

# Overdragelse av kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser ved fusjon

*Medkontrahtenters vern i forbindelse med  
overdragelse av kontrakter ved fusjon*

Kandidatnummer: 57

Antall ord: 13953



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021



## Innholdsfortegnelse

<b>1. INNLEDNING</b> .....	<b>5</b>
1.1. EMNET FOR FREMSTILLINGEN OG RETTSLIG PLASSERING AV EMNET .....	5
1.2. AVGRENSNINGER OG PRESISERINGER .....	9
1.3. METODE, RETTSKILDER OG Rt. 2010 s. 918 (REC-KJENNELSEN).....	10
1.3.1. <i>Metode og rettskilder</i> .....	10
1.3.2. <i>Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)</i> .....	12
1.4. VIDERE FREMSTILLING AV EMNET OG PROBLEMSTILLINGENE.....	14
<b>2. FUSJON</b> .....	<b>16</b>
2.1. FUSJONSINSTITUTTET .....	16
2.2. FUSJONSBEGREPET .....	18
2.3. DET SELSKAPSRETTSLIGE KONTINUITETSPRINSIPPET .....	20
<b>3. AKSJELOVENS LOVFESTEDE KREDITORVERN. HVILKE MEDKONTRAHENTER OMFATTES?</b> .....	<b>22</b>
3.1. KREDITORBESTEMMELSENE I AKSJELOVEN §§ 13-14 OG 13-15.....	22
3.2. PROBLEMET .....	23
3.3. REALKREDITORS STILLING. EN GJENNOMGANG AV RETTSKILDENE .....	24
3.3.1. <i>Aksjelovens ordlyd</i> .....	24
3.3.2. <i>Lovforarbeidene</i> .....	26
3.3.3. <i>Reelle hensyn</i> .....	27
3.3.4. <i>Oppsummering og konklusjon i et metodisk perspektiv</i> .....	28
<b>4. KONTRAKTSFESTET VERN: BEGRENSNINGER I ADGANGEN TIL OVERDRAGELSE AV KONTRAKTEN</b> .....	<b>31</b>
4.1. UTGANGSPUNKTET ETTER AKSJELOVEN § 13-2 FØRSTE LEDD, JF. § 13-16 FØRSTE LEDD NR. 3 .....	31
4.2. ALMINNELIGE UTGANGSPUNKTER FOR KONTRAKTSTOLKNING .....	32
4.2.1. <i>Generelle utgangspunkter</i> .....	32
4.2.2. <i>Kontraktstolkningen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)</i> .....	33
4.3. ULIKE VARIANTER AV KONTRAKTSFESTEDE BEGRENSNINGER I OVERDRAGELSESDAGANGEN .....	34
4.3.1. <i>Uttrykkelig forbud mot overdragelse ved fusjon</i> .....	34
4.3.2. <i>Forbud mot overdragelse uten at fusjon uttrykkelig nevnes</i> .....	35
4.3.3. <i>Forbud mot overdragelse uten medkontrahentens forutgående samtykke</i> .....	37
<b>5. KONTRAKTEN ER OVERDRATT I STRID MED ET KONTRAKTSFESTET OVERDRAGELSESFORBUD. HVILKE RETTSVIRKNINGER INNTRER?</b> .....	<b>39</b>
5.1. INNLEDNING: PROBLEMET .....	39
5.2. DE ALTERNATIVE RETTSVIRKNINGENE .....	40
5.2.1. <i>Det overtakende selskapets rettigheter etter kontrakten bortfaller</i> .....	40
5.2.2. <i>Kontraktrettens misligholdsinstitutt</i> .....	41
<b>6. ET OVERDRAGELSESFORBUD ER IKKE KONTRAKTSFESTET: DEN ULOVFESTEDE LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER SOM HEVINGSGRUNNLAG</b> .....	<b>45</b>
6.1. INNLEDNING: PRESENTASJON AV FORUTSETNINGSLÆREN .....	45
6.2. DE ULIKE VILKÅRENE .....	46
6.2.1. <i>Kausal forutsetning</i> .....	46
6.2.2. <i>Synbar forutsetning</i> .....	47
6.2.3. <i>Vesentlig forutsetningsbrist</i> .....	47
6.2.4. <i>Relevant forutsetning</i> .....	48
<b>7. OPPSUMMERING OG AVSLUTNING: FOKUS PÅ GJENSIDIG BEBYRDENDE KONTRAKTER</b> .....	<b>50</b>
<b>LITTERATURLISTE</b> .....	<b>55</b>



# 1. Innledning

## 1.1. Emnet for fremstillingen og rettslig plassering av emnet

Det overordnede emnet for denne fremstillingen er overdragelse av kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser ved fusjon etter lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven). Hovedproblemstillingen som skal behandles i fremstillingen er hvilken rettsstilling og hvilket vern det overdragende selskapets medkontraahenter har i forbindelse med overdragelse av kontrakten ved fusjon.

Av aksjeloven § 13-2 første ledd fremgår det at en aksjeselskapsrettslig fusjon foreligger i de tilfeller der et eller flere selskap(er) skal sammenslås med et annet selskap. Et selskap overtar de(t) andre selskap(ene)s eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet. Partene i en fusjonsprosess er det eller de overdragende selskap(ene) og det overtakende selskap. Det er ingen begrensninger knyttet til hvor mange selskap som kan være på overdragessiden i en fusjon, til tross for at aksjelovens ordlyd anvender entallsform («et selskap»), men på overtakessiden kan det kun være ett selskap.<sup>1</sup>

Ved en fusjon skjer det med andre ord en forskyvning av eierskapet til eiendeler, retten til rettigheter og ansvaret for forpliktelser. Et eller flere selskap(er)s formueskompleks overdras til og overtas av et annet selskap. Etter alminnelige formuerettslige regler kan en kreditor fritt overdra sitt krav mot skyldneren til en ny kreditor, uten at det gjelder et krav om skyldnerens samtykke forut for overdragelsen.<sup>2</sup> For overdragelse av forpliktelser er hovedregelen etter alminnelige formuerettslige regler den motsatte. For at skyldneren skal kunne overdra sin forpliktelse til en ny skyldner, kreves som hovedregel at kreditoren for forpliktelsen samtykker til overdragelsen.<sup>3</sup>

Aksjelovgivningens fusjonsregler i lovens kapittel 13 utgjør dermed et unntak fra den alminnelige formuerettens hovedregel om overdragelse av forpliktelser. Etter

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 210.

<sup>2</sup> Rt. 2008 s. 385 avsnitt 61. Se også Bergsåker (2017) s. 85.

<sup>3</sup> Rt. 2008 s. 969 avsnitt 26. Se også Bergsåker (2017) s. 121.

aksjelovgivningen er hovedregelen at de(t) overdragende selskap(ene)s tredjemenn, herunder kontraktsmessige medkontrahenter, må respektere at deres krav blir overdratt til det overtakende selskapet ved fusjon. Bakgrunnen for og hensynene som begrunner aksjelovgivningens unntak vil redegjøres nærmere for under punkt 2 nedenfor.

Fusjonsreglene i aksjeloven kapittel 13 oppstiller en rekke preseptoriske bestemmelser. Vilkårene i disse bestemmelsene må følges for at fusjonen skal kunne tre i kraft med hjemmel i aksjeloven, med den virkning at overdragelsen er å anse som en aksjeselskapsrettslig fusjon. I de neste avsnittene skal gangen i en fusjonsprosess kort presenteres.

En fusjonsprosess starter med at det foreligger en gjensidig interesse hos de involverte selskapene i at det skjer en restrukturering/omstrukturering av virksomhetene, som oftest økonomisk motivert. Det oppstår dermed mer eller mindre uformelle forhandlinger mellom selskaperes representanter, herunder styrene i selskapene. Internt i hvert selskap må det avgjøres hvorvidt en fusjon faktisk skal gjennomføres. Av aksjeloven § 13-3 første ledd fremgår det at styrene i selskapene «skal» utarbeide en felles fusjonsplan. Av ordlyden «skal» kan det utledes at fusjonsplanen er et preseptorisk krav. Videre følger det av aksjeloven § 13-3 andre ledd at en fusjonsbeslutning kan treffes av generalforsamlingen i det enkelte selskap, med flertall som ved vedtektsendring.<sup>4</sup> Ved flertall for fusjonsbeslutning i generalforsamlingen, godkjennes fusjonsplanen som styrene har utarbeidet i fellesskap og signert.

Deretter vil fusjonsplanen utgjøre en fusjonskontrakt mellom selskapene.<sup>5</sup> I kraft av fusjonskontrakten overdras de(t) overdragende selskap(ene)s formueskompleks ved fusjonens ikrafttredelse til det overtakende selskapet, jf. aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 3. Fusjonsplanen utarbeides og fusjonsbeslutningen treffes uten påvirkning fra de fusjonerende selskaperes tredjemenn. Likevel blir selskaperes tredjemenn og deres rettsstilling påvirket som en konsekvens av fusjonsdisposisjonen. Ved at medkontrahentens kontrakt er overdratt til det overtakende selskapet i kraft av fusjonskontrakten, kan medkontrahentene bygge rett på fusjonskontrakten i form av at medkontrahentene etter fusjonens ikrafttredelse er berettiget til

---

<sup>4</sup> Aksjeloven § 5-18 første ledd andre punktum bestemmer at beslutning om vedtektsendring kan treffes ved tilslutning fra «minst to tredeler» av de avgitte stemmene eller den aksjekapitalen som er representert på generalforsamlingen.

<sup>5</sup> Giertsen (1999) s. 155.

å forholde seg til det overtakende selskapet som kontraktmotpart. Fusjonskontrakten er derfor å anse som en tredjemannsavtale.<sup>6</sup>

På bakgrunn av at en fusjon er en disposisjonstype der selskapenes tredjemenn og deres interesser blir berørt i betydelig grad, oppstår det spørsmål om hvilken beskyttelse disse tredjemennene har i forbindelse med fusjonsprosessen.<sup>7</sup>

Det kan være flere årsaker til at det overdragende selskapets medkontrahent har et behov for vern i forbindelse med fusjonsprosessen. Et scenario kan være at medkontrahenten ikke ønsker at deres kontrakt skal overdras til det overtakende selskapet ved fusjonen. Eksempelvis har selskap A, som er det overtakende selskapet, tidligere vært involvert i en sak hvor det ble anklaget for miljøskadelig aktivitet. Selskap B, som er det overdragende selskapet, ser imidlertid at en sammenslåing med selskap A vil være gunstig i et økonomisk og konkurransemessig perspektiv. Sammenslåingen vil være i tråd med det aksjeselskapsrettslige vinningsformålet, som er et sentralt hensyn i aksjelovgivningen.<sup>8</sup> Selskapene vil bli mer økonomisk slagkraftige og konkurransedyktige som en samlet enhet etter fusjonen, noe som vil tilføre aksjeeierne høyere økonomisk vinning. Selskap Bs medkontrahent, som har et høyt fokus på miljøvern, frykter at deres omdømme skal svekkes dersom de gjennom overdragelsen av kontrakten vil assosieres med selskap A. Medkontrahenten frykter også at dette kan føre til økonomisk tap for dem. Spørsmålet er da hvilke alternativer medkontrahenten har til å forhindre at kontrakten overdras.

Et annet moment som kan ha betydning ved overdragelse av kontrakter ved fusjon er prinsippet om kontraktsfrihet,<sup>9</sup> som kan hevdes å forringes ved fusjon. Prinsippet om kontraktsfrihet innebærer at enhver har selvautonomi i relasjon til om man ønsker å inngå en kontrakt, hva innholdet i en eventuell kontrakt skal være og hvem man ønsker å inngå en eventuell kontrakt med. Når man inngår en kontrakt på frivillig basis, skjer dette på grunnlag av flere vurderinger. En viktig vurdering er valg av medkontrahent, som kan velges nettopp fordi man har et spesielt forhold til han. Ved en fusjon skjer det et tvungent bytte av kontraktmotpart, og dermed kan viktige faktorer som begrunnet at kontraktsforholdet i det

---

<sup>6</sup> Giertsen (1999) s. 155. Se også Bergsåker (2017) s. 121-122.

<sup>7</sup> Giertsen (1998) s. 799.

<sup>8</sup> Bråthen (2019) s. 70.

<sup>9</sup> Prinsippet er forutsatt i Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687, NL 5-1-2. Se også Giertsen (2014) s. 6.

hele tatt ble inngått, bortfalle. Det kan da anses rimelig at medkontrahenten ikke ønsker at kontrakten skal overdras ved fusjon.

Det kan stilles spørsmål ved om slike situasjoner som er beskrevet i de foregående avsnittene forekommer ofte i det praktiske liv. Som regel vil nok problemer i forbindelse med fusjonen løses utenomrettslig ved forhandlinger mellom de tvistende partene. Videre skjer mange fusjoner mellom selskaper som har samme eier, typisk at to datterselskap fusjoneres. Da vil skifte av kontraktsmotpart som regel virke mindre inngripende for medkontrahenten, fordi det er de samme aksjeeierne som er på eiersiden i de fusjonerende selskapene.

Likevel er det norske næringslivet i stadig vekst, og det må antas at stadig flere fusjoner vil foretas. Dessuten kan det også ved fusjoner mellom selskap som har samme eiere oppstå tvist mellom de fusjonerende selskapene og medkontrahenter, noe saken i Rt. 2010 s. 918 (RECKjennelsen) er et eksempel på. Spørsmålet om medkontrahentens vern i forbindelse med fusjonsprosessen er derfor et aktuelt tema.

Generelt sett står hensynet til selskapers samfunnsansvar sterkere i selskapsretten nå enn tidligere.<sup>10</sup> Det er derfor enkelt å tenke seg en situasjon der en medkontrahent av omdømmemessige årsaker ikke ønsker å bli assosiert med det overtakende selskapet, og derfor motsetter seg at deres kontrakt overdras ved fusjon. Dette bidrar også til å gi emnet aktualitet.

