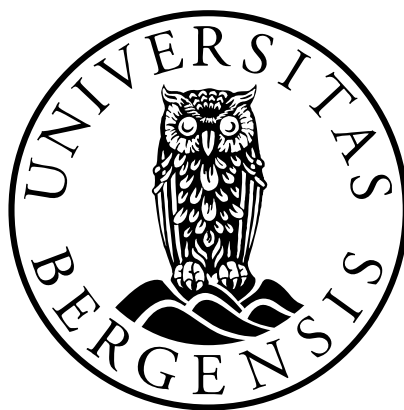


Forkjøpsrett ved fusjon

En selskapsrettslig analyse av spørsmål knyttet til lovfestede og avtalefestede forkjøpsretter ved fusjon

Kandidatnummer: 195

Antall ord: 14 660



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	3
1.2 Metodiske utfordringer og verktøy	3
1.3 Avgrensning.....	4
2 Forkjøpsrett	5
2.1 Begrepet "forkjøpsrett"	5
2.2 Situasjoner som utløser forkjøpsrett	6
2.3 Hensyn bak forkjøpsretten.....	9
2.4 Vederlagskravet ved forkjøpsrett.....	10
3 Fusjon	13
3.1 Begrepet "fusjon"	13
3.2 Hensyn bak fusjon	14
3.3 Kontinuitetsprinsippet	15
3.3.1 Virkningen av kontinuitetsprinsippet	15
3.3.2 Begrunnelsen for kontinuitetsprinsippet	17
4 Lovfestet forkjøpsrett ved fusjon	18
4.1 Innledning og illustrasjon av situasjonen	18
4.2 Aksjonærers forkjøpsrett etter aksjeloven §§ 4-19 til 4-23	18
4.2.1 Den aktuelle situasjonen og generelt om aksjonærers forkjøpsrett.....	18
4.2.2 Hvem har forkjøpsrett – aksjeloven § 4-22	19
4.2.3 Aksjeloven § 4-21	22
4.2.4 Aksjeloven § 4-21 - "Når ikke annet er bestemt ved lov"	28
4.3 Aksjeselskap etablert før 1999	29
5 Avtalefestet forkjøpsrett	30
5.1 Innledning	30
5.2 Generelt om avtalefestet forkjøpsrett	30
5.3 Troll-Tinn-dommen (HR-2017-1664-A).....	32
5.3.1 Saksgangen.....	32
5.3.2 Momenter som fikk betydning ved vurderingen av forkjøpsrett.....	32
5.3.3 Prejudikatsvirkningen av Troll-Tinn-dommen.....	34

5.4	Tilfeller hvor forkjøpsrett blir utløst ved fusjon.....	35
6	Enkelte spørsmål knyttet til forkjøpsrett ved fusjon	39
6.1	Innledning.....	39
6.2	Omgåelselæren.....	39
6.2.1	Innholdet i omgåelselæren.....	39
6.2.2	Fisjonsfusjon for å omgå forkjøpsrett	43
6.3	Virksomhetskontinuitet når det ikke foreligger kontinuitet i virksomheten.....	46
7	Avslutning	48
	Litteraturliste	50

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for fremstillingen er forkjøpsrett ved fusjon. Avhandlingen skal søke å besvare *om* og eventuelt *når* forkjøpsrett blir utløst når to eller flere selskap slår seg sammen til ett. I denne prosessen skal både lovfestede og avtalefestede forkjøpsretter gjennomgås. Ved lovfestede forkjøpsretter er det primært aksjonærenes forkjøpsrett til aksjer som skal analyseres. Forkjøpsrett i henhold til blant annet lov om løysingsrettar (LOV-1994-12-09-64) vil imidlertid også bli trukket frem der elementer fra denne loven kan gi overføringsverdi for argumentasjonen opp mot de løsninger som gjelder fusjon.¹ Ved avtalefestede forkjøpsretter skal det blant annet tas utgangspunkt i HR-2017-1664-A (Troll-Tinn), en dom som omhandler avtalefestet forkjøpsrett til eiendom.

