer, virker det mest nærliggende å tolke «formelle posisjoner» som en henvisning til rettsvernakten. Dette synes også best i tråd med oppfatningene i juridisk teori.¹⁴⁹ Også Rt-2008-1160 støtter denne tolkningen. Dommen gjelder dokumentavgift, men det uttales at «avgiften oppkreves bare der en hjemmelsoverføring til eiendommen tinglyses – fra tid til annet omtalt som ‘formell overdragelse’».¹⁵⁰

Aksjeloven § 13-17 (1) angir at overføringen av formelle posisjoner – rettsvernakten – kan gjennomføres etter «alminnelige regler». Om dette uttrykker forarbeidene at:

«I forbindelse med eiendeler er et hovedspørsmål om disse skal kunne overføres samlet rent formelt, eller om formell overføring må skje etter reglene for de enkelte typer eiendeler, f.eks *slik at hjemmel til fast eiendom må overføres ved skjøte*.

Aksjeloven tar ikke stilling til dette spørsmålet, men i praksis har det vært løst på den sistnevnte måten. Denne praksis er ikke i strid med EFs tredje selskapsdirektiv, og gruppen foreslår derfor ingen endringer på dette punkt.»¹⁵¹ (min utheving)

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 171.

¹⁴⁸ Bergsåker 2015 s. 89.

¹⁴⁹ Se Andenæs 2016 s. 593 og Aarbakke m.fl. 2012 s. 803.

¹⁵⁰ Rt-2008-1160 avsn. 27.

¹⁵¹ NOU 1992:29 s. 197.

Lovtekstens uttrykk «alminnelige regler» tilsier at bestemmelsen skal fungere som en ren henvisningsregel. Også uttalelsen i forarbeidene indikerer at man har ønsket å opprettholde rettsvernreglene uendret. Det kan gi inntrykk av at man har sett for seg at overføringer ved fusjon og fisjon må tinglyses for at overføringen skal få rettsvern, noe som illustreres av eksempelet med overføring av skjøtet.

Uttalelsen bygger imidlertid på en feiloppfatning av tinglysingspraksis på tidspunktet. Allerede i rundskriv G-1990-37 ble det lagt til grunn at tinglysing av skjøte ikke var nødvendig for rettsvern ved fusjon.¹⁵² To år før utredningen, og ni år før aksjeloven av 1997 trådte i kraft, var derfor praksisen en annen enn forarbeidene antok. Når det gis uttrykk for at nåværende praksis videreføres, bygger forarbeidene altså på en uriktig forutsetning.

Enten kan man ta utgangspunkt i forarbeidene slik de forutsatte at rettsvernkravet skulle være. Forarbeidene tas da til inntekt for at fast eiendom overført ved fusjon og fisjon må tinglyses. Alternativt kan man ta utgangspunkt i at det sentrale fra lovgivers side var å opprettholde status quo, og derfor tolke forarbeidene som en støtte til praksisen med rettsvern uten tinglysing.

Når lovteksten er utformet som en ren henvisningsbestemmelse, og tinglysingspraksisen er videreført ved rundskrivet fra 2005, må dette etter min mening bety at aksjeloven § 13-17 (1) ikke legger føringer på løsningen av spørsmålet.¹⁵³ Bestemmelsen må altså tolkes slik at rettsvernsspørsmålet må løses på grunnlag av de øvrige tinglysingsrettslige kildene.

5.4 Rettsvernakt – særlig om notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret

Rundskrivene og litteraturen gjennomgått i punkt 5.2 viser til *notering* av bekreftelse fra Foretaksregisteret som alternativ til registrering i grunnboka. I dette punktet skal noteringsformen analyseres. Formålet er å vurdere om notering kan fungere som alternativ til registrering i grunnboka, og eventuelt gi rettsvern mot kreditorbeslag.

¹⁵² Se pkt. 5.2.1.

¹⁵³ Motsatt Farstad 2011 s. 104.

Vanligvis overføres grunnbokshjemmel som eier av fast eiendom ved å *registrere* et «dokument» som gir «uttrykk for et ubetinget eiendomserverv», jf. tinglysingsloven § 14 (2). Dette skjer typisk i form av at selgeren utsteder et skjøte, som deretter tinglyses.¹⁵⁴

Dette er også mulig ved fusjon og fisjon. Det overdragende selskap kan utstede skjøte til fordel for det overtagende selskap og få dette registrert i grunnboka. Krav om tinglysing innebærer en ekstra administrativ belastning, men er gjennomførbart også ved fusjon og fisjon. Før var også dokumentavgift en grunn til å la være å tinglyse. Fra og med 2016 er imidlertid overføring av fast eiendom ved fusjon og fisjon unntatt fra krav om dokumentavgift.¹⁵⁵

I rundskriv G-1990-37 og G-2005-6 ble det ikke stilt krav til tinglysing av eiendomsoverføringer ved fusjon og fisjon. I stedet ble det gitt uttrykk for at:

«det må være tilstrekkelig at fusjonen registreres i grunnboken ved en notering av bekreftelse på at foretaket er infusjonert i et annet. Slik bekreftelse kan utstedes av Foretaksregisteret ved særskilt henvendelse».¹⁵⁶

Det første spørsmålet som oppstår er om notering kan regnes som likestilt med registrering av et dokument i grunnboken.