Utgangspunktet etter aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 er at rettigheter og forpliktelser skal overdras til det overtakende selskapet ved fusjonens ikrafttredelse. Av den grunn vil ikke fusjonen i seg selv uten videre representere et kontraktsbrudd, noe som også er forutsatt i lovforarbeidsuttalelser.<sup>11</sup> Aksjeloven inneholder heller ingen bestemmelser som uttrykkelig verner medkontrahentens rettsstilling i fusjonssituasjoner. Også dette bidrar til å gi emnet og dets problemstillinger aktualitet.

Et moment av betydning er at aksjeloven §§ 13-2 første ledd og 13-16 første ledd nr. 3 er deklarasjonelle bestemmelser som kan fravikes ved lov- eller avtalebestemmelser. Men selv i

---

<sup>10</sup> Bråthen (2019) s. 71.

<sup>11</sup> NOU 1992:29 s. 198.



de tilfellene der partene har kontraktsfestet begrensninger i overdragelsesadgangen, vil kompliserte juridiske problemstillinger kunne oppstå.

## **1.2. Avgrensninger og presiseringer**

Under punkt 1.2. skal det foretas enkelte avgrensninger av hvilke problemstillinger som skal behandles nærmere i den videre fremstillingen. I tillegg skal det foretas enkelte presiseringer som knytter seg til begrepsbruken i fremstillingen.

Allerede innledningsvis under punkt 1.1. fremgår det at det er overdragelse av kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser etter aksjelovens fusjonsregler i kapittel 13 som er emnet for fremstillingen. Dermed avgrenses det mot overdragelse av kontrakter ved fusjon etter lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) kapittel 13 og overdragelse av kontrakter ved fusjon som reguleres av andre regelsett enn aksjeloven.

En annen avgrensning ligger i at det er overdragelse av kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser som er det sentrale emnet. Av aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 fremgår det at objektene for fusjonsoverdragelsen er det overdragende selskapets «eiendeler, rettigheter og forpliktelser». Ettersom overdragelse av kontrakter innebærer en overdragelse av rettigheter og forpliktelser, er det ordlyden «rettigheter og forpliktelser» som er den sentrale. Overdragelse av eiendeler ved fusjon og de problemstillingene som knytter seg til dette, faller utenfor emnet som skal behandles i denne fremstillingen.

Fusjon kan overordnet sett defineres som en sammenslåing av selskaper.<sup>12</sup> Motsetningen til en fusjon, er en fisjon, som innebærer en deling av et selskap.<sup>13</sup> Selskapet som skal deles er det overdragende selskapet. Etter aksjeloven § 14-2 første ledd innebærer en fisjon at det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles på det overdragende selskapet selv og ett eller flere overtakende selskaper. Overdragelse av kontraktsfestede rettigheter og forpliktelser ved fisjon og medkontrahentens rettsstilling i den forbindelse, behandles ikke nærmere i denne fremstillingen.

---

<sup>12</sup> Se eksempelvis kapitteloverskriften til aksjeloven kapittel 13: «Fusjon (sammenslåing av aksjeselskaper)».

<sup>13</sup> Se eksempelvis kapitteloverskriften til aksjeloven kapittel 14: «Fisjon (deling av aksjeselskaper)».

Når selskaper restruktureres ved fusjon som restruktureringsmetode, aktualiseres også en rekke problemstillinger knyttet til blant annet arbeidsretten, konkurranseretten og skatteretten. For eksempel kan to selskaper fusjoneres «uten skattelegging av selskapene» under forutsetning av at fusjonen «skjer etter kapittel 13 i aksjeloven», jf. lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 11-2 første ledd første punktum. Bestemmelsen gir uttrykk for det skatterettslige kontinuitetsprinsippet. Imidlertid vil de problemstillingene som knytter seg til de nevnte rettsområdene ikke drøftes nærmere her.

Hva gjelder presiseringer i forbindelse med begrepsbruken i fremstillingen, vil begrepet «selskap» anvendes som et synonym for «aksjeselskap». Videre vil det av praktiske årsaker skrives om fusjoner som involverer ett overdragende selskap og én medkontrahent, uten at dette har noen rettslig betydning.

### **1.3. Metode, rettskilder og Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)**

#### **1.3.1. Metode og rettskilder**

I punkt 1.3.1. skal det foretas en presentasjon av den metoden som skal anvendes i analysen av de rettslige problemstillingene som reises underveis i fremstillingen. I den forbindelse skal også de primære og sentrale rettskildene som skal anvendes i forbindelse med analyse, kort presenteres.

Formålet med fremstillingen er å gi en presentasjon av hva som er gjeldende rett knyttet til spørsmålet om det overdragende selskapets medkontrahents rettsstilling og vern i forbindelse med overdragelse av kontrakter ved fusjon.<sup>14</sup> Det vil derfor tas utgangspunkt i en tradisjonell rettsdogmatisk metode. Problemstillingene vil vurderes ut fra et de lege lata-perspektiv, der en tolkning av rettskildene står sentralt.

Den primære rettskilden i analysen er aksjelovens fusjonsregler i kapittel 13. Aksjeloven § 13-2 første ledd gir uttrykk for det aksjeselskapsrettslige fusjonsbegrepet. Aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 3 gir uttrykk for hvilke virkninger som inntreer i forbindelse med ikrafttreddelsen av fusjonen. Når disse to bestemmelsene leses i sammenheng, gir de uttrykk for hva som er

---

<sup>14</sup> Sml. punkt 1.1. i fremstillingen.

objektene for fusjonsoverdragelsen. Aksjelovens kreditorbestemmelser fremgår av aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. Alle de bestemmelsene som her er nevnt, vil være sentrale i vurderingen av medkontrahentens rettsstilling og vern. Aksjelovgivningen inneholder ingen bestemmelser som direkte regulerer medkontrahentens rettsstilling ved fusjon, og dermed må medkontrahentens vern avgjøres blant annet på grunnlag av en tolkning av aksjelovens bestemmelser.

Aksjelovene av 1997 – aksjeloven og allmennaksjeloven – er utviklet i tråd med EUs tredje selskapsdirektiv som en konsekvens av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 77, jf. vedlegg XXII. EUs tredje selskapsdirektiv kalles også fusjonsdirektivet. Norge plikter å ha regler for allmennaksjeselskaper som samsvarer med fusjonsdirektivet, jf. vedlegg XXII punkt 3. For aksjeloven eksisterer det ikke en slik plikt. Likevel er aksjelovens bestemmelser stort sett likelydende som allmennaksjelovens bestemmelser. I norsk rett har lovgiveren dermed valgt å oppstille regler som samsvarer med fusjonsdirektivet også for aksjeselskaper.

I forbindelse med den nevnte aksjelovrevisjonen forut for vedtakelsen av aksjelovene av 1997, ble det uttalt at hverken «[...] aksjeloven eller EFs tredje selskapsdirektiv har bestemmelser om selskapenes kontraktsparter ved fusjon. Begge regelsett bygger på den forutsetning at en fusjon ikke er et kontraktsbrudd».<sup>15</sup> Internasjonale kilder gir liten veiledning angående fremstillingens emne og problemstilling. Spørsmålet om medkontrahentens stilling ved fusjon må derfor vurderes ut fra en tolkning av norske regler, der selskapsrettslige og kontraktsrettslige regler anvendes i et samspill med hverandre.

Aksjelovene av 1997 – aksjeloven og allmennaksjeloven – ble i all hovedsak utformet etter og bygger på de prinsippene som den tidligere aksjeloven av 1976 allerede ga uttrykk for. Lovforarbeidene til aksjeloven av 1976 inneholder derfor sentrale uttalelser som fortsatt er av relevans for forståelsen av bestemmelsene i aksjeloven av 1997. Uttalelsene i de eldre lovforarbeidene er fortsatt gyldige i relasjon til å avklare hva som er gjeldende rett etter aksjeloven av 1997.<sup>16</sup> Derfor vil lovforarbeidene til aksjeloven av 1976 være en sentral rettskilde i analysen.

---

<sup>15</sup> NOU 1992:29 s. 198.

<sup>16</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 26. Høyesteretts ankeutvalg viser til 1976-lovens forarbeider som relevante. Se også Andenæs (2006) s. 604.

Hva gjelder rettspraksis tilknyttet medkontrahentens vern ved fusjon, er den sentrale kilden kjennelsen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen), som presenteres nedenfor i punkt 1.3.2. Utover dette er det snevert med rettspraksis som direkte omhandler emnets problemstilling. Noe av forklaringen på det begrensede omfanget kan være domstolenes saksbehandlingstid sett i sammenheng med at profesjonelle selskaper av økonomiske og omdømmemessige årsaker ofte har et presserende behov for raske avklaringer av eventuelle tvister.<sup>17</sup> Et annet moment er at når fusjonsplanen utarbeides, foretas det en gjennomgang av selskapenes rettsforhold. Fremkommer det noe problematisk i forbindelse med gjennomgangen, løses gjerne dette utenomrettslig mellom selskap og medkontrahent.

Heller ikke i juridisk litteratur er det et rikholdig omfang av kilder som omhandler medkontrahentens vern direkte. Som en konsekvens av det relativt beskjedne kildeomfanget, vil reelle hensyn som rettskilde kunne spille en større rolle i analyse. Særlig hensynet til koherens vil stå sentralt. Dersom det kan trekkes fornuftige slutninger etter å ha lest ulike regler i kontekst, vil det kunne oppstilles en god regel på denne bakgrunn. Hensynet til regler som fremmer fusjonsreglenes overordnede formål, vil også stå sentralt i analysen.

### **1.3.2. Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)**

Under punkt 1.3.2. skal faktum i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) presenteres. Også sentrale uttalelser om hva som er gjeldende rett i tilknytning til medkontrahentens rettsstilling ved fusjon, vil presenteres under punkt 1.3.2.

REC-kjennelsen gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning. Det materielle spørsmålet for Høyesteretts ankeutvalg var hvorvidt rettigheter etter påkravsgarantier utstedt i forbindelse med inngåelsen av en gjensidig bebyrdende leveringskontrakt var overdratt i forbindelse med en fusjon. Det sentrale spørsmålet som Høyesteretts ankeutvalg skulle ta stilling til, var hvilken betydning og virkning et eventuelt kontraktsfestet overdragelsesforbud hadde.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Giertsen (1999) s. 24.

<sup>18</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 1.

Bakgrunnen for tvisten var at REC Sitech AS og China Sunergy Co Ltd. i 2008 hadde inngått en gjensidig bebyrdende leveringskontrakt om løpende levering av et produkt som anvendes ved produksjon av solcellepaneler. Som sikkerhet for sine forpliktelser etter denne kontrakten, avga China Sunergy tre bankgarantier i form av påkravsgarantier.

På høsten i 2008 fusjonerte REC Sitech med REC Scanwafer AS. Begge selskapene var heleide datterselskaper av REC ASA. REC Scanwafer var det overtakende selskapet i fusjonen. Etter fusjonens ikrafttredelse het det overtakende selskapet REC Wafer Norway AS.

I september 2009 valgte REC Wafer å terminere leveringskontrakten med China Sunergy med begrunnelse i kontraktsbrudd. Samtidig ble China Sunergy informert om at REC Wafer ville trekke på hele garantibeløpet avgitt ved påkravsgarantiene.

China Sunergy tok til motmæle, og anførte at leveringskontrakten med de tilhørende påkravsgarantiene aldri ble overdratt til REC Wafer ved fusjonen. Det ble anført at kontrakten inneholdt et overdragelsesforbud som forhindret overdragelse ved fusjon. China Sunergy begjærte derfor midlertidig forføyning overfor REC Wafer med sikte på å forhindre at beløpet etter påkravsgarantiene ble utbetalt.

Høyesteretts ankeutvalg konstaterte at lagmannsrettens forståelse av aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3, var feil. Lagmannsretten hadde bygget på at det kontraktsfestede overdragelsesforbudet ble overstyrt av et ulovfestet prinsipp om universalsuksesjon.<sup>19</sup> Ankeutvalget konstaterte at det på generell basis må stilles et krav til «særlige holdepunkter» for at en kontrakt skal være uoverdragelig ved fusjon.<sup>20</sup> Når et overdragelsesforbud er kontraktsfestet, innebærer dette at det overdragende selskapet er avskåret fra å overdra rettighetene etter kontrakten. Tatt i betraktning at det overdragende selskapet oppløses ved fusjonens ikrafttredelse, finnes det ingen subjekt som kan påberope seg rettighetene lenger. Ankeutvalgets konklusjon ble at rettighetene – altså påkravsgarantiene – bortfalt som helhet. I realiteten ble kontraktsforholdet da hevet.

---

<sup>19</sup> LH-2010-23648-1.

<sup>20</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 26.

REC-kjennelsen er avsagt som en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg, noe som kan bidra til å svekke dens rettskildeverdi. Videre kan det også stilles spørsmål ved om kjennelsen har nevneverdig overføringsverdi til et tilfelle der det er spørsmål om virkningen av at en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt i strid med et overdragelsesforbud. Om løsningen blir den samme i et slikt tilfelle, er et interessant spørsmål som vurderes senere i fremstillingen.

#### **1.4. Videre fremstilling av emnet og problemstillingene**

I punkt 1.4. skal fremstillingens disposisjon beskrives. Formålet er å klargjøre den videre fremstillingen av emnet og de problemstillingene som skal drøftes.

Fusjonsinstituttet, fusjonsbegrepet og det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet angir blant annet hovedhensynene bak aksjelovens fusjonsregler. For å forstå hvorfor og hvordan kontraktsmessige rettigheter og forpliktelser overdras ved fusjon, er det nødvendig å først beskrive hvordan en fusjon foregår. I punkt 2 vil derfor de ovennevnte temaer behandles.

I fremstillingens punkt 3 skal aksjelovens kreditorbestemmelser behandles. Siden aksjeloven ikke inneholder noen bestemmelser som direkte regulerer en medkontrahents stilling ved fusjon, er det først og fremst kreditorbestemmelsene som medkontrahentene kan påberope seg forut for fusjonen. Fokuset i punkt 3 vil være bestemmelsenes virkeområde og rekkevidde.

Fordi aksjelovens hovedregel om at rettigheter og forpliktelser skal overdras ved fusjon er deklarasjonsregulering, er en relevant problemstilling om et overdragelsesforbud som forhindrer at kontrakten overdras er kontraktsfestet. Dette behandles i fremstillingens punkt 4.