Problemstillingen gjelder spørsmålet om harmonisering for to klare regelsett i norsk rett, knyttet til forkjøpsrettens stilling i fusjonsprosessen. Ved en fusjon medfører kontinuitetsprinsippet at alle eiendeler, rettigheter og plikter videreføres til ett selskap: det overtakende selskapet.² Dersom en annen part har forkjøpsrett til en av disse eiendelene som blir overført, så vil det ikke være mulig å gjennomføre begge regelsettene fullt ut dersom fusjonen er en hendelse som utløser forkjøpsrett. En part kan ikke fusjonere og få fullt utslag for kontinuitetsprinsippet, samtidig som en annen kan utøve sin forkjøpsrett. Avhandlingens hovedtema er hvilke av disse regelsettene som får forrang der de kommer i motstrid, og eventuelt om dette varierer alt ettersom hva bakgrunnen for forkjøpsretten og fusjonen er.

1.2 Metodiske utfordringer og verktøy

Oppgaven gir en rettsdogmatisk analyse av rettsstilstanden de lege lata. Metodiske utfordringer ligger i at det er få rettskilder som regulerer forkjøpsretter utløst ved fusjon. Spesielt angående rettspraksis er rettskildebildet begrenset, og de fleste dommene som finnes er fra lavere rettsinstanser. Det kan kun legges begrenset vekt på underrettsdommene, og det vil være behov

¹ Lov om løysingsrettar ble i tillegg påberopt som mulig rettsgrunnlag i HR-2017-1664-A, og loven vil derfor bli trukket frem når denne dommen skal redegjøres for i del 5.3.

² Om definisjonen til overtakende selskap og fusjon generelt se avhandlingens del 3.2.

for en rettslig avklaring fra Høyesterett før det definitivt kan besvares hva løsningen er på problemstillingene denne avhandlingen tar opp.³

Kapittel 6 behandler omgåelseslæren. Utfordringen som ligger her er at det ikke er fastslått at det eksisterer en omgåelseslære knyttet til forkjøpsrett ved fusjon. Her vil det bli trukket frem rettspraksis som ikke knytter seg direkte til forkjøpsrett ved fusjon. Selv om de ikke knytter seg direkte til forkjøpsrett vil det være relevant å trekke disse dommene frem for å avgjøre om dommene kan anvendes analogisk på problemstillingene som denne oppgaven reiser.

1.3 Avgrensning

Fremstillingen avgrenses mot fusjon for allmennaksjeselskap, samt regnskaps- og skatterettslige regler knyttet til fusjon.⁴

Lovregler som gjelder forkjøpsrett utenfor aksjelovens bestemmelser vil kun bli benyttet til illustrasjon for problemstillingen der det passer, som del av bakgrunnsretten og til bruk for argumentasjon.

Forholdet mellom allmennaksjeloven (LOV-1997-06-13-45) og aksjeloven (LOV-1997-06-13-44) vil ikke være et tema i denne masteravhandlingen. Det er fordi allmennaksjelovens hovedregel er den motsatte av hovedregelen i aksjeloven jf. allmennaksjeselskapsloven kapittel 4 punkt VI til VIII. Etter allmennaksjeloven har ikke aksjonærene forkjøpsrett til aksjer. Allmennaksjeloven åpner for at en mye større krets aksjonærer kan kjøpe seg inn i selskapet, og legger ikke samme begrensninger på hvem som kan bli aksjonær. Problemstillingen som denne avhandlingen søker å besvare vil følgelig ikke få samme praktiske betydning ved allmennaksjeselskap som ved aksjeselskap.⁵

³ Rettskildevekten til underrettspraksis må anses for å være begrenset og kan sammenlignes med rettskildevekten til juridisk teori. Den høye rettskildevekten til "rettspraksis" knytter seg utelukkende til Høyesterettspraksis jf. Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt s. 168

⁴ Sentrale lover som regulerer regnskaps- og skatterettslige regler knyttet til fusjon er skatteloven (LOV-1999-03-26-14) og regnskapsloven (LOV-1998-07-17-56). Ved gjennomføring av fusjon er disse reglene sentrale, ettersom det gjelder særlige regler knyttet til fusjon av selskaper. Dette innebærer blant annet skattefritak jf. skatteloven § 11-2, og egne regler for regnskapsføringen jf. regnskapsloven kapittel 4. Disse blir ikke nærmere gjennomgått ettersom avhandlingens tema knytter seg til selskapsrettslige regler rundt forkjøpsrett og fusjon.