Praksisen med notering innebærer at tinglysingsmyndighetene får dokumentasjon fra Foretaksregisteret på at fusjonen eller fisjonen har funnet sted fra, og selv foretar en endring i tinglysingsregisteret. Marthinussen beskriver det som at "tinglysingsmyndigheten endrer navnet i grunnboken".¹⁵⁷ Noteringsformen er altså ingen registrering i samsvar med det ordinære tinglysingskravet.

Tinglysingsloven § 12, som bestemmer hvilke dokumenter som kan tinglyses, utelukker nok også registrering av en slik bekreftelse fra Foretaksregisteret. Bestemmelsen angir at kun dokumenter som går ut på å «stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom» kan registreres i grunnboken. Bekreftelsen fra

¹⁵⁴ Falkanger/Falkanger 2016 s. 628.

¹⁵⁵ Vedtak om særavgifter, 2016, kap. 5565 post 70, § 2 (1), bokstav k.

¹⁵⁶ Rundskriv G-1990-37 s. 1.

¹⁵⁷ Marthinussen 2017 s. 83.

Foretaksregisteret er kun en konstatering av at fusjonen eller fisjonen har funnet sted, og ikke et slik rettighetsdokument som tinglysingsloven § 12 krever.¹⁵⁸

Dette har nær sammenheng med at tinglysingsregisteret er et dokumentregister og ikke et rettighetsregister.¹⁵⁹ Selv om bekreftelsen fra Foretaksregisteret gir anerkjennelse for eiendomsretten, er bekreftelsen ikke opphavet til retten. Overføringen av eiendomsretten skjer i kraft av fusjons- eller fisjonsplanen og selve loven, jf. asl. § 13-16 (1) nr. 3, jf. § 14-8 (1) for fisjon. Notering kan derfor ikke anses som likestilt med registrering av et dokument i grunnboken.

Spørsmålet reiser seg deretter om notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret likevel kan gi rettsvern mot kreditorbeslag for fast eiendom overført ved fusjon eller fisjon.

Det kan først konstateres at tinglysingsloven §§ 20 og 23 krever at dokumentet er «registrert» for å ha vern mot senere kreditorbeslag. Notering som rettsvernakt krever derfor en utvidende tolkning av tinglysingsloven §§ 20 og 23. Høyesterett har som nevnt vært svært tilbakeholdne til å tolke inn unntak fra kreditorekstinksjonsreglene, noe som tilsier at ordlyden bør følges også i dette tilfellet.

Marthinussen har gitt uttrykk for at «navneendring i grunnboken basert på dokumentasjon fra Foretaksregisteret gir fullgod notoritet», og at man derfor bør godta rettsvern med grunnlag i notering.¹⁶⁰ Standpunktet må imidlertid ses på bakgrunn av at han mener at det ikke bør stilles krav om tinglysing av hjemmelsoverføring ved fusjon og fisjon overhodet. Poenget er at det etter Marthinussens oppfatning *i alle fall* ikke bør være rom for kreditorekstinksjon der overføringen er ført inn i grunnboken ved notering.

Det kan imidlertid problematiseres om selve noteringen gir noen ytterligere notoritet til en fusjon eller fisjon. Noteringen baserer seg på opplysninger som allerede er registrert i Foretaksregisteret. Dersom disse skulle være uriktige, vil det også påvirke påliteligheten av noteringen. Etter min oppfatning er det derfor ingenting ved noteringen i grunnboken som gjør eiendomsoverføringen mer notorisk. Når notering heller ikke er i samsvar med ordlyden i

¹⁵⁸ Tilsvarende Austenå 1990 s. 118-119.

¹⁵⁹ Se Prop. 53 L (2013-2014) s. 21 og 29.

¹⁶⁰ Marthinussen 2017 s. 83.

tinglysingsloven, er det liten grunn til å skille mellom overføringer som er innført i grunnboken ved notering, og de som ikke er det.

Spørsmålet om notering som rettsvernakt, må også vurderes i lys av at noteringsformen fyller en annen funksjon enn rettsvern. Selskapet som eier eiendommen vil – uavhengig av rettsvernsspørsmålet – ha et reelt behov for å fremstå som eier. Grunnbokshjemmelen vil blant annet ha betydning dersom selskapet ønsker å pantsette eller selge eiendommen.¹⁶¹ Dette behovet tilfredsstilles gjennom fremgangsmåten ved notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret.

Konklusjonen er at notering ikke kan fungere som rettsvernakt for eiendeler overført ved fusjon eller fisjon. Dette avgjør imidlertid ikke spørsmålet om eiendomsoverføringen har vern mot kreditorbeslag. Hvorvidt kreditor kan ta beslag vil, uavhengig av noteringen, avhenge av om eiendeler overført ved fusjon og fisjon har rettsvern uten tinglysing. Foreløpig har rettsoppfatningen basert på rundskriv G-1990-37 og G-2005-6 vist seg som et tungtveiende argument for at eiendommene har rettsvern uten tinglysing. Helt sentralt for løsningen av spørsmålet står imidlertid Forusstranda-dommen, som vil analyseres i del 6.