Deretter vil fokuset i punkt 5 være på de situasjoner der en kontrakt er overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud som omfatter fusjon. Spørsmålet er da hva som blir rettsvirkningen av slik overdragelse i strid med en kontraktsfestet overdragsbegrensning. Her vil blant annet løsningen i REC-kjennelsen presenteres nærmere. I punkt 5 foretas det også en vurdering av medkontrahentens adgang til å gjøre gjeldende alminnelige kontraktsbruddsreaksjoner i en slik situasjon.

I punkt 6 i fremstillingen skal de situasjoner der et overdragelsesforbud ikke er kontraktsfestet vurderes. Det rettslige grunnlaget medkontrahenten i så fall må påberope seg, er den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Vilkårene for at denne læren kommer til anvendelse vil presenteres i et fusjonsperspektiv.

I fremstillingens punkt 7 foretas det en oppsummering av drøftelsene som er foretatt i oppgavens øvrige punkter. I tillegg vil det her på bakgrunn av det som er gjennomgått i oppgaven foretas en vurdering av hva som bør være gjeldende rett når en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt i strid med et overdragelsesforbud.

## 2. Fusjon

### 2.1. Fusjonsinstituttet

Innledningsvis i punkt 1.1. ble det lagt til grunn at hovedregelen etter alminnelige formuerettslige prinsipper er at overdragelse av forpliktelser fra opprinnelig skyldner til ny skyldner er betinget av kreditors forutgående samtykke til overdragelsen. Begrunnelsen for en slik hovedregel er at det vil være i kreditors interesse å forsikre seg at den nye skyldneren er betalingsdyktig og betalingsvillig, slik at kreditors dekningsmuligheter ikke svekkes som en konsekvens av forpliktelsesoverdragelsen.

Når det gjelder overdragelse av rettigheter, kan disse som nevnt fritt overdras til ny kreditor. Det sentrale hensynet bak denne hovedregelen er at det for skyldneren som regel er likegyldig hvem han er forpliktet overfor. Likevel finnes det enkelte rettigheter som av forskjellige årsaker anses som uoverdragelige, typisk personlige rettigheter som konsesjoner eller lignende. Slike forskjellige rettigheter går det ikke nærmere inn på her.

Aksjelovens fusjonsregler oppstiller som utgangspunkt at rettigheter og forpliktelser skal overdras ved fusjon, og fusjonsreglene utgjør dermed et unntak fra alminnelige formuerettslige prinsipper. Etter fusjonsreglene er utgangspunktet at det på forpliktelsessiden ikke skjer et identitetsskifte som følge av fusjonsoverdragelsen, og kreditor for forpliktelsen må som hovedregel respektere at hans rettighet blir overdratt ved fusjon, med den konsekvensen at det skjer et tvunget skyldnerskifte.<sup>21</sup> For rettigheters vedkommende er utgangspunktet at også de rettigheter som ellers anses som uoverdragelige, skal kunne overdras ved fusjon.<sup>22</sup>

Ut fra dette kan det utledes at fusjonsinstituttets hovedformål er å oppstille en uttrykkelig særhjemmel for selskaper til å restrukturere/omorganisere sine virksomheter uten at gjennomføringen skal være for komplisert eller avhenge av for mange faktorer. En slik restrukturering kan først og fremst være ønskelig i et økonomisk perspektiv for selskapene

---

<sup>21</sup> Andenæs (2006) s. 603.

<sup>22</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 26, med henvisning til Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201-202, jf. s. 209 og NOU 1992:29 s. 198.



selv. Men også for selskapenes medkontrahtenter og samfunnet for øvrig vil det være ønskelig med fornuftige restruktureringer i næringslivet. Aksjelovens fusjonsregler gir derfor selskaper en særlig hjemmel til å foreta restrukturering av virksomheten uten at aksjeeierne mister sine posisjoner som aksjeeiere, samt at selskapenes rettsforhold overfor tredjemenn som hovedregel ikke påvirkes. Fusjonsreglene bidrar også til at restruktureringer kan foretas selv om de fusjonerende selskapenes medkontrahtenter og minoritetsaksjonærer protesterer mot fusjonen.

Ved fusjonen trer det overtakende selskapet inn i det overdragende selskapets posisjon som eier i relasjon til eiendeler, berettiget i relasjon til rettigheter og ansvarlig i relasjon til forpliktelser, jf. aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd.<sup>23</sup> Aksjelovens fusjonsregler i kapittel 13 bygger følgelig på det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet.<sup>24</sup> Forenklet forklart betyr dette at det overtakende selskapet trer inn i samtlige av det overdragende selskapets rettsforhold, og det overdragende selskapet anses for å fortsette sin virksomhet i det overtakende selskapet.<sup>25</sup>

Fusjonsinstituttet bygger dermed på en idé om at det overdragende selskapets medkontrahtenter som utgangspunkt må akseptere at deres kontrakt blir overdratt. Imidlertid har lovgiveren erkjent at en fusjon utgjør en disposisjon som er nokså inngripende overfor de fusjonerende selskapenes tredjemenn. Derfor inneholder fusjonsreglene også enkelte momenter som skal bidra til å sikre medkontrahtentenes stilling ved fusjon. Blant annet virker kontinuitetsprinsippet både mot og for medkontrahtentene. Videre er aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 deklatoriske bestemmelser, slik at medkontrahtentene gis mulighet til å sikre sin rettsstilling ved fusjon allerede ved kontraktsinngåelsen. Dessuten bidrar fusjonsreglenes vederlagsbegrensninger også delvis til å verne det overdragende selskapets kreditorer mot tap i forbindelse med fusjonen.

I den videre fremstillingen skal aksjelovens fusjonsbegrep presenteres. Fokuset vil da være hvordan fusjonsbegrepet bidrar til å sikre selskapenes tredjemenn og deres rettsstilling ved fusjon.

---

<sup>23</sup> Giertsen (1998) s. 799.

<sup>24</sup> Nærmere om dette i punkt 2.3.

<sup>25</sup> Giertsen (1999) s. 27-28.

## 2.2. Fusjonsbegrepet

Det aksjeselskapsrettslige fusjonsbegrepet kommer først og fremst til uttrykk gjennom aksjeloven § 13-2 første ledd.

I dagligtalen assosieres gjerne begrepet «fusjon» med en sammenslåing, sammenslutning, sammensmeltning, integrasjon eller lignende av to eller flere subjekter eller objekter.<sup>26</sup> Anvendelsen av begrepet «fusjon» i dagligtalen er dermed mer vidtfavnende enn måten fusjonsbegrepet er anvendt på i aksjelovgivningen. Det finnes flere overdragelsesmetoder som har likhetstrekk med en aksjeselskapsrettslig fusjon, uten at disse overdragelsesmetodene er å regne som en fusjon hjemlet i aksjeloven kapittel 13. Eksempelvis blir selskap A oppløst kombinert med at aksjeeierne skyter inn kapitalen som er tatt ut av selskap A, i selskap B. Teknisk sett vil selskap B da ta over formuesgodene som eksisterte i selskap A. Økonomisk sett kan det samme resultatet oppnås ved en slik fremgangsmåte som ved fusjon. Likevel består det aksjeselskapsrettslige fusjonsbegrepet av flere momenter som må oppfylles for at disposisjonen skal være å anse som en aksjeselskapsrettslig fusjon. Dette medfører at en slik fremgangsmåte som skissert gjennom eksempelet her, ikke er å anse som en aksjeselskapsrettslig fusjon hjemlet i aksjeloven kapittel 13.

Av aksjeloven § 13-2 første ledd fremgår følgende:

«Sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskaps) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot at aksjeeierne i dette selskapet får som vederlag

- (1) aksjer i det overtakende selskapet, eller
- (2) slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget.»

Herav kan det utledes at fusjonsreglene gjelder når to eller flere (norske) aksjeselskaper skal slås sammen, noe som for så vidt sammenfaller med hvordan fusjonsbegrepet anvendes i dagligtalen. Imidlertid skjer sammenslåingen av selskapene ved at det overtakende selskapet

---

<sup>26</sup> Aarbakke m.fl. (2017) s. 776.

«overta[r]» det overdragende selskapets formueskompleks «som helhet». Herav kan det utledes at det overdragende selskapet må overdra samtlige av formuesgodene/rechtsposisjonene som eksisterer i selskapet, og at det overtakende selskapet må tre inn i samtlige av det overdragende selskapets rettsforhold. Ordlyden «som helhet» tolket isolert gir anvisning på at det overdragende selskapet ikke kan unnta enkelte poster eller avdelinger fra overdragelsen uten at retten til å følge fusjonsreglene i kapittel 13 tapes.<sup>27</sup> Dermed vil en overdragelse av bare enkelte avdelinger i det overdragende selskapet ikke anses som en aksjeselskapsrettslig fusjon. Det er det totale formueskomplekset i det overdragende selskapet som tjener som overdragelsesobjekt ved fusjonen.

Av ordlyden kan det også utledes at et kjennetegn ved det aksjeselskapsrettslige fusjonsbegrepet er vederlagsreglene. Vederlaget som det overtakende selskapet skal yte, skal for det første ytes til aksjeeierne i det overdragende selskapet, jf. ordlyden «mot at aksjeeierne i [det overdragende] selskapet får som vederlag». For det andre skal vederlaget bestå av enten (1) aksjer i det overtakende selskapet, eller (2) aksjer i det overtakende selskapet pluss et tilleggsvederlag i noe annet enn slike aksjer som ikke må overstige 20 prosent av den totale vederlagssummen. Vederlagsbegrensningene sørger hovedsakelig for at aksjeeierne i det overdragende selskapet får ombyttet sine aksjer i nyvunne aksjer i det overtakende selskapet, slik at aksjeeierne i det overdragende selskapet fortsatt vil være på eiersiden i det overtakende selskapet.<sup>28</sup> Dette sikrer at stort sett de samme fysiske personene vil være på kontrahentsiden overfor det overdragende selskapets tredjemenn etter fusjonens ikrafttredelse.

Vederlagsbegrensningen innebærer også at minst 80 prosent av fusjonsvederlaget skal bestå av aksjer i det overtakende selskapet. Dette bidrar til at aksjeeierne i det overdragende selskapet avskjæres fra å tappe det overdragende selskapet for formuesverdier før fusjonens ikrafttredelse. Følgelig vil det overdragende selskapets formue ikke forringes vesentlig som følge av fusjonen. Dette bidrar igjen til å sikre det overdragende selskapets kreditorer og deres dekningsinteresser.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201, jf. s. 209. Se også Aarbakke m.fl. (2017) s. 786.

<sup>28</sup> Sml. HR-2017-1664-A avsnitt 40.

<sup>29</sup> Giertsen (1999) s. 30.

Det bærende elementet ved det aksjeselskapsrettslige fusjonsbegrepet er at det er fundamentert på det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. Kontinuitetsprinsippet er et sentralt kjennetegn ved fusjonsbegrepet, og skal gjennomgå nedfor i punkt 2.3.

### **2.3. Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet**

Begrepet «kontinuitet» kan isolert sett ut fra en dagligdags forståelse defineres som «fortsettelse». Til en viss grad er denne definisjonen også treffende for hvordan det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet må forstås. Aksjelovens fusjonsregler er nemlig fundamentert på idéen om at det overdragende selskaps virksomhet og rettsforhold skal fortsette å eksistere uendret i det overtakende selskapet etter fusjonens ikrafttredelse.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet uttrykkes i aksjeloven § 13-2 første ledd lest i sammenheng med aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 3. Det er ordlyden «overta eiendelene, rettighetene og forpliktelsene som helhet» som gir uttrykk for det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. Men også vederlagsreglene gir dels uttrykk for det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet, i den forstand at det sikrer at aksjeeierne i det overdragende selskapet også blir aksjeeiere i det overtakende selskapet.

Ved fusjon overdras det totale formueskomplekset i et selskap til ett og samme selskap, og aksjeeierne følger med overdragelsen da disse får posisjon som aksjeeiere i det overtakende selskapet. Dette bidrar til at kontinuiteten er åpenbar og særlig sterk ved fusjon.<sup>30</sup>

Overfor det overdragende selskaps medkontrahenter har det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet den virkning at fusjonsdisposisjonen i seg selv ikke er å anse som en identitetsendring i kontraktsforholdet medkontrahenten opprinnelig har med det overdragende selskapet.<sup>31</sup> Det overtakende selskapet trer fullt og helt inn i samtlige av det overdragende selskaps eier-, rettighets- og forpliktelsesposisjoner, og samtlige av det overdragende selskaps rettsforhold anses å fortsette uendret i det overtakende selskapet etter fusjonens

---

<sup>30</sup> I motsetning til ved fisjon, som også er fundamentert på det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet. Ved fisjon deles formueskomplekset på minst ett selskap i tillegg til det overdragende selskapet selv, jf. aksjeloven § 14-2 første ledd. Formueskomplekset overdras dermed ikke som helhet til ett og samme rettssubjekt, slik som ved fusjon.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

ikrafttredelse. Dette til tross for at det overdragende selskapet som eget rettssubjekt oppløses ved fusjonens ikrafttredelse, jf. aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 1. Lovforarbeidene gir dermed anvisning på at fusjonsdisposisjonen i seg selv ikke representerer et kontraktsbrudd overfor det overdragende selskapets medkontrahent. Dette er i tråd med et av hovedformålene med fusjonsinstituttet, som er at en fusjon skal kunne gjennomføres mot medkontrahentenes vilje.<sup>32</sup> Det overdragende selskapet er jo forpliktet på lik linje som det overdragende selskapet, slik at fusjonen i seg selv ikke medfører en fare for at kontraktens hovedforpliktelse(r) misligholdes.