⁵ Her må det imidlertid ses hen til om vedtektene sier noe om forkjøpsrett. Dersom det er vedtektsfestet en forkjøpsrett i et allmennaksjeselskap vil problemstillingen være aktuell for dette aktuelle selskapet.

2 Forkjøpsrett

2.1 Begrepet "forkjøpsrett"

Spørsmålet er som nevnt *om* og eventuelt *når* forkjøpsrett blir utløst ved fusjon. I denne del skal det redegjøres for hva forkjøpsretten faktisk innebærer og hva som kan utledes av begrepet "forkjøpsrett".⁶

Det første som kan utledes av begrepet "forkjøpsrett" er at det er tale om en *rett*. Dette i motsetning til *plikt*. Vedkommende retten tilhører vil følgelig ikke være forpliktet til å benytte seg av forkjøpsretten. Forkjøpsretten er heller ikke en rettighet som automatisk blir aktivert når en rettighetsutløsende hendelse inntreffer. Det er rettighetshaveren selv som må påberope seg forkjøpsretten for å få den utøvd.⁷

Dernest kan begrepet tolkes til at dette er en rett til å *kjøre* noe. Dersom rettighetshaveren skal utøve sin rett må vedkommende komme med en motytelse i form av vederlag dersom ikke annet er avtalt. Hvor stort vederlaget skal være avhenger av hva som allerede er regulert i en eventuell eksisterende avtale eller annet rettsstiftende grunnlag. Hvordan vederlaget skal fastsettes utover dette skal det kommes tilbake til i punkt 2.3.

Det siste som kan utledes av begrepet forkjøpsrett er at vedkommende med rettigheten har rett til å kjøpe gjenstanden/aksjen/eiendommen *foran noen andre*. Det betyr at dersom eieren har planer om å selge, så har vedkommende rett til å tre inn i en eventuell salgavtale som selgeren hadde med noen andre.

Det at en part har rett til å kjøpe foran andre betyr ikke at parten er den eneste som har denne retten. Ved forkjøpsrett til aksjer har *alle aksjonærene* forkjøpsrett.⁸ Her vil de omsettelige aksjene ifølge aksjeloven § 4-22 (2) bli fordelt forholdsmessig mellom de aksjonærene som påberoper seg forkjøpsretten.

⁶ I dette kapitlet ses det generelt på hva som kan utledes av begrepet forkjøpsrett uavhengig av hvilket gode rettigheten hefter på. Forkjøpsrett knyttet til aksjer etter aksjeloven redegjøres for i kapittel 4.

⁷ Lilleholt, *Knophs oversikt over Norges rett* s. 170

⁸ Med mindre annet er vedtektsfestet. For eksempel dersom det finnes ulike aksjeklasser, har aksjonærene i samme aksjeklasse fortrinn overfor de øvrige aksjonærene i selskapet jf. asl. § 4-22 (2) annet punktum.

Oppsummeringsvis er forkjøpsretten etter ordlyden en rett til å tre inn i et salg.⁹ En isolert tolkning av begrepet forkjøpsrett tyder derfor på at rettigheten ikke blir utløst utover de tilfellene gjenstanden/eiendommen/aksjene blir *solgt*.

2.2 Situasjoner som utløser forkjøpsrett

Begrepet "forkjøpsrett" sin ordlyd tyder altså på at retten blir utelukkende utløst når godet blir *solgt*. Dette kan betegnes som den *snevre* forståelsen av forkjøpsrett. Spørsmålet videre blir om det er denne snevre forståelsen av begrepet som skal anvendes eller om begrepet forkjøpsrett kan tolkes utvidende til å bli utløst ved også andre hendelser hvor et gode skifter eier.