¹⁶¹ Aarbakke m.fl. 2012 s. 803.

6 Forusstranda-dommen

6.1 Innledning – om dommen og faktum

Forusstranda-dommen gjaldt et konkursbos adgang til å ta beslag i en rekke eiendommer som hadde blitt overført ved flere fusjoner og fisjoner. Dommen behandlet både spørsmålet om en fisjon er «stiftet ved avtale» etter tingl. § 23 og etablering av rettsvern ved læren om selvstendig rettsvernhevd.¹⁶² Spørsmålet om rettsvernhevd er ikke relevant for oppgaven.

Sakens parter var konkursboet etter Sønnichsen AS («Nye Sønnichsen») på den ene siden, og den nåværende eieren av eiendommene på den andre. Selskapet omtales her som Nye Sønnichsen for å skille det fra et annet selskap i sakskomplekset som også het Sønnichsen AS. Dette andre selskapet omtales som Gamle Sønnichsen AS («Gamle Sønnichsen»)¹⁶³

Nåværende eier, Forusstranda Næringspark AS («Forusstranda»), hadde ikke selv vært involvert i de selskapsrettslige omstruktureringene. Forusstranda hadde kjøpt eiendommene av selskapene som hadde blitt innehaver av eiendommene etter fisjonene i 1988 og 2003, henholdsvis Sønfor AS («Sønfor») og Sønn Eiendom AS («Sønn Eiendom»). Forusstrandas rettsposisjoner var derfor avledet av eiendommenes tidligere eiere, i samsvar med utgangspunktet om at ingen kan overføre større rett enn han selv har.¹⁶⁴ Både Sønfor og Sønn Eiendom hadde mottatt eiendommene som overtakende selskaper ved fisjon.

Den første overføringen var fra Gamle Sønnichsen til Sønfor i 1988. På dette tidspunktet fantes det ikke egne lovregler om fisjon. «Fisjonen» skjedde gjennom en simultan kapitalnedsettelse i det overdragende selskap og tingsinnskudd til nystiftet, overtakende selskap.¹⁶⁵

I 2003 fusjonerte Gamle- og Nye Sønnichsen, med Nye Sønnichsen som overtakende selskap. Samme år ble Sønn Eiendom fisjonert ut fra Nye Sønnichsen. Sønn Eiendom overtok da flere av eiendommene som senere ble overdratt til Forusstranda.

¹⁶² HR-2017-33-A avsn. 1.

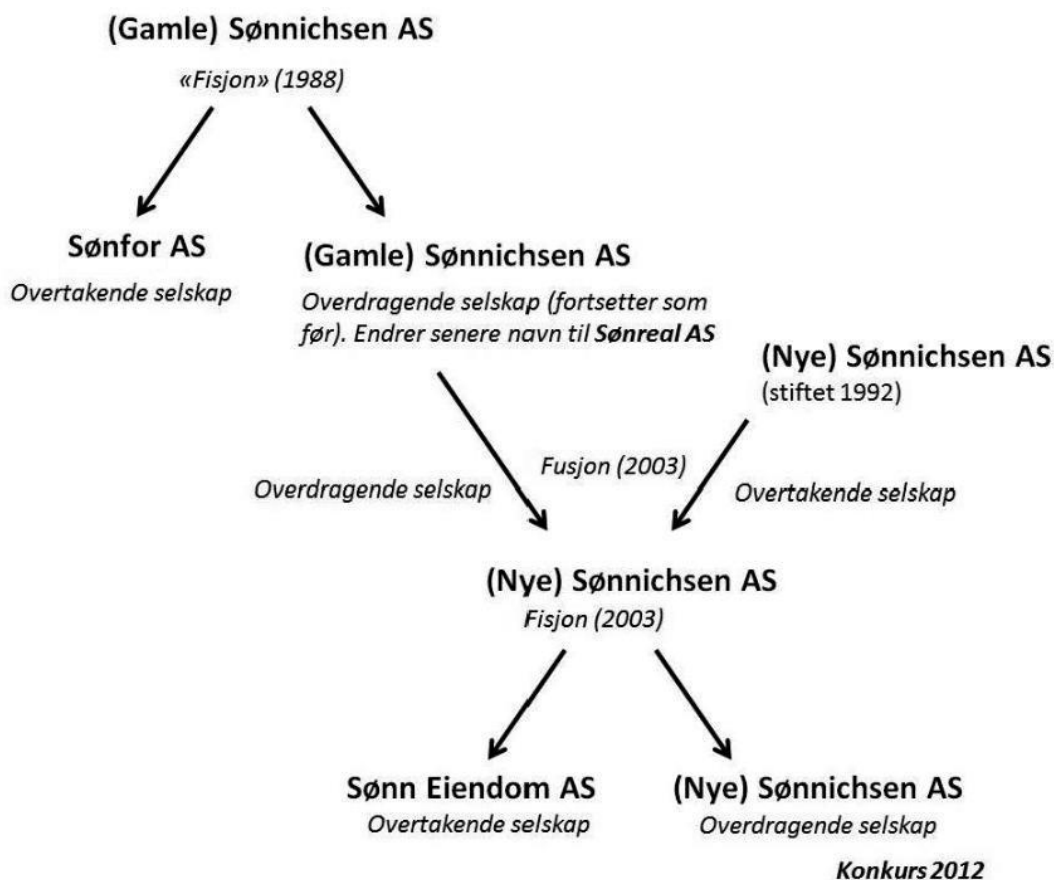
¹⁶³ Tilsvarende terminologi Marthinussen 2017, se s. 69.