I tillegg har det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet den virkningen at det vesentlige av formuesmassen i det overdragende selskapet videreføres i det overtakende selskapet. Dermed vil dekningsinteressen til det overdragende selskapets kreditorer ikke forringes som følge av fusjonsdisposisjonen i seg selv.<sup>33</sup>

Oppsummeringsvis kan det fremheves at lovgiveren har foretatt et bevisst verdivalg ved utviklingen av aksjelovens fusjonsregler. Hensynet til at det skal være enkelt for selskaper å foreta fornuftige restruktureringer av virksomheten er funnet å veie tyngre enn den enkelte tredjemanns behov for beskyttelse i forbindelse med fusjonen. Restruktureringer er ikke bare ønskelig for selskapenes og aksjeeierne, men også for deres tredjemenn. Fusjoner medfører at selskapenes virksomhet fortsetter i stedet for at den legges ned. Fusjonsreglene er dermed et viktig restruktureringsverktøy for selskapene i et stadig skiftende næringsliv. De fusjonerende selskapenes hovedformål med fusjonen er som regel å bli mer økonomisk slagkraftige, og dermed vil også kreditorenes dekningsmuligheter styrkes som følge av fusjonen.

De momentene og hensynene som er gjennomgått i punkt 2 er viktig å ta med seg når man skal tolke andre regler i fusjonskapitlet.

---

<sup>32</sup> Andenæs (2006) s. 579.

<sup>33</sup> Giertsen (1999) s. 42.

### **3. Aksjelovens lovfestede kreditorvern. Hvilke medkontrahtenter omfattes?**

#### **3.1. Kreditorbestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15**

I punkt 3 skal aksjelovens kreditorbestemmelser i §§ 13-14 og 13-15 presenteres. Fokuset vil her ligge på kreditorbegrepets virkeområde, og spørsmålet om hvilke medkontrahtenter som kan søke vern i de lovfestede kreditorbestemmelsene i forbindelse med fusjonen.

Som nevnt inneholder hverken aksjelovgivningingen eller fusjonsdirektivet regler som uttrykkelig omhandler de fusjonerende selskapenes medkontrahtenters rettsstilling ved fusjon. Hvorvidt en medkontrahtent har et lovfestet vern forut for fusjonens ikrafttredelse avhenger dermed av om medkontrahtenten er omfattet av virkeområdet til kreditorbestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

Etter aksjeloven § 13-14 skal Foretaksregisteret varsle «selskapenes kreditorer» om fusjonsbeslutningen etter at beslutningen er meldt til Foretaksregisteret etter aksjeloven § 13-13, og beslutningen er kunngjort i Foretaksregisterets elektroniske kunngjøringspublikasjon. I forbindelse med varslingen av selskapenes kreditorer, skal Foretaksregisteret oppfordre kreditorene til å melde innsigelse mot fusjonen til det respektive selskapet innen seks uker fra varslingen.

Gjennom aksjeloven § 13-14 oppstilles det dermed et mulig vern for de medkontrahtentene som etter en tolkning faller innunder ordlyden «selskapenes kreditorer». Hvilken rettsvirkning det har at en medkontrahtent regnes som kreditor etter aksjeloven § 13-14, reguleres av aksjeloven § 13-15.

Etter aksjeloven § 13-15 første og andre ledd kan kreditorer som har en bestemt form for «fordring» mot selskapet kreve at fordringen blir «betalt» eller «betryggende sikret» før ikrafttredelsen av fusjonen inntreffer etter aksjeloven § 13-16.

I det videre er spørsmålet hvilke medkontrahenter som nyter vern gjennom bestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15, og i hvilken utstrekning medkontrahentene som faller innunder bestemmelsenes virkeområde er vernet.

### 3.2. Problemet

Det er for det første klart at det kun er «selskapenes kreditorer» som kan fremme innsigelse mot fusjonen og oppnå rettsvirkninger i den anledning etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. Selskapenes medkontrahenter som har stilling som skyldner i kontraktsforholdet vil dermed ikke være beskyttet gjennom aksjelovens lovfestede vern.

For det andre kan det oppstilles spørsmål om hvilke typer kreditorer som omfattes av aksjelovens kreditorbegrep. Kreditorer kan overordnet sett inndeles i to grupper: (1) pengekreditorer og (2) realkreditorer. Pengekreditorer har et pengekrav mot skyldneren, mens realkreditorer har et krav mot skyldneren på oppfyllelse i annet enn penger, eksempelvis krav på oppfyllelse i form av en gjenstand, tjeneste eller lignende.<sup>34</sup> Når aksjelovens kreditorbegrep tolkes isolert etter sin ordlyd, synes bestemmelsene umiddelbart ikke å være til hinder for at begge kreditortypene er vernet gjennom bestemmelsene. Imidlertid har det i juridisk litteratur vært diskutert hvorvidt realkreditorer er omfattet av kreditorbestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

Aarbakke m.fl. har tatt til orde for at «[...] bare fysiske og juridiske personer som har aktuelle, ensidige pengekrav mot selskapet»<sup>35</sup> er omfattet av aksjelovens kreditorbestemmelser. Uten nærmere begrunnelse konkluderes det med at «[k]rav på annet enn penger faller utenfor bestemmelsen[e]»<sup>36</sup> aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

På den andre siden har Giertsen tatt til orde for at en tolkning av bestemmelsenes ordlyd med tilhørende rettskilder ikke gir et sikkert svar på spørsmålet om realkreditorer er omfattet. Giertsen mener at det må foretas en mer skjønnsmessig vurdering av hvert enkelt tilfelle der reelle hensyn er den sentrale rettskilden.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 23.

<sup>35</sup> Aarbakke m.fl. (2017) s. 820-821.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Giertsen (1999) s. 281.

Andenæs konstaterer at det kan anføres gode grunner for at realkreditorer er omfattet av aksjelovens kreditorbestemmelser, og viser kort til Giertsens argumentasjon angående problemstillingen, uten at han selv har en inngående analyse av eller konkluderer klart på spørsmålet.<sup>38</sup>

For det tredje er det som nevnt de kreditorene som har en bestemt form for fordring mot selskapet som kan påberope seg rettsvirkningene som aksjeloven § 13-15 første og andre ledd gir anvisning på. For å kreve fordringen «betalt», må fordringen være «uomtvistet» og «forfalt». For en «uomtvistet» eller «ikke forfalt» fordring, kan kreditoren kreve «betryggende sikkerhet» dersom dette ikke fra før av er oppfylt.

Spørsmålet som vurderes videre i fremstillingens punkt 3.3. er om bestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 kun omfatter medkontrahtenter med et ensidig pengekrav mot det overdragende selskapet, eller om kreditorer med krav på oppfyllelse i annet enn penger også er vernet av bestemmelsene. Det vil også vurderes hvor langt vernet i bestemmelsene rekker for de medkontrahtentene som faller innunder bestemmelsenes virkeområde.

### **3.3. Realkreditors stilling. En gjennomgang av rettskildene**

#### **3.3.1. Aksjelovens ordlyd**

Etter ordlyden i aksjeloven § 13-14 er det «selskapenes kreditorer» som skal varsles om fusjonsbeslutningen, og som dermed gis adgang til å fremme innsigelser mot fusjonen. Den alminnelige, dagligdagse forståelsen av ordlyden «kreditorer» er et subjekt som har penger til gode fra et annet subjekt. I dagligtalen anvendes kreditorbegrepet hovedsakelig i relasjon til pengekrav/pengeytelser.

På den andre siden er det klart at begrepet «kreditor» på mange juridiske fagområder anvendes som en alternativ uttrykksmåte til «kravshaver» eller «den berettigede».<sup>39</sup> De to sistnevnte begrepene utelukker ikke umiddelbart at krav på annet enn penger er omfattet.

---

<sup>38</sup> Andenæs (2006) s. 575.

<sup>39</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 23.



Begrepene gir anvisning på et subjekt som har et krav mot et annet subjekt, noe som innebærer at kravshaveren har en rett til å få skyldneren til å gjøre, tåle eller unnlate noe.<sup>40</sup> I et bredere språklig perspektiv omfatter kreditorbegrepet mer enn slutningen etter den alminnelige, dagligdagse forståelsen gir anvisning på.

Dessuten illustrerer det momentet at man uttrykkelig skiller mellom pengekreditorer og realkreditorer at kreditorbegrepet normalt sett må anses for å omfatte mer enn bare pengekrav. Når kreditorbegrepet kan sidestilles med begreper som «kravshaver» og «den berettigede», som ikke umiddelbart avgrenses til pengekrav, tilsier dette at også realkreditorer må anses for å være omfattet av ordlyden «selskapenes kreditorer» i aksjeloven § 13-14.

En isolert tolkning av ordlyden i aksjeloven § 13-14 gir imidlertid ikke en klar løsning på kreditorbegrepets innhold, slik Giertsen også konkluderer med. Ordlyden «selskapenes kreditorer» må derfor tolkes i lys av og kontekst med de øvrige ordlydene i aksjelovens kreditorbestemmelser.

Etter aksjeloven § 13-15 første ledd kan en kreditor med en uomtvistet og forfalt «fordring», og som fremmer innsigelse mot fusjonen, kreve at fordringen blir «betalt» før fusjonen kan gjennomføres. Ordlyden «fordring» anvendes også i aksjeloven § 13-15 andre ledd.

En alminnelig, dagligdags forståelse av ordlyden «fordring» gir anvisning på et pengekrav. I dagligtalen assosieres som oftest fordringsbegrepet med ord som regning eller lignende, og slike ord brukes gjerne i forbindelse med at et subjekt skylder en pengeytelse til et annet subjekt. Imidlertid er det klart at fordringsbegrepet på mange juridiske fagområder også anvendes i forbindelse med naturalytelser.

Ordlyden «betalt» assosierer man umiddelbart med oppfyllelse i form av penger. Det er unaturlig å si at man «betaler» noe når man oppfyller i form av naturalytelser. Begrepet «betalt» anvendes som oftest når det er tale om oppgjør i form av kontantytelser.

Når man ser kreditorbegrepet i lys av de øvrige ordlydene i kreditorbestemmelsene, er den nærliggende slutningen å trekke at bare pengekreditorer er ment å omfattes.

---

<sup>40</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 23.

Hva gjelder vilkårene «omtvistet og forfalt fordring», medfører disse at kreditorenes fordring må være stiftet og opparbeidet før registreringen av fusjonsbeslutningen.<sup>41</sup> I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold som baserer seg på løpende levering av noe, vil partenes krav og forpliktelser stå i et avhengighetsforhold, i form av at den ene kontraktspartens plikt til å yte betinges av at den andre kontraktsparten har prestert sin ytelse.<sup>42</sup> Krav som ligger i fremtiden og som avhenger av at det overdragende selskapet presterer sin ytelse, kan dermed ikke gjøres gjeldende med hjemmel i aksjeloven § 13-15 første ledd. Først når kravet er opparbeidet av medkontrahtenten, kan han kreve kravet «betalt» etter aksjeloven § 13-15 første ledd. Krav som er «omtvistet», det vil si usikre, eller «ikke forfalt», det vil si at oppgjørsfristen ikke er kommet, kan bare kreves «betryggende sikret», jf. aksjeloven § 13-15 andre ledd.

Etter aksjeloven § 13-15 første og andre ledd kan en medkontrahtent derfor ikke forhindre at en gjensidig bebyrdende kontrakt som baserer seg på løpende levering og ytelse i terminer, som helhet blir overdratt ved fusjon.

### **3.3.2. Lovforarbeidene**

I lovforarbeidene til aksjeloven av 1976 er det i relasjon til den daværende kreditorbestemmelsen i aksjeloven § 14-6 lagt til grunn at «[...] for pengekrav som er forfalt er det [...] grunn til å fastholde utkastet til aksjelovgivningen» og at «[...] for forfalte krav er [...] betaling den adekvate løsning».<sup>43</sup> Uttalelsene synes å peke klart i retning av at bare pengekreditorer var omfattet av kreditorbestemmelsen i aksjeloven av 1976. Denne forståelsen ble også lagt til grunn av teoretikere i det juridiske fagmiljøet.

I relasjon til aksjelovrevisjonen forut for vedtakelsen av aksjelovene av 1997 er det uttalt at det ikke var et presserende behov for å oppstille regler for andre forpliktelser enn pengeforpliktelser, og at problemstillingene som eventuelt oppstod i praksis, måtte løses med grunnlag i alminnelige rettsgrunnsetninger.<sup>44</sup> Herav kan det utledes at lovgiveren ikke synes å ha ment å oppstille et uttrykkelig vern for realkreditorer i kreditorbestemmelsene. Imidlertid

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 68.

<sup>42</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 23.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

<sup>44</sup> NOU 1992:29 s. 197.

har lovgiveren heller ikke utelukket at realkreditorer etter omstendighetene kan anses som omfattet av kreditorbestemmelsene. Men det er da opp til domstolene å oppstille de nærmere retningslinjene for et slikt vern gjennom rettspraksis.

Samlet sett trekker lovforarbeidsuttalelsene i retning av at andre krav enn rene pengekrav ikke opprinnelig er ment å omfattes av aksjelovens kreditorbestemmelser.

### **3.3.3. Reelle hensyn**

Til tross for at ordlydene i aksjelovens kreditorbestemmelser og lovforarbeidsuttalelsene trekker i retning av at realkreditorer ikke er vernet gjennom aksjelovens kreditorbestemmelser, gir ikke slutningene etter disse rettskildene anvisning på en sikker løsning. Det er jo lagt til grunn i lovforarbeidsuttalelsene at enkelte realkreditorer etter omstendighetene kan omfattes, men at det da er opp til rettspraksis å trekke opp linjene for et slikt vern. Dette må da gjøres ved å anvende reelle hensyn som rettskilde.

Umiddelbart synes det ikke å foreligge gode og fornuftige grunner for å trekke opp et skille mellom pengekreditorer og realkreditorer i relasjon til hvorvidt disse er vernet gjennom kreditorbestemmelsene. Begge kreditortypene har et krav mot en annen part, og begge kreditortypene vil ha like stor interesse i å sikre at deres krav blir kontraktsmessig oppfylt.