Austenå beskriver begrepet forkjøpsrett som "en rett til å kjøpe foran andre, dvs. en rett til å kjøpe foran andre uansett på hvilken måte de har ervervet godet".¹⁰ Her tolker Austenå begrepet "forkjøpsrett" til at forkjøpsretten blir utløst uavhengig av hvordan den opprinnelige tredjemannsavtalen med den som egentlig skulle overta gjenstanden/eiendommen/aksjene var.

I noen tilfeller har lovgivningen allerede gitt en løsning på når en forkjøpsrett blir utløst. Dette er tilfellet ved aksjeeieres forkjøpsrett til aksjer som er regulert i aksjeloven §§ 4-19 til 4-23. Her er det bestemt i aksjeloven § 4-21 at forkjøpsretten blir utløst ved "enhver form for eierskifte" med mindre annet er bestemt ved lov.

Ordlyden til "enhver form for eierskifte" i asl. § 4-21 er vid og tyder på en sterk rettighet hos rettighetshaveren. Ut ifra ordlyden er det vanskelig å se hvordan en aksje kan få en ny eier uten at forkjøpsretten utløses. Den naturlige forståelsen av "enhver form for eierskifte" er at forkjøpsretten blir utløst ved *alle* tilfeller. Dette inkluderer for eksempel ved salg, gave, arv og bytte. Hvor vid bestemmelsen i aksjeloven § 4-21 faktisk er vil bli drøftet videre i avhandlingens kapittel 4.

Aksjeloven § 4-21 medfører derfor at aksjonærers forkjøpsrett til omsettelige aksjer blir utløst i utgangspunktet ved alle tenkelige eierskifter. Fordi forkjøpsretten er definert i loven har

⁹ Eide argumenterer i *Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer: en oversikt over problemstillinger: vedtektsregulering* på s. 145 at retten å tre inn i salget innebærer å tre inn i avtalen med de vilkår som allerede er definert. Der det foreligger en salgsavtale, plikter følgelig vedkommende som påberoper seg forkjøpsretten å tre inn i avtalen på de vilkår som allerede er forhandlet frem. Austenå på s. 30 argumenterer imidlertid for at en må se nærmere på rettsgrunnlaget for forkjøpsretten, og se hva som er regulert der. Hans oppfatning er at løsningen ikke er like åpenbar.

¹⁰ Austenå, *Løsningsretter* s. 29

aksjonærer en utvidet forkjøpsrett til omsettelige aksjer. Et spørsmål i forlengelsen her er om *en avtalefestet* forkjøpsrett til aksjer skal tolkes i samsvar med det som følger av aksjeloven § 4-21.

Teoretikerne Eide og Andenæs argumenterer for at lovfestede reguleringer i aksjeloven ikke vil komme til anvendelse på avtalefestede forkjøpsretter. Imidlertid legger Eide og Andenæs til grunn at en systembasert tolkning tilsier at begreper skal tolkes likt i lovgivningen, og uttaler at aksjeloven vil kunne komme til anvendelse som *bakgrunnsrett* og *utfyllende rett* ved tolkning av avtale om løsningsrett til aksjer.¹¹

Der forkjøpsretten knytter seg til aksjer vil aksjeloven altså kunne benyttes som bakgrunnsrett der avtalen ikke fullt ut regulerer situasjonen. Ved disse tilfellene vil forkjøpsretten bli utløst ved enhver form for eierskifte.

Spørsmålet videre blir om den vide forståelsen av forkjøpsrettsbegrepet kan anvendes ved andre avtalefestede forkjøpsretter enn de som omhandler aksjer. Altså der godet er noe annet enn aksjer.

Et argument for at begrepet forkjøpsrett skal tolkes utvidende til å gjelde enhver form for eierskifte også ved andre goder enn aksjer er at det forenkler regelverket. Den utvidede forkjøpsretten medfører at uavhengig av hvordan en overdragelse foregår blir forkjøpsretten aktivert. Hvorfor denne tolkningen skal anvendes kan begrunnes i at forkjøpsrettens formål og hensyn gjerne vil være like aktuelle ved en gave som ved et salg; Ved begge tilfeller vil gjenstanden/eiendommen/aksjen bytte eier. Det er derfor nærliggende å behandle disse likt.