¹⁶⁴ Falkanger/Falkanger 2016 s. 583.

¹⁶⁵ HR-2017-33-A avsn. 34. En selskapsdeling uten å følge særlige fisjonsregler spesifiseres i det følgende ved bruk av hermetegn.

Eiendomsoverføringene ved fusjon og fisjon var ikke tinglyst. Heller ikke den senere overdragelsen til Forusstranda var tinglyst. Grunnbokshjemmelen til eiendommene lå derfor hos Gamle Sønnichsen, og etter fusjonen hos Nye Sønnichsen. Ved konkursen i Nye Sønnichsen, satt derfor konkursdebitor Nye Sønnichsen med grunnbokshjemmelen til eiendommene. Dette var utgangspunktet for at Sønnichsen AS sitt konkursbo mente at det var grunnlag for kreditorekstinksjon i medhold av tinglysingsloven § 23.

Saksforholdet i dommen er illustrert slik av Marthinussen:¹⁶⁶



Figur 5: Illustrasjon av saksforholdet i Forusstranda dommen.

For spørsmålet om kontinuitetsprinsippet rekkevidde ved kreditorbeslag er det to deler av Høyesteretts dom som er av betydning. Det første er Høyesteretts behandling av spørsmålet om fisjon er en "rett stiftet ved avtale" etter tingl. § 23.¹⁶⁷ Kontinuitetsprinsippet er ikke nevnt

¹⁶⁶ Marthinussen 2017 s. 70.

¹⁶⁷ HR-2017-33-A avsn. 33-44.

i denne sammenheng, Det er derfor primært Høyesteretts taushet som er interessant på dette punktet. Fisjon behandles i punkt 6.3.

Den andre delen av interesse er Høyesteretts uttalelser om fusjon. Der anvendes kontinuitetsprinsippet som grunnlag for at Nye Sønnichsen kunne overta grunnbokshjemmelen til eiendommene.¹⁶⁸ Fordi det er her Høyesterett uttaler seg eksplisitt om kontinuitetsprinsippet, behandles dette først.

6.2 Kontinuitet ved fusjon

Høyesteretts uttalelser om kontinuitetsprinsippet ved fusjon var foranlediget av en subsidiær anførsel fra Forusstranda. Den subsidiære anførselen forutsatte at konkursboet hadde adgang til å beslaglegge eiendeler overført ved «fisjonen» i 1988.¹⁶⁹ Dette var kun aktuelt for eiendommene som hadde vært fisjonert ut i 1988 til Sønfor («Sønfor-eiendommene»).

Sønfor-eiendommene var fisjonert ut lenge før Gamle Sønnichsen fusjonerte med Nye Sønnichsen i 2003. Gamle Sønnichsen satt imidlertid fortsatt med grunnbokshjemmelen til eiendommene. Denne grunnbokshjemmelen fikk dermed Nye Sønnichsen «med på lasset» da Gamle- og Nye Sønnichsen fusjonerte. Resultatet var at Nye Sønnichsen overtok grunnbokshjemmelen til eiendommer de aldri hadde eid.

Høyesterett innledet med å sammenligne med situasjonen før fusjonen. Før fusjonen ville Gamle Sønnichsens konkursbo ekstingvert eiendomsrett etter tinglysingsloven § 23, siden Sønfor utledet sin rett fra Gamle Sønnichsen.¹⁷⁰ Høyesterett sammenlignet videre med situasjonen dersom Gamle Sønnichsen hadde vært det overtakende selskapet ved fusjonen istedenfor Nye Sønnichsen. Som overtakende selskap ville Gamle Sønnichsen bestått uendret, og dermed kunne konkursboet også ekstingvert retten til Sønfor-eiendommene i en slik situasjon.¹⁷¹ Begge tilfellene ville vært ordinære dobbeltsuksjonskonflikter hvor konkursboet vinner frem.

Sammenligningene brukte Høyesterett som utgangspunkt for å si at det «i denne sammenheng [ikke] kan ha betydning for det fusjonerte selskapets rettsstilling hvilket av de

¹⁶⁸ *Ibid.* avsn. 45-48.

¹⁶⁹ *Ibid.* avsn. 19-20.

¹⁷⁰ *Ibid.* avsn. 46.

¹⁷¹ *Ibid.*

to selskapene som var overtakende selskap ved fusjonen».¹⁷² Høyesterett anvendte her et sammensmeltingssynspunkt, hvor det sentrale er at Gamle Sønnichsen anses å fortsette som en del av Nye Sønnichsen.¹⁷³ Som forankring for dette sammensmeltingssynspunktet viste Høyesterett til aksjeloven § 13-2. Kontinuitetsprinsippet er nettopp utslag av et slikt sammensmeltingssynspunkt.¹⁷⁴

Det Høyesterett påfallende nok ikke sammenlignet med er situasjonen dersom Gamle Sønnichsen hadde overdratt eller solgt innmaten sin til Nye Sønnichsen. Dette ville vært situasjonen dersom man tok utgangspunkt i at det ikke forelå kontinuitet. Høyesterett synes derfor å være av den oppfatning at kontinuitetsprinsippet skal gis anvendelse på tinglysningsloven § 23, og at de selskapsrettslige formalitetene ikke er av betydning ved fusjon. Høyesterett argumenterte her i samsvar med et substansielt syn på kontinuitetsprinsippet, se punkt 3.2.