Giertsen trekker frem behovshensynet som det sentrale. Der kravshaveren har et «[...] tilstrekkelig behov for en kreditorposisjon i relasjon til reglene om kreditorvarsel»,<sup>45</sup> bør denne kravshaveren anses å være beskyttet av aksjelovens kreditorbestemmelser. Der medkontrahenten ikke er tilstrekkelig vernet etter alminnelige kontraktsrettslige regler, kan et slikt behov foreligge. Det er hensynet til likestilling av kreditorer og rimelig beskyttelse av kreditorinteresser som taler for at realkreditorer også bør være omfattet av aksjelovens kreditorbestemmelser. Forutsetningen er at det foreligger et reelt behov for slik beskyttelse.

Til illustrasjon er kjennelsen i Rt. 1992 s. 966. Spørsmålet i saken var om det overdragende selskapet i en fusjon var forpliktet til å stille sikkerhet når selskapet var selvskyldnerkausjonist for leieforpliktelse i et løpende leieforhold. Høyesteretts

---

<sup>45</sup> Giertsen (1999) s. 280.

kjæremålsutvalg måtte ta stilling til om hoveddebitoren for forpliktelsen var å anse som kausjonistens kreditor etter daværende kreditorbestemmelse i aksjeloven av 1976 § 14-6 andre ledd. Kjæremålsutvalget trakk frem at kreditor overfor kausjonisten ikke hadde detensjonsrett, slik en medkontrahent som alminnelig hovedregel vil ha i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Hensynet til behov for beskyttelse på lik linje med andre kreditorer sto sentralt. Med grunnlag i rimelighets- og behovshensyn måtte kreditorbestemmelsen tolkes utvidende, slik at den var anvendelig i det konkrete tilfellet.

Kjennelsen omhandler altså ikke direkte en medkontrahents beskyttelse ved fusjon. Likevel knytter kjennelsen seg til forståelsen av og innholdet i aksjelovens kreditorbegrep. Det er denne kjennelsen Giertsen hovedsakelig viser til i sin argumentasjon. Kjennelsen illustrerer at det i rettspraksis eksisterer et tilfelle hvor aksjelovens kreditorbegrep er tolket utvidende med hjemmel i reelle hensyn. Likevel har kjennelsen ikke blitt fulgt opp i senere rettspraksis, noe som ville ha bidratt til å gi kjennelsen høyere rettskildemessig verdi.

#### **3.3.4. Oppsummering og konklusjon i et metodisk perspektiv**

Spørsmålet under punkt 3.3.4. er om det totalt sett er tilstrekkelig rettslige holdepunkter for å konkludere med at en realkreditorer er eller kan være vernet av aksjelovens kreditorbestemmelser i §§ 13-14 og 13-15. Det vil i tillegg tas stilling til rekkevidden av vernet de kreditorene som er omfattet av bestemmelsene nyter.

Samlet sett taler de slutningene man kan trekke fra de gjennomgåtte rettskildene for at det bare er pengekreditorer som er omfattet av kreditorbestemmelsene. Lovgivers uttalelser i lovforarbeidene bidrar til å understøtte en slik slutning.

Et viktig moment er at de parter som er involvert i en fusjonsprosess er profesjonelle. Deres medkontrahenter er som regel også profesjonelle. Aksjeselskapsretten er en del av formueretten, og på dette området står forutberegnelighetshensyn særlig sterkt. Den løsningen som Giertsen tar til orde for, der det avgjørende er hvor sterkt behovet for kreditorbeskyttelse i det enkelte tilfelle er, vil i høy grad bidra til å skape rettsusikkerhet for realkreditorene. En realkreditor vil aldri kunne være helt sikker på om han faktisk omfattes av aksjelovens lovfestede kreditorvern.

Rt. 1997 s. 1050 gjaldt anvendelsen av verdipapirsentralloven § 5-3 på konkurs- og panterettens område. Det materielle spørsmålet i saken er irrelevant for emnet i denne fremstillingen. Likevel er den metodiske tilnærmingen Høyesterett har til spørsmålet relevant. På de formuerettens område og i de tilfellene der partene som oftest er profesjonelle, er det ikke «[...] rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat».<sup>46</sup> Uttalelsen ble fulgt opp i Rt. 1998 s. 268, der hensynet til en «[...] objektiv og retts teknisk enkelt løsning»<sup>47</sup> talte sterkt imot unntak på grunnlag av rimelighetsbetraktninger og skjønnsmessige vurderinger i det enkelte tilfellet. Hensynet til forutberegnelighet i relasjon til partenes egne rettsstillinger og klare regler gjør seg i alminnelighet særlig sterkt gjeldende på rettsområder hvor profesjonelle parter som regel opererer.

En skjønnsmessig tilnærming til spørsmålet om en medkontrahent som er realkreditor er omfattet av aksjelovens kreditorbestemmelser vil forringe de profesjonelle partenes behov for forutberegnelighet og klare regler.

En rettspositivistisk til spørsmålet innebærer at det er slutningene man kan trekke ut fra en tolkning av lovtekst med tilhørende rettskilder som lovforarbeider og rettspraksis som skal tillegges mest vekt. Begrunnelsen er at slik rettsanvendelse best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet.

I relasjon til spørsmålet i dette punktet er det klart at slutningene man trekker ut fra aksjelovens ordlyd og lovforarbeidene klart gir anvisning på at realkreditor ikke er ment å omfattes av kreditorbestemmelsene. Fusjonsreglenes hovedformål er dessuten å legge til rette for enkel restrukturering av næringsvirksomheter, og utgangspunktet er at kreditorinteressene bevisst er satt i bakgrunn. En utvidende tolkning av kreditorbestemmelsene med sikte på å styrke kreditorenes stilling er dermed ikke naturlig. Et slikt lovfestet vern av kreditorinteresser vil være en lovgiveroppgave å oppstille.

Hva gjelder de medkontrahentene som er pengekreditorer, og som dermed er omfattet av aksjelovens kreditorbegrep, må disse ha opparbeidet seg et uomtvistet krav som er forfalt for å nyte vern gjennom kreditorbestemmelsene. I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold som

---

<sup>46</sup> Rt. 1997 s. 1050 på s. 1054-1055.

<sup>47</sup> Rt. 1998 s. 268 på s. 275.

baserer seg på løpende ytelser, vil krav opparbeides i ulike terminer. Det lovfestede kreditorvernet gir derfor et noe snevert vern for de disse type medkontrahtenter.

Konklusjonen på problemstillingen i punkt 3 er at realkreditorer ikke er vernet gjennom aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. Utover dette er rekkevidden av vernet for de medkontrahtenter som faktisk faller innunder bestemmelsenes virkeområde, noe snevert og usikkert. Slik aksjeloven er utformet, oppfordres det til at kontraktsparter sikrer sine interesser på annen måte, for eksempel gjennom kontraktsfestede bestemmelser, dersom deres intensjon er at kontrakten ikke skal kunne overdras ved fusjon.

## **4. Kontraktsfestet vern: Begrensninger i adgangen til overdragelse av kontrakten**

### **4.1. Utgangspunktet etter aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3**

Aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 oppstiller som hovedregelen at samtlige av det overdragende selskapets rettigheter og forpliktelser skal overdras ved fusjonens ikrafttredelse. Etter lovforarbeidene gjelder dette også for de rettigheter og forpliktelser som ellers ikke er overdragelige.<sup>48</sup> Dermed skal kontrakter som det overdragende selskapet har med sine medkontrahenter, overdras til det overtakende selskapet.

Likevel er det klart at disse bestemmelsene er deklarasjonelle, noe som innebærer at kontraktspartene ved kontraktsinngåelsen har adgang til å fravike hovedregelen. Kontraktspartene kan dermed uttrykkelig kontraktsfeste en bestemmelse om at kontrakten og rettigheter og forpliktelser som springer ut av kontrakten, ikke skal kunne overdras ved fusjon.<sup>49</sup>

Et kontraktsfestet overdragelsesforbud eller en kontraktsfestet begrensning i adgangen til å overdra kontrakten kan utformes på ulike måter. For eksempel kan en kontraktsbestemmelse uttrykkelig forby at kontrakten kan overdras ved fusjon, eller det kan inntas kontraktsbestemmelse som forbyr overdragelse, men som ikke nevner fusjon uttrykkelig. En annen form for begrensning i overdragelsesadgangen kan gis i form av krav om samtykke fra medkontrahenten før overdragelse av kontrakten.

Videre i punkt 4 er det kontraktsfestede begrensninger i adgangen til å overdra kontrakten som skal drøftes. I punkt 4.2. gis det først en kort og generell oversikt over alminnelige utgangspunkter for kontraktstolkningen.

---

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202. Se også Andenæs (2006) s. 604.

## 4.2. Almennelige utgangspunkter for kontraktstolkning

### 4.2.1. Generelle utgangspunkter

Dersom en medkontrahent ikke er beskyttet gjennom aksjelovens kreditorbestemmelser, men likevel hevder at kontrakten er uoverdragelig ved fusjon, må det undersøkes hvorvidt kontrakten inneholder et overdragelsesforbud som setter en slik begrensning i overdragelsesadgangen. Dette spørsmålet må avgjøres ut fra en alminnelig tolkning av kontrakten.

Det sentrale målet ved all kontraktstolkning er å komme frem til det tolkningsresultatet som gir uttrykk for hva partene mente å avtale ved kontraktsinngåelsen. Det ubestridte utgangspunktet for all kontraktstolkning er at det først og fremst er kontraktens ordlyd som er den sentrale tolkningsgjenstanden. I Rt. 1997 s. 1807 uttalte Høyesterett på generelt grunnlag at man ved kontraktstolkningen må ta «[...] utgangspunkt i [kontraktens] objektive innhold ut fra en naturlig språklig forståelse». <sup>50</sup> Presumsjonen for en objektiv kontraktstolkning styrkes ytterligere der begge kontraktspartene er profesjonelle, jf. Rt. 2002 s. 1155, der Høyesterett uttalte:

«At prinsippet om en objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.»<sup>51</sup>

Selv om en objektiv kontraktstolkning er et tungtveiende moment, hører det sjeldenhetene til at ordlyden tolket isolert gir et klart svar på hva partene har ment å avtale. Også andre tolkningsmomenter må hensyntas ved kontraktstolkningen.

Hensynet til en indre koherens i kontrakten og hensynet til at kontraktens overordnede formål skal fremmes av tolkningsalternativet man velger, vil stå sentralt i kontraktstolkningen.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Rt. 1997 s. 1807 på s. 1813.

<sup>51</sup> Rt. 2002 s. 1155 på s. 1156-1157.

<sup>52</sup> Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 49.



I kontraktsretten gjelder det også et grunnleggende lojalitetsprinsipp. Dette lojalitetsprinsippet er relevant å ivareta ved kontraktstolkningen. Partene bærer som utgangspunkt selv risikoen for sine egne subjektive forutsetninger, og har ved kontraktsinngåelsen en selvstendig plikt til å sørge for å ivareta sine egne interesser. Likevel kan hensynet til en lojal opptreden overfor medkontrahenten vektlegges ved kontraktstolkningen i de tilfellene der medkontrahenten blir stilt i en tilstrekkelig ugunstig posisjon som følge av at et bestemt tolkningsalternativ legges til grunn.<sup>53</sup>

#### **4.2.2. Kontraktstolkningen i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen)**

I REC-kjennelsen oppstiller Høyesteretts ankeutvalg som det sentrale spørsmålet hvilken betydning et *eventuelt* kontraktsfestet overdragelsesforbud har. Den språklige utformingen av problemstillingen tyder på at det ikke er avgjort med sikkerhet hvorvidt et overdragelsesforbud som omfatter fusjon er kontraktsfestet.

Ankeutvalget påpeker at lagmannsretten ikke uttrykkelig har tatt stilling til om kontrakten inneholder et overdragelsesforbud. Imidlertid foretar heller ikke ankeutvalget en selvstendig drøftelse hvor kontrakten tolkes. Leveringskontraktens punkt 7.10 inneholdt en begrensning i overdragelsesadgangen blant annet ved at medkontrahenten måtte samtykke til overdragelsen.<sup>54</sup> I samme punkt nevnes «merger» som en overdragelsesmetode som er omfattet av begrensningen. Likevel tar ankeutvalget i sin kjennelse aldri tak i kontrakten for å tolke den.

Ankeutvalget oppstiller krav om at det skal «særlige holdepunkter» til for at kontrakten skal være uoverdragelig ved fusjon.<sup>55</sup> Sett i lys av aksjelovens hovedregel og det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet som fusjonsreglene er fundamentert på, er det gode grunner for å oppstille et slikt krav. Kravet kan anses for å representere en terskel ved kontraktstolkningen, i form av at det må fremgå uttrykkelig av kontraktens ordlyd at den skal være uoverdragelig. Likevel sier ikke ankeutvalget noe mer om innholdet i kravet. Videre kan det heller ikke utledes noe om hvordan kontrakten skal tolkes med sikte på å avgjøre om slike særlige holdepunkter foreligger i det enkelte tilfellet.

---

<sup>53</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 35 og Giertsen (2014) s. 11. Se også Rt. 2005 s. 268 a

<sup>54</sup> Se LH-2010-23648-1 for ordlyden i leveringskontraktens punkt 7.10.

<sup>55</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 26.

Dersom kontrakten hadde blitt tolket mer inngående ved at ankeutvalget eksempelvis tok tak i ordlyden «merger» og vurderte formålet med overdragelsesforbudet i lys av at et samtykkekrav var inntatt, samt at overdragelsesbegrensningen omfattet overdragelse til tredjepersoner, kunne kravet til særlige holdepunkter vært belyst på en bedre måte.

Poenget i punkt 4.2.2. er at REC-kjennelsen ikke gir noen veiledning i relasjon til hvordan kontrakter skal tolkes når målet er å avdekke hvorvidt en begrensning i overdragelsesadgangen som omfatter fusjon er kontraktsfestet. Kravet til «særlige holdepunkter» for uoverdragelighet gir et uttrykk for en terskel ved kontraktstolkningen. Imidlertid sier kjennelsen ingenting om innholdet i kravet eller hva som skal til.

### **4.3. Ulike varianter av kontraktsfestede begrensninger i overdragelsesadgangen**

#### **4.3.1. Uttrykkelig forbud mot overdragelse ved fusjon**

Når kontraktens ordlyd utformes, kan kontraktspartene i kraft av prinsippet om kontraktsfrihet sammenholdt med at aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 er deklatoriske bestemmelser, innta kontraktsbestemmelse som uttrykkelig forbyr overdragelse av kontrakten ved fusjon. Et slikt overdragelsesforbud volder få tolkningsproblemer.

Kontraktens ordlyd alene gir klar anvisning på at partene ved kontraktsinngåelsen har ment og forutsatt at aksjelovens hovedregel skal fravikes. I et slikt tilfelle må det konstateres at kravet til særlige holdepunkter for uoverdragelighet ved fusjon er oppfylt.

Kontraktspartene behøver ikke å begrunne i kontrakten hvorfor et slikt uttrykkelig overdragelsesforbud er kontraktsfestet, så lenge det fremgår uttrykkelig av kontraktens ordlyd at også fusjon er omfattet av overdragelsesforbudet. Likevel kan en begrunnelse eksempelvis være at kontraktsforholdet er preget av å være inngått på bakgrunn av personlige forhold og basert på en sterk grad av tillit mellom kontraktspartene. Et partsskifte i kontraktsforholdet, der en opprinnelig kontraktspart utskiftes med en uvedkommende tredjepart, vil medføre at særpreget ved kontraktsforholdet bortfaller.

Før fusjonens ikrafttredelse kan medkontrahenten påberope seg overdragelsesforbudet. På den måten kan medkontrahenten forhindre at kontrakten overdras ved fusjonen. Dersom et slikt overdragelsesforbud er inntatt i kontrakten, er det nærliggende at kontraktpartene også har regulert i kontrakten hva som blir virkningen av at den ene kontraktparten fusjonerer.

Ettersom det overdragende selskapet oppløses ved fusjonens ikrafttredelse, jf. aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 1, kan medkontrahenten ikke kreve å fortsette å forholde seg til det overdragende selskapet som kontraktsmotpart. En mulig virkning av fusjonen er at kontrakten termineres før fusjonens ikrafttredelse, og at medkontrahenten eventuelt gis adgang til å fremme krav om kontraktsbruddsreaksjoner eller annen kompensasjon.

Hva som blir virkningen av at kontrakten likevel blir overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud som omfatter fusjon, diskuteres nærmere i punkt 5 i fremstillingen.

#### **4.3.2. Forbud mot overdragelse uten at fusjon uttrykkelig nevnes**

En annen variant av kontraktsfestet overdragelsesforbud er at bestemmelse om et generelt overdragelsesforbud som ikke uttrykkelig nevner fusjon. For eksempel kan et slikt overdragelsesforbud komme til uttrykk ved at kontrakten ikke skal kunne overdras til tredjemann eller lignende. Spørsmålet er hvordan et slikt overdragelsesforbud skal vurderes i relasjon til fusjonsreglene.

Ordlyder som «overdra», «overføre» eller lignende assosieres umiddelbart med at avhenderen gir avkall på rettighetene/forpliktelsene i relasjon til overdragelsesobjektet. Overdragelse ved salg innebærer at avhenderen gir fra seg råderetten over gjenstanden som overdras. Likevel er anvender aksjeloven § 13-2 første ledd ordlyden «overdras» i forbindelse med fusjon, noe som klargjør at også fusjon er en form for overdragelse.

En rent objektiv tolkning av en kontraktsbestemmelse som forbyr at en kontrakt «overdras», «overføres» eller lignende, men som ikke uttrykkelig nevner fusjon, taler dermed for at overdragelsesforbudet omfatter enhver form for overdragelse der en av de opprinnelige kontraktpartene formelt og reelt erstattes av en tredjepart. Etter en objektiv tolkning omfattes fusjon.

Imidlertid må man være bevisst at fusjonsreglene utgjør et unntak fra de alminnelige reglene om overdragelse. Aksjelovens hovedregel forutsetter at kontraktsmessige rettigheter og forpliktelser skal overdras til det overtakende selskapet, og at fusjonen i seg selv ikke representerer et kontraktsbrudd. Videre er det også klart at en overdragelse ved fusjon ikke anses for å innebære et identitetsskifte overfor selskapenes tredjemenn, i motsetning til det en overdragelse ved eksempelvis salg vil gjøre.

Dermed oppstår det et spenningsforhold mellom slutningen etter en objektiv forståelse av kontraktens ordlyd og den løsningen som bakgrunnsretten gir anvisning på. Som oftest må det derfor ses hen til andre momenter ved kontraktstolkningen.

Et utgangspunkt må tas i at kontraktspartene (som regel) er profesjonelle, og dermed må forutsettes å være klar over bakgrunnsrettens hovedregel, samt at denne hovedregelen er deklarasjonsmessig. Kontraktspartene har derfor en særlig sterk oppfordring til å presisere uttrykkelig i kontrakten dersom overdragelsesforbudet også er ment å omfatte fusjon. Hensynet til forutberegnelighet, klarhet og sikkerhet står sentralt i profesjonelle kontraktsforhold, og dersom ikke annet er regulert i kontrakten, må kontraktspartene kunne regne med at bakgrunnsrettens løsning gjelder.

Når kontrakten ikke tydelig angir at fusjon er ment å omfattes av overdragelsesforbudet, og medkontrahenten heller ikke på annen måte har tydeliggjort en slik forståelse overfor det overdragende selskapet, vil det være en høy terskel for at lojalitetshensynet kan vektlegges i den protesterende medkontrahentens favør.

Dommen i HR-2017-1664-A gjaldt spørsmålet om en kontraktsbestemmelse som ga forkjøpsrett «ved salg» av en fast eiendom, også kunne gjøres gjeldende ved fusjon.<sup>56</sup> Det ble uttalt at et salg normalt innebærer at avhenderen gir slipp på gjenstanden, både med hensyn til utnyttelsesmuligheter og ansvar. Ved fusjon vil det overdragende selskapet derimot fortsatt ha eierskap til gjenstanden i funksjonell forstand. Aksjeeierne i det overdragende selskapet vil fortsatt være på eiersiden. Det ble konkludert med at ordlyden «ved salg» ikke omfattet fusjon, noe som ble begrunnet i kontinuiteten ved fusjon, både forpliktelsesmessig og eiermessig.

---

<sup>56</sup> HR-2017-1664-A avsnitt 1.

En lignende tankegang kan legges til grunn ved overdragelse av kontrakter. Ved fusjon vil det overdragende selskapets aksjeeiere fortsatt indirekte være vært i kontraktsforholdet.

Kontinuiteten er åpenbar ved fusjon, i form av at det overdragende selskapet fortsetter å eksistere i det overtakende selskapet etter fusjonen, og dermed fortsatt vil være på forpliktelsessiden. Dette hadde ikke vært tilfellet ved andre overdragelser til tredjeperson. Når kontrakten inneholder ordlyder som «ikke overdras til tredjepart» eller lignende, er det nærliggende å konkludere med at partene har forutsatt at det er overdragelse ved salg eller lignende som er omfattet.

Helhetlig sett *kan* det tenkes at et generelt utformet overdragelsesforbud som ikke uttrykkelig nevner fusjon, likevel må anses for å omfatte fusjon. Imidlertid vil kravet om særlige holdepunkter for uoverdragelighet sett i sammenheng med at partene er profesjonelle og må forutsettes å være klare over aksjelovens hovedregel, medføre at en slik tolkning som oftest ikke er nærliggende. Det må foreligge helt særegne forhold ved det enkelte kontraktsforholdet som tilsier at overdragelse ved fusjon er omfattet av overdragelsesforbudet.

I de fleste tilfeller vil konklusjonen bli at et generelt utformet overdragelsesforbud ikke omfatter fusjon som overdragelsesmetode. Dermed kan medkontrahenten ikke påberope seg overdragelsesforbudet for å forhindre at kontrakten blir overdratt ved fusjonens ikrafttredelse.

#### **4.3.3. Forbud mot overdragelse uten medkontrahentens forutgående samtykke**

En tredje variant av en kontraktsfestet begrensning i overdragelsesadgangen, er at det stilles krav om innhenting av medkontrahentens samtykke før overdragelsen av kontrakten. I slike tilfeller foreligger det ikke et totalt overdragelsesforbud. Også her må det vurderes hvorvidt overdragelsesforbudet omfatter fusjon, noe som avhenger av om fusjon uttrykkelig er nevnt eller ikke, sml. drøftelsene i punkt 4.3.1. og 4.3.2.

Et krav om innhenting av medkontrahentens samtykke forut for overdragelsen kan kontraktsfestes på ulike måter. Eksempelvis vil medkontrahenten kunne ha en sterk posisjon i kontraktsforholdet dersom det ikke stilles nærmere krav til begrunnelsen for at samtykke eventuelt nektes. Da vil medkontrahenten ha gode muligheter for å forhandle om kontraktsvilkårene før et samtykke eventuelt gis.

Der kontrakten derimot stiller krav til at medkontrahentens samtykkenekt må være saklig begrunnet eller lignende, må det vurderes hva som utgjør en tilstrekkelig grunn til å nekte samtykke til overdragelsen. Her kan det ses hen til aksjeloven § 4-16 andre ledd, som bestemmer at samtykke til alminnelig aksjeerverv bare kan nektes der det foreligger en «saklig grunn» for å nekte slik samtykke. I juridisk teori er det uttalt at en saklig grunn for å nekte samtykke etter bestemmelsen må være fundert på selskapets interesser.<sup>57</sup> Med andre ord må et samtykkenekt begrunnes i at aksjeervervet er skadelig for selskapet og dets interesser. En tilsvarende linje kan man legge seg på hva gjelder krav til begrunnelse for samtykkenekt fra medkontrahenten ved fusjon. Medkontrahenten må oppgi en årsak til at fusjonen er skadelig for hans interesser i kontraktsforholdet eller på andre måter.

Det må nevnes at fusjonen i seg selv neppe kan anses for å påføre medkontrahenten vesentlige ulemper eller skader. Det overtakende selskapet er ansvarlig for forpliktelsene etter kontrakten på lik linje som det overdragende selskapet, og aksjeeierne i det overdragende selskapet vil i all hovedsak også være aksjeeiere i det overtakende selskapet. Fusjonsdisposisjonen vil derfor ikke direkte medføre et økonomisk tap for medkontrahenten.

Eksempler på momenter som kan utgjøre en saklig grunn for å nekte samtykke til at kontrakten overdras ved fusjonen, kan være at det overtakende selskapet er lokalisert et annet sted i landet enn det overdragende selskapet var, og at lokasjonen var en viktig betingelse for kontraktsforholdets eksistens. Et annet moment kan være omdømmemessige grunner, som igjen kan medføre økonomiske ulemper for medkontrahenten, slik som nevnt under punkt 1.1. Medkontrahenten ønsker ikke å assosieres med det overtakende selskapet av frykt for sitt eget omdømme og de negative virkningene dette gir, og nekter derfor å avgi samtykke til at kontrakten overdras ved fusjonen.

---

<sup>57</sup> Aarbakke m.fl. (2017) s. 275.

## **5. Kontrakten er overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud. Hvilke rettsvirkninger inntreer?**

### **5.1. Innledning: Problemet**

Bestemmelsene i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 gir medkontrahtenter som er pengekreditorer og som har opparbeidet seg et krav mot det overdragende selskapet som er forfalt et preventivt vern mot overdragelse av det opparbeidede kravet ved fusjon. Ellers kan det overdragende selskapets medkontrahtenter påberope seg et kontraktsfestet overdragelsesforbud forut for fusjonens ikrafttredelse for å forhindre at kontrakten blir overdratt ved fusjonen. Da vil det overdragende selskapet være avskåret fra å overdra kontrakten som en del av overdragelsesobjektet ved fusjonen.

I punkt 5 er fokuset på hva som blir rettsvirkningene av at det overdragende selskapet har overdratt en kontrakt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud, slik situasjonen i REC-kjennelsen var. Det kan tenkes at medkontrahtenten ikke har fått med seg at det overdragende selskapet har fusjonert og først blir oppmerksom på fusjonen etter ikrafttredelsen. Først da fremmer medkontrahtenten innsigelser mot fusjonen med hjemmel i det kontraktsfestede overdragelsesforbudet. Men kontrakten er jo allerede blitt overdratt til det overtakende selskapet, jf. aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3. Spørsmålet er da hvilke muligheter medkontrahtenten har til å si seg løs fra kontraktsforholdet, eventuelt til å gjøre andre kontraktsbruddsreaksjoner gjeldende. Det kan her nevnes at det overtakende selskapet har trådt inn i samtlige av det overdragende selskapets forpliktelsesforhold, noe som gjør at medkontrahtenten kan rette krav om kontraktsbruddsreaksjoner mot det overtakende selskapet, selv om kontraktsbruddet ble begått av det overdragende selskapet.

Som et utgangspunkt kan det legges til grunn at en disposisjon i strid med en kontraktsbestemmelse medfører at kontrakten ikke er etterlevd etter sitt innhold. En slik disposisjon i strid med kontraktens bestemmelser vil etter omstendighetene kunne representere et kontraktsbrudd.

Dersom et kontraktsbrudd kan konstateres, vil den parten kontraktsbruddet går utover etter omstendighetene ha grunnlag for å påberope seg retten til å gjøre gjeldende kontraktsbruddsreaksjoner i tråd med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. For ensidige forpliktelsesforhold, der det overdragende selskapet har en ensidig rettighet overfor medkontrahenten, har Høyesteretts ankeutvalg åpnet for at virkningen av en disposisjon i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud er at rettigheten som helhet bortfaller.<sup>58</sup>

## **5.2. De alternative rettsvirkningene**

### **5.2.1. Det overtakende selskapets rettigheter etter kontrakten bortfaller**

I REC-kjennelsen konkluderte Høyesteretts ankeutvalg med at virkningen av at påkravsgarantiene var blitt overdratt i strid med det kontraktsfestede overdragelsesforbudet, som forutsetningsvis omfattet fusjon, var at det overdragende selskapets rettigheter etter garantiene bortfalt. Ankeutvalgets begrunnelse var at en slik løsning samsvarte med alminnelige regler om at rettigheter som er overdratt i strid med et overdragelsesforbud, ikke kan gjøres gjeldende av erververen.<sup>59</sup> Rettigheten ble da ansett for ikke å ha blitt overdratt til det overtakende selskapet ved fusjonen, slik at rettigheten fortsatt lå til det overdragende selskapet. Imidlertid er det overdragende selskapet i tråd med aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 1 blitt oppløst ved fusjonens ikrafttredelse. Derfor var det intet subjekt som var berettiget til å påberope seg rettigheten lenger, og virkningen ble da at rettigheten simpelthen måtte anses som bortfalt.