Med dette som utgangspunkt avsluttet Høyesterett med å uttale at:

«Foranlediget av anførslene fra Forusstranda Næringspark AS bemerker jeg at jeg ikke kan se at min forståelse av anvendelsen av tinglysningsloven § 23 ved *fusjon* gir noen grunn til ikke å legge et kontinuitetsprinsipp til grunn ved det spørsmålet som her foreligger knyttet til *fusjon*.»¹⁷⁵ (Høyesteretts utheving)

Det er altså ikke tvilsomt at kontinuitetsprinsippet er begrunnelsen for Høyesteretts standpunkt. Dette innebærer at man kan konkludere med at kontinuitetsprinsippet er relevant ved tolkningen av kreditorbeslagshjemlene i tinglysningsloven.

Det neste spørsmålet er hvilken rekkevidde og gjennomslagskraft prinsippet har ved tolkningen av kreditorbeslagshjemlene i tinglysningsloven. Her gir dommen færre klare føringer, noe behandling av *fusjon* vil illustrere.

¹⁷² *Ibid.* avsn. 47.

¹⁷³ Marthinussen 2017 s. 87.

¹⁷⁴ Se pkt. 3.2.

¹⁷⁵ HR-2017-33-A avsn. 48.

6.3 Ikke kontinuitet ved fisjon?

6.3.1 Problemformulering, konklusjon og drøftelse

En betydelig del av Forusstranda-dommen handlet om anvendelsen av tinglysningsloven § 23 på eiendomsoverføringer ved fisjon. I dommen ble «fisjonen» til Sønfor i 1988 og fisjonen til Sønn Eiendom i 2003 behandlet samlet, selv om kun sistnevnte kunne gjennomføres etter fisyonsregler med kontinuitet.¹⁷⁶

Høyesterett innledet med følgende problemstillingen:

«Spørsmålet i denne saken er om kravet om tinglysing i tinglysningsloven § 23 gjelder når eiendomsrett til fast eiendom er overført til et nytt rettssubjekt gjennom en selskapsrettslig fisjon. Konkret er det spørsmål om overføring ved fisjon omfattes av lovens begrep 'rett som er stiftet ved avtale'.»¹⁷⁷

Det var også denne problemformuleringen som dannet utgangspunktet for Høyesteretts konklusjon:

«Jeg er etter dette kommet til at overføring ved fisjon omfattes av begrepet 'rett som er stiftet ved avtale' i tinglysningsloven § 23 første ledd første punktum.»¹⁷⁸

Slik Høyesterett har formulert sin problemstilling og konklusjon omfatter den både at fisjon er en «avtale» og en «rett som er stiftet» etter tinglysningsloven § 23.

Høyesterett drøftet imidlertid kun spørsmålet om fisjon er en «avtale». ¹⁷⁹ Dette spørsmålet kom opp fordi fisjonen var basert på en ensidig beslutning fra overdragende selskaps side. Høyesterett måtte derfor ta stilling til om «avtale» i tinglysningsloven § 23 stilte krav til at disposisjonen hadde flere parter.

Hvorvidt en fisjon er en rettsstiftelse er ikke berørt i dommen. Hverken kontinuitetsprinsippet, rundskrivene eller juridisk teori om rettsvern ved fusjon og fisjon er nevnt.

¹⁷⁶ *Ibid.* avsn 34.

¹⁷⁷ *Ibid.* avsn 33.

¹⁷⁸ *Ibid.* avsn. 44.

¹⁷⁹ *Ibid.* avsn. 36-43.

6.3.2 Tolkning av tause premisser

Høyesteretts taushet gir grunnlag for ulike tolkningsalternativer. Nettopp det forhold at Høyesterett ikke har sagt noe gjør at det er betydelig usikkerhet om hva som egentlig har vært ment. I det følgende vil de mest plausible tolkningsalternativene gjennomgås for å vurdere om ett av de fremstår som mer troverdig enn de øvrige.

Overordnet er det minst to måter å tolke denne tausheten på. *Det første alternativet* er at Høyesterett mente at en fisjon klart er en rettsstiftelse.¹⁸⁰ Det forutsetter antagelig at Høyesterett så konklusjonen som så uproblematisk at det ikke var nødvendig å behandle spørsmålet eksplisitt. Det andre alternativet er å forstå Høyesteretts premisser i retning av at man ikke har sett problemstillingen. Dette kan for eksempel skyldes svakheter ved partenes prosedyrer eller mangler ved utredningsarbeidet.

Antar man – i tråd med det første alternativet – at Høyesterett har sett og vurdert problemstillingen, finnes det likevel flere måter å forklare Høyesteretts konklusjon om at fisjon er en rettsstiftelse. Standpunktet kan enten bygge på at kontinuitetsprinsippet ikke er relevant for spørsmålet, eller at det er relevant, men likevel ikke fører til en annen løsning.