I den konkrete saken medførte løsningen i realiteten at kontraktsforholdet ble hevet, uten at det ble foretatt en tradisjonell hevingsdrøftelse i tråd med alminnelige kontraktsrettslige regler.

Ankeutvalget understreket imidlertid at eventuelle forpliktelser som påhviler det overtakende selskapet etter en kontrakt, ikke kan anses for å bortfalle ved en overdragelse i strid med et overdragelsesforbud. Dermed foretar ankeutvalget et skille mellom rettigheter og forpliktelser. Det fremstår som en rimelig løsning at en kontraktspart ikke skal kunne

---

<sup>58</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 28.

<sup>59</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 28.



misligholde seg bort fra sine kontraktsmessige forpliktelser. Men dersom man fortsatt skal være ansvarlig for forpliktelser, bør man også fortsatt ha visse rettigheter i behold. Etter alminnelige formuesrettslige regler er det slik at dersom avhenderen ikke hadde rett til å overdra rettigheten, vil rettigheten fortsatt ligge til avhenderen. Men da vil avhenderen også fortsatt være ansvarlig for forpliktelsene. Ved fusjon er problemet imidlertid at det overdragende selskapet ikke lenger eksisterer som eget rettssubjekt, da det anses for å fortsette å eksistere i det overtakende selskapet.

Det må antas at ankeutvalgets løsning i REC-saken er påvirket av at det ble tvistet om et ensidig forpliktelsesforhold. Spørsmålet gjaldt altså ikke om den gjensidig bebyrdende leveringskontrakten var blitt overdratt, eller hva som i et slikt tilfelle hadde blitt virkningen. Det kan spørres om løsningen i REC-kjennelsen vil utgjøre en god løsning der spørsmålet er om en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt ved fusjon i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud. Dette vurderes avslutningsvis i punkt 7.

### **5.2.2. Kontraktsrettens misligholdsinstitutt**

I punkt 5.2.2. skal det vurderes hva som blir virkningen av at en kontrakt er overdratt ved fusjon i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud, under forutsetning av at løsningen i REC-kjennelsen ikke legges til grunn. Spørsmålet er da om medkontrahenten har adgang til å gjøre gjeldende kontraktsbruddsreaksjoner etter den alminnelige kontraktsrettslige misligholdslæren.

At kontraktsmessige forpliktelser ikke oppfylles i samsvar med det kontraktens innhold gir anvisning på, betegnes ofte som «mislighold». De rettighetene man oppnår som følge av kontraktspartens mislighold, kalles da «misligholdssanksjoner» eller «misligholdsbeføyelser».<sup>60</sup> Et mer hverdagslig begrep på mislighold er «kontraktsbrudd», og i tråd med en slik terminologi kalles rettighetene kontraktsmotparten kan gjøre gjeldende for «kontraktsbruddsreaksjoner».<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 127.

<sup>61</sup> Ibid.

Kontraksbruddsreaksjonenes formål er todelt. De skal ha en preventiv effekt i form av at de skal oppmuntre kontraktspartene til å oppfylle sine kontraktsmessige forpliktelser på kontraktmessig måte. Videre skal kontraksbruddsreaksjonene også bidra til at den kontraktsparten som blir utsatt for kontraksbruddet, blir stilt i en posisjon som om kontraksbruddet aldri fant sted. Dette er det reparative hensynet som begrunner kontraksbruddsreaksjonenes eksistens.<sup>62</sup>

Et kontraksbrudd kan konstateres der den ene kontraktspartens oppfyllelse ikke samsvarer med det som skal oppfylles etter kontraktens ordlyd.<sup>63</sup> Når kontrakten inneholder et overdragelsesforbud som omfatter fusjon, vil en overdragelse i strid med det kontraktsfestede overdragelsesforbudet representere en disposisjon som avviker fra kontraktmessig oppfyllelse. Følgelig kan et kontraksbrudd konstateres.

Imidlertid medfører ikke det momentet at et kontraksbrudd er konstatert automatisk at kontraksbruddsreaksjoner kan gjøres gjeldende av medkontrahenten. Det er ulike vilkår som må oppfylles for at de forskjellige kontraksbruddsreaksjonene skal være aktuelle. I det videre er spørsmålet hvilke kontraksbruddsreaksjoner som eventuelt kan gjøres gjeldende ved overdragelse av kontrakten i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud.

En første kategori av kontraksbruddsreaksjoner er hevingsreglene. Hevingsadgang innebærer en rett til å kreve seg løs fra kontrakten som helhet.<sup>64</sup> Hovedregelen er at hevingsadgang betinges av at kontraksbruddet representerer et vesentlig avvik fra kontraktmessig oppfyllelse, noe som har sammenheng med det grunnleggende utgangspunktet om at kontrakter skal holdes og at heving i lys av dette representerer en inngrepende reaksjon i kontraksforholdet.<sup>65</sup>

Når en kontrakt er overdratt ved fusjon, får medkontrahenten formelt en ny kontraktspart å forholde seg til i form av det overtakende selskapet. Dette bryter med forutsetningen medkontrahenten hadde ved kontraktsinngåelsen, da han valgte det overdragende selskapet som sin medkontrahent. Det kontraktsfestede overdragelsesforbudet kan da antas å forutsette

---

<sup>62</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 130 og s. 127.

<sup>63</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 128.

<sup>64</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 129.

<sup>65</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 129 og s. 200-201.

at kontraktsforholdet kun skal eksistere mellom de opprinnelige kontraktpartene. Dette kan tale for at kontraktsbruddet er et kvalifisert avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse, og at hevingsadgangen er i behold.

Likevel er det vanskelig å se at fusjonen i seg selv påfører medkontrahenten en vesentlig ulempe. Det overtakende selskapet vil være ansvarlig for hovedforpliktelsen etter kontrakten, og dermed vil ikke medkontrahenten lide noe økonomisk tap som følge av fusjonsdisposisjonen i seg selv.

Det kan tenkes at enkelte fusjonsoverdragelser etter omstendighetene er egnet til å representere et vesentlig kontraktsbrudd som gir medkontrahenten hevingsgrunnlag. Imidlertid bør en forutsetning da være at det foreligger særlige forhold som tilsier at fusjonen representerer et vesentlig kontraktsbrudd.

En andre kategori av kontraktsbruddsreaksjoner er erstatningsreglene. Hovedhensynet bak erstatningsreglene er at medkontrahenten skal stilles i en økonomisk posisjon som om kontraktsmessig oppfyllelse fant sted.<sup>66</sup> For at et erstatningsansvar skal kunne konstateres, må det i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper foreligge et tap for medkontrahenten, et ansvarsgrunnlag som konstaterer skyld hos den misligholdende kontraktparten og adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og kontraktpartens ansvarsbetingende handling.

Overdragelsen av kontrakten ved fusjon i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud kan neppe i seg selv anses for å påføre medkontrahenten et økonomisk tap. Det overtakende selskapet har ansvaret for forpliktelsene etter kontrakten, slik at det ikke er en umiddelbar fare for at det overtakende selskapet vil begå et kontraktsbrudd i relasjon til hovedforpliktelsen etter kontrakten. For at fusjonsoverdragelsen i seg selv skal kunne anses for å påføre medkontrahenten et økonomisk tap, må dette tapet begrunnes i omdømmemessige årsaker som medfører et økonomisk tap for medkontrahenten. Det må i så fall vurderes hvorvidt årsakssammenhengen mellom fusjonsoverdragelsen og det økonomiske tapet er adekvat.

---

<sup>66</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 173-175.

Primært vil altså hevingsreglene være den mest aktuelle kontraktsbruddsreaksjonen å påberope seg for medkontrahenten der kontrakten er blitt overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud. Men som påpekt, så betinges dette av at spesielle forhold i det enkelte kontraktsforholdet tilsier at kontraktsoverdragelsen i strid med overdragelsesforbudet representerer et vesentlig kontraktsbrudd.

Det kan nevnes at partene også kan regulere virkningen av et kontraktsbrudd direkte i kontrakten.

## **6. Et overdragelsesforbud er ikke kontraktsfestet: Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger som hevingsgrunnlag**

### **6.1. Innledning: Presentasjon av forutsetningslæren**

I punkt 6 vil fokuset være på de tilfeller der kontrakten er overdratt ved fusjon, men kontrakten inneholder ikke et uttrykkelig overdragelsesforbud, og et slikt forbud kan heller ikke innfortolkes i kontrakten. Spørsmålet blir da om medkontrahenten likevel kan kreve seg løst fra kontrakten.

I REC-kjennelsen uttalte ankeutvalget at en «[...] fusjon i enkelte tilfeller [kan] representere en vesentlig bristende forutsetning og således blant annet gi medkontrahenten hevingsrett».<sup>67</sup> I juridisk teori er det samme lagt til grunn.<sup>68</sup>

Etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger er det sentrale vurderingstemaet hvorvidt overdragelsen av kontrakten ved fusjon representerer en vesentlig bristende forutsetning ved kontraktsforholdet. Følgelig er forutsetningslæren et alternativt rettsgrunnlag for å kreve seg løst fra kontrakten i de situasjoner der andre rettsgrunnlag ikke strekker til. Forutsetningslæren har dermed primært betydning som en sikkerhetsventil.<sup>69</sup> Allerede ut fra dette kan det slutes at det er en høy terskel for at forutsetningslæren skal komme til anvendelse.

Det klare utgangspunktet er som nevnt i punkt 4 at enhver kontraktspart selv bærer risikoen for sine egne forutsetninger ved kontraktsinngåelsen, og kontrakten binder slik den er inngått.<sup>70</sup> Når det ikke uttrykkelig er kontraktsfestet et overdragelsesforbud som omfatter fusjon, er det nærliggende å trekke den slutning at partene har ment å falle tilbake på bakgrunnsrettens regel om at kontrakten er overdragelig ved fusjon, jf. aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3.

---

<sup>67</sup> Rt. 2010 s. 918 avsnitt 26.

<sup>68</sup> Andenæs (2006) s. 603.

<sup>69</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 434.

<sup>70</sup> Giertsen (2014) s. 258-259.

Likevel kan altså den ulovfestede læren om bristende forutsetninger tjene som hevingshjemmel der medkontrahenten hadde en klar forutsetning om at kontrakten ikke skulle kunne overdras ved fusjon, og denne forutsetningen brister. I Rt. 2010 s. 1345 ble kjernen i forutsetningslæren fremstilt slik:

«For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetningen som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjonen.»<sup>71</sup>

Det må altså være tale om en forutsetning som var motiverende for at kontraktsparten inngikk kontraktsforholdet, og denne forutsetningen må ha blitt synliggjort overfor kontraktsmotparten.

I tillegg har det i juridisk teori blitt lagt til grunn at forutsetningssvikten må være vesentlig og relevant.<sup>72</sup>

## **6.2. De ulike vilkårene**

### **6.2.1. Kausal forutsetning**

Forutsetningen må ha vært kausal, noe som innebærer at medkontrahentens forutsetning om at kontrakten skulle være uoverdragelig ved fusjon må ha vært en motiverende faktor som bidro til at kontrakten ble inngått i første omgang.

Enkelte kontraktsforhold blir inngått på grunnlag av at kontraktspartene har et særlig nært forhold til hverandre. Ved det frie valget av medkontrahent kan et særlig viktig moment være hvorvidt man stoler på og har tillit til den man velger som medkontrahent. Om man kan påvise at man ikke hadde inngått kontraktsforholdet dersom den konkrete kontraktsmotparten ikke var tilgjengelig, vil vilkåret om kausal forutsetning kunne være oppfylt.

---

<sup>71</sup> Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63.

<sup>72</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 435.

En annen innfallsvinkel er at medkontrahenten valgte det overdragende selskapet som sin kontraktsmotpart fordi selskapet var en liten virksomhet, noe som var viktig for medkontrahenten. Etter fusjonen vil virksomheten bli større, og medkontrahenten frykter at dette vil ha negativ påvirkning på kontraktsforholdet. Den motiverende forutsetningen ved kontraktsinngåelsen vil da bortfalle som følge av fusjonsdiposisjonen.

### **6.2.2. Synbar forutsetning**

Videre er det et vilkår at den motiverende forutsetningen medkontrahenten hadde ved kontraktsinngåelsen ble tilstrekkelig synliggjort overfor det overdragende selskapet. Synbarhetskravet innebærer at det overdragende selskapet må ha vært bevisste at medkontrahenten hadde en forutsetning om at kontrakten var uoverdragelig ved fusjon, eksempelvis fordi medkontrahenten valgte det overdragende selskapet som sin kontraktsmotpart fordi det overdragende selskapet var en liten virksomhet.

Tatt i betraktning at aksjelovens hovedregel er at kontrakter skal overdras ved fusjonens ikrafttredelse, må medkontrahentens forutsetning om at kontrakten skal være uoverdragelig ved fusjon regnes som en individuell forutsetning. Dette innebærer at forutsetningen er særskilt for den konkrete kontraktsparten, og dermed vil terskelen være høyere for at kontraktsmotparten skal kjenne til forutsetningen.<sup>73</sup>

Når et overdragelsesforbud ikke uttrykkelig er kontraktsfestet, og medkontrahenten heller ikke har gitt tydelig uttrykk for en slik forutsetning på annen måte, må det foreligge særlig tungtveiende holdepunkter for å konstatere at forutsetningen har vært synbar for det overdragende selskapet.

### **6.2.3. Vesentlig forutsetningsbrist**

Vesentlighetsvilkåret er først og fremst et terskelkrav. Det innebærer at ikke enhver forutsetningsbrist er egnet til å gi medkontrahenten hevingsrett. På mange måter kan

---

<sup>73</sup> Krüger (1989) s. 686.

vesentlighetskravet sammenlignes med det vesentlighetskrav man gjenkjenner fra de alminnelige reglene om kontraktsheving.