At kontinuitetsprinsippet ikke er relevant kan kanskje begrunnes med at kontinuitetsprinsippet har en annen og kortere forankring ved fisjon enn ved fusjon. Dette kan tenkes å fungere som grunnlag for en sontring mellom kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon. Anerkjennelsen av kontinuitetsprinsippet ved fusjon gjør imidlertid at denne argumentasjonsrekken er lite overbevisende.

Høyesterett kan også ha vurdert det slik at kontinuitetsprinsippet var prinsipielt anvendelig for tolkningen av tinglysingsloven, men at konkrete forskjeller mellom fusjon og fisjon ga grunnlag for ulik gjennomslagskraft. Høyesterett kan for eksempel ha vurdert kreditorviksfarens som større ved fisjon enn fusjon, med den følge at det likevel må stilles krav til tinglysing. Høyesteretts uttalelser om graden av notoritet ved fisjon kan kanskje tas til inntekt for et slikt syn, selv om det er en nok å trekke uttalelsen lengre enn den egentlig var tiltenkt.¹⁸¹

¹⁸⁰ Marthinussen 2017 s. 80.

¹⁸¹ HR-2017-33-A avsn. 42-43.

Det andre alternativet er at Høyesterett ikke har sett problemstillingen. Det faktum at Høyesterett eksplisitt behandler kontinuitetsprinsippet ved fusjon gjør imidlertid at dette alternativet fremstår noe usannsynlig.¹⁸² Samtidig gir dommens gjengivelse av partenes anførsler ingen holdepunkter på at kontinuitetsproblemstillingen slik den er behandlet i denne oppgaven er anført for Høyesterett. Basert på anførslene synes kontinuitetsprinsippet kun å ha vært fremhevet særskilt i forbindelse med den subsidiære anførselen om fusjon. Forusstranda Næringsparks argument var her at dersom fisjon ikke er basert på kontinuitet, kan heller ikke fusjon være det.¹⁸³ Det er ingen indikasjoner på at kontinuitet ved fisjon har blitt anført som grunnlag for tolkningen av rettsstiftelse i tinglysingsloven §§ 20 og 23. Ved fisjon anvendes kontinuitetsprinsippet kun som et støtteargument for at fisjon ikke er en «avtale» etter tinglysingsloven § 23.¹⁸⁴ Sett i sammenheng med det enkle faktum at det ville vært svært naturlig for Høyesterett å kommentere kontinuitetsproblemstillingen dersom man ønsket å fravike den etablerte rettsoppfatningen, kan dette gi noen holdepunkter for at Høyesterett ikke har sett problemstillingen.¹⁸⁵

Ingen av tolkningsalternativene fremstår særlig mer overbevisende enn de øvrige. Det er dermed lite hensiktsmessig å spekulere i hvilket av tolkningsalternativene som er uttrykk for Høyesteretts oppfatning.

Poenget er primært å illustrere hvilken usikkerhet Forusstranda-dommen etterlater. Dette må være et underliggende premiss når man skal trekke slutninger fra dommen om anvendelsen av kontinuitetsprinsippet ved fisjon. Dersom man med rimelig grad av sikkerhet hadde kunnet tolke seg frem til Høyesteretts oppfatning, hadde det også vært nærliggende å legge denne til grunn. Uklarheten gjør imidlertid at det eneste forsvarlige alternativet er å konkludere med at dommen ikke gir grunnlag for å trekke slutninger om tolkningen av rettsstiftelse i tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Et moment som underbygger at man ikke kan trekke slutninger fra Høyesteretts taushet, er at tause premisser samsvarer dårlig med utformingen av moderne prejudikater. Utviklingen har tydelig gått i retning av lengre og mer omfattende domspremisser.¹⁸⁶ I særlig grad kan dette sies å gjelde der standpunktene står på kant med det øvrige rettskildematerialet. Tidligere

¹⁸² *Ibid.* avsn. 48.

¹⁸³ *Ibid.* avsn. 20.

¹⁸⁴ *Ibid.* avsn. 15.

¹⁸⁵ Sml. Marthinussen 2017 s. 95.

¹⁸⁶ Falkanger 2015 s. 215 flg.

høyesterettsjustitiarius Carsten Smith har for eksempel uttrykt at «[b]ehovet for begrunnelse øker imidlertid der Høyesterett foretar en endring – liten eller stor – av den rettslige situasjonen.»¹⁸⁷ Også Høyesteretts styrende formål om rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling vil gi betydelig motstand mot slike slutninger.¹⁸⁸ Som illustrert ovenfor, gir taushet gode vekstforhold for hypoteser og spekulasjon, og tilsvarende dårlige rammebetingelser for å oppnå Høyesteretts målsetninger.

Konsekvensen er at spørsmålet må løses med grunnlag i det øvrige rettskildematerialet. Som også Marthinussen har uttrykt, er det dristig å trekke en konklusjon som står i strid med resultatet i Høyesteretts dom.¹⁸⁹ Etter min oppfatning er det imidlertid ingen annen forsvarlig måte å tolke premissene i Forusstranda-dommen. I valget mellom en usikker og hypotetisk løsning i samsvar med resultatet i dommen, og en forutsigbar og praktisert løsning i strid med den, er det etter min oppfatning klart riktigst å velge den siste. Dette gjelder i særlig grad siden det her dreier seg om rettsvernspørsmål hvor forutberegnelighet for partene er helt sentralt.

¹⁸⁷ Smith 2012 s.101

¹⁸⁸ Se eks. Bårdsen 2016 s.268 og s. 272 flg.

¹⁸⁹ Marthinussen 2017 s. 95.

7 Avslutning

De lege lata gir Forusstranda-dommen enkelte svar. Det er ikke lenger tvil om at eiendommer kan overføres ved fusjon med kontinuitet. Overføring av eiendom ved fusjon utgjør altså ikke en rettsstiftelse etter tinglysingsloven §§ 20 og 23.

Tolkningen av tinglysingsloven §§ 20 og 23 ved fisjon er derimot svært usikker. Hvis Forusstranda-dommen tas på ordet, er det krevende å komme unna resultatet, som var at konkursboet fikk rett til å ta beslag i eiendommene overført ved fisjon. Samtidig er hullene i premissene og uoverensstemmelsene med fusjonsdrøftelsen så store at det er vanskelig å vite hva som ligger til grunn for resultatet. I bunn og grunn er det uklart hva Høyesterett tok stilling til. Det gjør det tilsvarende problematisk å anvende dommen som prejudikat.

I det øvrige rettskildematerialet er det også mange uklare kildebidrag. Hverken ordlyden i tinglysingsloven, kontinuitetsprinsippet eller aksjeloven § 13-17 gir klare føringer. Samtidig er det grunn til å understreke at disse kildene heller ikke gir særlige holdepunkter for at tinglysingsloven §§ 20 og 23 skal tolkes ulikt ved fusjon og fisjon.

To forhold stikker seg likevel klart frem: Det første er at kreditorviksfare ved fisjon er tilnærmet ikke-eksisterende. Kreditorvern hensyn tilsier derfor ikke at det er nødvendig med et tinglyskrav. Det andre er at de som har unnlatt å tinglyse eiendomsoverføringer ved fisjon, har en sterkt beskyttelsesverdig forventning om at det ikke var nødvendig å tinglyse. Etter min oppfatning må dette bli avgjørende så lenge Høyesterett har uttrykt seg så uklart. Konklusjonen er derfor at fast eiendom overført ved fisjon har rettsvern mot kreditorbeslag uten tinglysing.

Konklusjonen *de lege ferenda* er mindre problematisk. Overføringene ved fisjon har vært basert på en offentlig kjent og vel innarbeidet praksis uten notoritetsproblemer. Kreditorne har derfor ingen berettigede forventninger om dekning i eiendommer overført ved fisjon. Da er det grunn til å holde fast ved utgangspunktet i dekningsloven § 2-2 om at det er skyldnerens *egne* eiendeler som skal gå til dekning for kreditorenes krav.

Kilderegister

Litteratur

- Aamelfot m.fl. 2015 Aamelfot, Torill Hasle, Stig Inge Bjørken, Sylvi Bjørnslett, Kirsten Lucie Jacobsen, Elin Sætre Løfsgaard, Odd Erik Johansen og Gunlaug Nordheim Wilter, *Fusjon og fisjon: skatt, regnskap, selskapsrett*, 2. utg. 2015.
- Aarbakke 1987 Aarbakke, Magnus, «Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål», *Jussens Venner*, 1987 s 153-192.
- Aarbakke m.fl. 2012 Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentaarutgave*, 3. utgave, 2012.
- Andenæs 2009 Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg. 2009.
- Andenæs 2016 Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utg. ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, 2016.
- Augdahl 1959 Augdahl, Per, *Aksjeselskapet efter norsk rett*, 3. utg. 1959.
- Austenå 1990 Harbek, Ole Fingalf, Erik Solem og Torgeir Austenå, *Lov om tinglysing: med kommentarer*, 9. utg. ved Torgeir Austenå, 1990.
- Berg/Bråthen-
Otterbech 2009 Berg, Borgar Høgetveit og Stein Bråthen-Otterbech, *Tinglysing: Lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer*, 2009
- Bergsåker 2015 Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utg. 2015.
- Brækhus 1998 Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4: Omsetningskollisjoner I og II*, 1998.

- Brækhus 2005 Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2; Pant og annen realsikkerhet*, 3. utg. ved Borgar Høgetveit Berg, 2005.
- Brækhus 2010 Brækhus, Sjur, *Innledning til omsetning og kreditt*, 7. utg. ved Borgar Høgetveit Berg, (https://wiki.uio.no/jus/tredjemannsvern/images/4/49/Innledning_til_Omsetning_og_kreditt.pdf), 2010.
- Brækhus/Hærem 1964 Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, 1964.
- Bårdsen 2016 Bårdsen, Arnfinn, «De nordiske høyesterettene som prejudikatsdomstoler – et perspektiv fra Norges Høyesterett» i *Lov og Rett* 2016 s. 259-282.
- Falkanger 1990 Falkanger, Thor, «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler» I: *...den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Nils Christie m.fl. (red.) 1990, s. 485-491.
- Falkanger 2015 Falkanger, Aage Thor, «Høyesteretts vota» I: *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Thore Schei og Toril M. Øie (red.), 2015 s. 180-221.
- Falkanger/Falkanger 2016 Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg. 2016.
- Farstad 2011 Farstad, Ole-Jacob, «Rett stiftet ved avtale?: Omfatter tinglysingsloven § 23 fusjoner og fisjoner?», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2011 s. 80-117.
- Giertsen 1999 Giertsen, Johan, *Fusjon og fisjon*, 1999.
- Langseth 2014 Langseth, Erik, «Gir kjøp av hjemmelselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2014 s. 83-91.
- Liland 2016 Liland, Anders H., *Fusjon og fisjon av selskaper*, 2016.