Man kan konstatere at en forutsetning har bristet, akkurat som man konstaterer at et kontraktsbrudd har skjedd. Spørsmålet blir da om forutsetningsbristen var vesentlig. Fokuset i drøftelsen vil da være hvilke ulemper forutsetningsbristen påfører medkontrahenten.

Vurderingen av om forutsetningsbristen er vesentlig vil ofte kunne sammenfalle med om forutsetningen er relevant, og det vil ofte kunne være en glidende overgang mellom vurderingen av disse vilkårene.

#### **6.2.4. Relevant forutsetning**

At forutsetningen må være relevant, innebærer at det må fremstå som rimelig at forutsetningsbristen gir medkontrahenten en rett til å heve kontrakten.<sup>74</sup> Hvis medkontrahent A har tydeliggjort overfor det overdragende selskap B at formålet med kontraktsinngåelsen er at A skal oppnå et bedre miljømessig omdømme, fordi selskap B har et godt miljømessig rykte,<sup>75</sup> er forutsetningen både kausal og synbar for B. Kontrakten blir deretter overdratt ved fusjon til selskap C, som har et mer frynsete miljømessig rykte. I et slikt tilfelle vil det etter omstendighetene være rimelig at A gis hevingsadgang.

Relevansvurderingen vil i høy grad bestå i å foreta en interesseavveining. Spørsmålet er hvilke hensyn som taler for at forutsetningsbristen skal tillegges vekt, samt hvilke hensyn som taler mot å tillegge forutsetningsbristen vekt. Når medkontrahenten må antas å være klar over aksjelovens hovedregel i aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3, er uoverdragelighet en forutsetning han i utgangspunktet selv må bære risikoen for når forutsetningen ikke er kontraktsfestet. Det er her relevans- og vesentlighetsvurderingen kan skli over i hverandre. Selv om tungtveiende hensyn taler for å tillegge forutsetningsbristen vekt, må det vurderes hvilke konkrete ulemper forutsetningsbristen påfører medkontrahenten. Spørsmålet er om ulempene er vesentlige, slik at det er rimelig at kontrakten medkontrahenten

---

<sup>74</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 435.

<sup>75</sup> Sml. eksempelet i punkt 1.1. i fremstillingen.



gis hevingsadgang. Vurderingen er her nokså lik den vurderingen man foretar etter alminnelige kontraktsrettslige regler om heving.

## **7. Oppsummering og avslutning: Fokus på gjensidig bebyrdende kontrakter**

Avslutningsvis i punkt 7 i fremstillingen foretas det en oppsummering av de problemstillingene som er gjennomgått i fremstillingen. Det vil da knyttes noen tanker til enkelte aspekter ved gjeldende rett. I tillegg vil det i dette punktet foretas en friere drøftelse av hva som er gjeldende rett når det kommer til rettsvirkningen der en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt i strid med et overdragelsesforbud. Ettersom det ikke foreligger rettskilder som gir et tilstrekkelig klart svar på dette spørsmålet, vil vurderingen foretas i et mer normativt perspektiv.

Gjennom fremstillingen er det synliggjort at enkelte medkontrahtenter vil kunne ha et behov for å verne seg mot at deres kontrakt med det overdragende selskapet blir overdratt ved fusjon. I lys av det stadig økende fokuset på næringslivets samfunnsansvar, vil aktualiteten av medkontrahtentens vern mot uønskede overdragelser av kontrakter også kunne øke.

I fremstillingen er det klargjort at aksjeloven oppstiller et relativt snevert vern for medkontrahtentene. Det er et fåtall av medkontrahtentene som vil kunne holde sin rettighet utenfor fusjonen etter aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. En medkontrahtent kan ikke med hjemmel i disse bestemmelsene forhindre at en gjensidig bebyrdende kontrakt som baserer seg på løpende levering, blir overdratt ved fusjon. Aksjeloven §§ 13-14 og 13-15 verner heller ikke kreditorer med krav på oppfyllelse i annet enn penger. Et slikt vern av realkreditorer er en lovgiveroppgave å oppstille.

Det kan imidlertid innvendes at behovet for en mer direkte lovregulering av medkontrahtentenes stilling ved fusjon ikke er presserende. En slik påstand kan forsvares ut fra at aksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-16 første ledd nr. 3 er deklarasjonsartikkel.

Kontraktspartene har dermed adgang til å kontraktsfeste begrensninger i overdragelsesadgangen. I lys av at begge kontraktspartene på aksjerettens område (som oftest) er profesjonelle, må det forventes at denne adgangen anvendes dersom partenes intensjon er at kontrakten skal være uoverdragelig.

I punkt 4 var konklusjonen at en forutsetning for at medkontrahenten skal kunne forhindre overdragelse av kontrakten ved fusjon, er at overdragelsesforbudet uttrykkelig omfatter fusjon. Dette standpunktet harmonerer best med kravet til særlige holdepunkter for uoverdragelighet, slik Andenæs tar til orde for, og som ankeutvalget slutter seg til i REC-kjennelsen. I tillegg kan det slutes fra HR-2017-1664-A at jo tydeligere kontraktens ordlyd er i retning av at overdragelsesforbudet omfatter fusjon, jo bedre vernet mot overdragelse ved fusjon er kontraktspartene. Dersom et overdragelsesforbud som omfatter fusjon er kontraktsfestet, kan medkontrahenten forhindre at kontrakten blir overdratt ved fusjonen.

Dersom medkontrahenten ikke fremsetter innsigelse mot fusjonen forut for ikrafttredelsen til tross for at et overdragelsesforbud er kontraktsfestet, er spørsmålet hva som er virkningen av at kontrakten likevel overdras ved fusjon. Dette ble vurdert i punkt 5, der det ble lagt til grunn at overdragelsen representerer et kontraktsbrudd. Det må da først undersøkes hvorvidt kontrakten uttrykkelig regulerer hva som blir virkningen av slik disposisjon i strid med kontrakten. Dersom dette ikke er tilfelle, er det i REC-kjennelsen åpnet for at for ensidige forpliktelsesforhold kan en løsning være at det overtakende selskapets rettigheter etter kontrakten bortfaller. En alternativ løsning kan være at medkontrahenten gis adgang til å gjøre gjeldende kontraktsbruddsreaksjoner.

Imidlertid mener jeg at det må vurderes hvorvidt overdragelsen i strid med det kontraktsfestede overdragelsesforbudet representerer et vesentlig kontraktsbrudd. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. En tilsvarende drøftelse ble ikke foretatt i REC-kjennelsen, til tross for at kontrakten ikke inneholdt et absolutt overdragelsesforbud.

Dersom et overdragelsesforbud ikke er kontraktsfestet og ikke kan innfortolkes i kontrakten, er medkontrahenten henvist til å søke vern i den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Dette er lagt til grunn i REC-kjennelsen, lovforarbeidsuttalelser og i juridisk teori. I punkt 6 ble det nevnt at terskelen for heving eller revidering av kontrakten i et slikt tilfelle er høy. Dette kan begrunnes i at medkontrahentens forutsetning om at kontrakten skal være uoverdragelig i majoriteten av tilfellene vil være en individuell forutsetning, noe som innebærer at det er høyere terskel for at det overdragende selskapet skal ha vært bevisste medkontrahentens forutsetning.

Det avsluttende spørsmålet som vil vurderes i et mer normativt perspektiv, er hva som vil representere den beste løsningen i et tilfelle der en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud. Et slikt tilfelle skiller seg fra saksforholdet i REC-kjennelsen, som omhandlet et ensidig forpliktelsesforhold der medkontrahenten var forpliktet etter påkravsgarantier.

I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold vil begge kontraktspartene ha stilling som kravshaver og skyldner overfor hverandre.<sup>76</sup> For gjensidige bebyrdende kontraktsforhold står prinsippet om ytelse mot ytelse ytterst sentralt.<sup>77</sup> Spørsmålet er hvilken overføringsverdi løsningen i REC-kjennelsen har til et slikt tilfelle.

Dersom løsningen i REC-kjennelsen legges til grunn, innebærer dette at det overtakende selskapet taper sine rettigheter etter kontrakten, samtidig som det fortsatt vil være ansvarlig for forpliktelsene. Motsatt vil medkontrahenten fris fra sine forpliktelser, men fortsatt ha sine rettigheter i behold. Kontraktsforholdet vil da i realiteten endre karakter fra å være et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold til å bli et ensidig forpliktelsesforhold.

Løsningen vil innebære at det skapes en ubalanse i kontraktsforholdet, noe som ikke var kontraktspartenes forutsetning da kontraktsforholdet ble inngått. Partenes forutsetninger ved inngåelsen av en gjensidig bebyrdende kontrakt er jo nettopp at kontraktsforholdet skal bygge på prinsippet om ytelse mot ytelse. Denne forutsetningen vil bortfalle dersom REC-kjennelsen legges til grunn.

Videre knytter det seg enkelte betenkeligheter til en løsning der kontraktsforholdet som helhet automatisk skal bortfalle som følge av at et kontraktsbrudd er konstatert. I tråd med alminnelige kontraktsrettslige regler betinges heving av at kontraktsbruddet representerer et vesentlig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. I REC-kjennelsen blir konsekvensen av løsningen at kontraktsforholdet i realiteten heves, da rettighetene bortfaller. Løsningen konstateres uten at ankeutvalget foretar en vurdering av hvorvidt kontraktsbruddet er vesentlig.

---

<sup>76</sup> Hov/Høgberg (2017) s. 23.

<sup>77</sup> Giertsen (2014) s. 12.

Som vist i punkt 5 er hensynet bak kontraktsbruddsreaksjonene at kontraktspartene skal motiveres til å oppfylle kontraktsmessig, samt at den kontraktsparten som kontraktsbruddet går utover, skal stilles i en posisjon som om kontraktsbruddet ikke fant sted. Den kontraktsparten som utsettes for kontraktsbruddet skal ikke tjene på kontraktsbruddet. Han skal kun kompenseres for eventuelle tap han lider som følge av kontraktsbruddet.

Dersom løsningen i REC-kjennelsen legges til grunn i et tilfelle der en gjensidig bebyrdende kontrakt er overdratt i strid med et kontraktsfestet overdragelsesforbud, kan medkontrahenten oppfordres til å unnlate å fremme innsigelse mot fusjonen før fusjonens ikrafttredelse. Dersom medkontrahenten heller venter til etter fusjonens ikrafttredelse med å gjøre overdragelsesforbudet gjeldende, kan han oppnå å fris fra sine forpliktelser samtidig som han vil ha sine rettigheter i behold. En slik løsning går på akkord med hensynet til lojal opptreden i et kontraktsforhold.

En mulig løsning basert på de hensyn som til nå er gjennomgått, og fundert på hensynet til koherens i regelverket, kan være at man faller tilbake på aksjelovens utgangspunkt om at de kontraktsmessige rettighetene og forpliktelsene er overdratt ved fusjonen, til tross for at et overdragelsesforbud er inntatt. Hvis kontrakten uttrykkelig regulerer hva som blir løsningen dersom fusjon aktualiseres, kan denne løsningen legges til grunn selv om fusjonen har trådt i kraft. Dersom kontrakten ikke uttrykkelig regulerer hva som blir løsningen, men bare inneholder et overdragelsesforbud som omfatter fusjon, kan en løsning være at medkontrahenten er henvist til å søke vern ved å gjøre gjeldende alminnelige kontraktsbruddsreaksjoner. Tatt i betraktning at fusjonen i seg selv neppe kan anses å påføre medkontrahenten vesentlige ulemper, må medkontrahenten påvise andre faktorer som taler for heving.

En slik vurdering vil i høy grad sammenfalle med en vurdering av om medkontrahenten har en saklig grunn til å nekte å gi samtykke til overdragelse av kontrakten ved fusjon. Som konkludert med i punkt 4 i fremstillingen, vil medkontrahenten da måtte begrunne sitt samtykkenekt i sine egne interesser i kontraktsforholdet, eksempelvis at fusjonen indirekte fører til at hans omdømme svekkes, og at han dermed lider økonomisk tap.

Aksjelovens hovedregel er at kontraktsmessige rettigheter og forpliktelser skal overdras ved fusjon, med mindre et overdragelsesforbud som uttrykkelig omfatter fusjon er kontraktsfestet.

Når tvisten først oppstår etter at fusjonen er gjennomført med de virkninger som aksjeloven § 13-16 gir anvisning på, og kontrakten ikke uttrykkelig regulerer hva løsningen blir, er den beste løsningen at det foretas en alminnelig hevingsdrøftelse. Dette harmonerer etter mitt syn best med aksjelovens fusjonsregler og hensynene bak det kontraktsrettslige misligholdsinstituttet. En slik løsning er også i tråd med at det må foreligge særlige holdepunkter for at kontrakten skal være uoverdragelig.

## Litteraturliste

### Lover:

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.  
Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.  
Lov av 04. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.  
Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.  
Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687, NL 5-1-2.

### Lovforarbeider:

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) om lov om aksjeselskaper.  
NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.

### Rettspraksis:

Rt. 1992 s. 966.  
Rt. 1997 s. 1050 (Momentum-dommen).  
Rt. 1997 s. 1807.  
Rt. 1998 s. 268 (Cruise Charter-dommen).  
Rt. 2002 s. 1155 (Gjeldsforsikrings-dommen).  
Rt. 2005 s. 268 (Pan Fish-dommen).  
Rt. 2008 s. 385.  
Rt. 2008 s. 969 (Marine Harvest-dommen).  
Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen).  
HR-2017-1664-A.  
LH-2010-23648-1.

### Internasjonale kilder:

EØS-avtalen, Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.  
EØS-avtalen, vedlegg XXII, Selskapsrett.

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

Litteratur:

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Lovkommentar*, 4. utgave, Oslo 2017.  
Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006.  
Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2017.  
Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 6. utgave, Oslo 2019.  
Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014.  
Giertsen, Johan, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999.  
Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2017.  
Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.

Artikler:

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