- Lilleholt 1996 Lilleholt, Kåre, «Legitimasjon, publisitet og notoritet», *Jussens Venner*, 1996 s. 69-97.
- Lilleholt 1999 Lilleholt, Kåre. *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utg. 1999.
- Lilleholt 2000 Lilleholt, Kåre, «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner*, 2000 s. 49-60.
- Lilleholt 2012 Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuerett: fleire rettar til same formuesgode*, 2012.
- Marthinussen 2016 Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 2016.
- Marthinussen 2017 Marthinussen, Hans Fredrik, «‘Forusstranda’: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernhevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner*, 2017 s. 67-97.
- Marthinussen/
Aarbakke 1986 Marthinussen, Hans Fredrik og Magnus Aarbakke, *Aksjeloven med kommentarer*, 1986.
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. 2004.
- Røsæg 2010 Røsæg, Erik, «Fire kjeterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» I: *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), 2010, s. 253-265.
- Skåre/Knudsen 1987 Skåre, Jan og Gudmund Knudsen, *Lov om aksjeselskaper med kommentarer*, 3. utg. 1987.
- Smith 2012 Smith, Carsten, *Dommersyn utenfor dommen*, 2012.
- Sæbø 2003 Sæbø, Rune. *Motregning*, 2003.

- Tande 2011 Tande, Knut Martin, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011 s. 1-36.
- Tinglysingsavgjørelser 1955-78 Justisdepartementet, *Tinglysingsavgjørelser: 1955-78*, Oslo, 1979.

Lover og forskrifter:

- Aksjeloven 1910 Lov 19. juli 1910 nr. 1 aksjeloven.
- Aksjeloven 1976 Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.
- Asal. Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
- Asl. Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
- Brl. Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova).
- Deknl. Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- Finansforetaksloven Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven).
- Fregl. Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven).
- Luftl. Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven).
- Patl. Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven).

Samvirkelova Lov 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak (samvirkelova).

Tingl. Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven).

Vedtak om Stortingsvedtak om særavgifter til statskassen for budsjettåret
særavgifter, 2016 2016.

Forarbeider:

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) Om lov om tinglysing.

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

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om
allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) Om lov om samvirkeforetak (samvirkelova).

Prop. 53 L (2013-2014) Endringer i tinglysingsloven mv. (elektronisk tinglysing).

Dommer:

Rt-1935-981 (Bygland).

Rt-1966-857 (Smågris).

Rt-1995-1181 (Norblast).

Rt-1997-1050 (Momentum).

Rt-1998-268 (Cruise Charter).

Rt-2002-1484.

Rt-2008-586 (Fagutleie).

Rt-2008-969 (Marine Harvest).

Rt-2008-1160.

Rt-2010-918.

Rt-2015-979.

HR-2017-33-A (Forusstranda).

TOSLO-2010-6909 (Trondheimsveien).

EU-/EØS-kilder

Sjette rådsdirektiv 82/891/EØF av 17. desember 1982 med hjemmel i traktatens artikkel 54 paragraf 3 bokstav g) om deling av åpne aksjeselskaper (fusjonsdirektivet).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/35/EU av 5. april 2011 om fusjon av aksjeselskaper (kodifisering) (fusjonsdirektivet).

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2017/1132 av 14. juni 2017 om visse aspekter i selskapsretten (kodifisering) (generelt selskapsrettsdirektiv).

Diverse:

Justisdepartementets lovavdeling, uttalelse JDLOV-1985-2879, 21. februar 1986.

Justisdepartementets rundskriv G-1990-37 (Uten tittel).

Justisdepartementets rundskriv G-2005-6 Den tinglysmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning.

Kartverket, *Navneendring, fusjon og fisjon*, <https://www.kartverket.no/eiendom/tinglyse-eierskifte/navneendring/> (sist besøkt 20.11.2017).

Kartverket, *Rundskriv for tinglysing*, ajourført per 7. november 2017,

<https://www.kartverket.no/globalassets/tinglysing/rundskrivet/rundskriv-for-tinglysingen-171107v2.pdf> (sist besøkt 28.11.2017).

Figurer

Figur 1: Fusjon uten kontinuitet, s. 6.

Figur 2: Fusjon med kontinuitet, s. 7.

Figur 3: Fisjon uten kontinuitet, s. 8.

Figur 4: Fisjon med kontinuitet, s. 8.

Figur 5: Illustrasjon av saksforholdet i Forusstranda-dommen, s. 48. Hentet fra Marthinussen, Hans Fredrik, «'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernhevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner*, 2017 s. 67-97, s. 70.