Imidlertid skriver Austenå i sin fremstilling at det er "naturlig å ta utgangspunkt i det som her er kalt den "klassiske" forkjøpsretten" når rekkevidden av en forkjøpsrett skal fastslås.¹² Den klassiske forkjøpsretten er beskrevet videre som at "Rettsnaveren kan ikke aksjonere før objektet blir solgt og eieren skal ha gode utsikter til å få den pris og de vilkår som det er mulig å oppnå i markedet".¹³

¹¹ Eide, Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer s. 38 og Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper s. 214

¹² Dette blir uttalt i tilknytning til hvordan selve begrepet "forkjøpsrett" i en avtale skal tolkes. Se Austenå, Løsningsretter s. 30

¹³ Austenå, Løsningsretter s. 30

Det Austenå beskriver er en forkjøpsrett som kun blir utløst der gjenstanden/eiendommen blir solgt og det foreligger en ferdigforhandlet avtale som rettighetshaveren av forkjøpsretten må tre inn i dersom han skal utøve sin forkjøpsrett.¹⁴

En "klassisk forkjøpsrett" samsvarer videre godt med det som kan utledes av ordlyden til begrepet. Det vil være enklere for kontraktspartene å beregne sin egen rettsstilling når denne forståelsen legges til grunn.¹⁵ Hensynet til forutberegnelighet tilsier følgelig at den "klassiske" forkjøpsretten skal anvendes ved forkjøpsrett til eiendom/gjenstander.

Dersom begrepet forkjøpsrett er anvendt i en avtale om forkjøpsrett til andre goder enn aksjer må det følgelig legges til grunn at arv, bytte, gave m.m. ikke kan utløse forkjøpsretten. Den "klassiske" forkjøpsretten gir bare retten til å tre inn i en kjøpsavtale.¹⁶

Et annet spørsmål er om begrepet forkjøpsrett har en tidsmessig begrensning knyttet til når retten kan og må påberopes. Det er vanlig å skille mellom forkjøpsrett og tilbudsrett. Samlet sett blir disse rettighetene omtalt som "løsningsretter".¹⁷

Tilbudsretten omhandler å bli tilbudt å kjøpe en gjenstand/aksje/eiendom *før* det foreligger en kjøpsavtale. Tilbudsretten får følgelig aktualitet i tiden før en eventuell forkjøpsrett kan påberopes.¹⁸ Det som skiller rettighetene er at ved forkjøpsrett vil rettighetshaveren kunne se hva en tredjepart er villig til å betale for gjenstanden/aksjene/eiendommen. I tillegg vil rettighetshaveren kunne se hvem tredjeparten som vil kjøpe godet faktisk er før forkjøpsretten påberopes. Ved tilbudsrett har rettighetshaveren fått tilbud om å kjøpe før andre får muligheten til å kjøpe.

I denne avhandlingen forutsettes det at en fusjon allerede har skjedd. Tilbudsretten er derfor ikke relevant for denne fremstillingen og vil ikke bli omtalt videre i avhandlingen.

¹⁴ I Knophs oversikt over Norges rett utgitt av Lilleholt på s. 180 blir forkjøpsretten også omtalt som en rett til "å tre inn" i en kjøpers rett".

¹⁵ Mer om avtalefestet forkjøpsrett i kapittel 5.

¹⁶ Her er det imidlertid tale om en avtalefestet forkjøpsrett, og partene kan selv velge hvilke disposisjoner som utløser forkjøpsretten. Men selve begrepet "forkjøpsrett" kan ikke strekkes lenger objektivt sett enn til å kun gjelde for kjøp- og salgstilfellene. Se oppgavens del 5.3.

¹⁷ F.eks. Eide, Forkjøps- og tilbudsretter til aksjer s. 13 og Austenå, Løsningsretter s. 28

¹⁸ Eide, Forkjøps- og tilbudsretter til aksjer s. 13

2.3 Hensyn bak forkjøpsretten

Begrunnelsen for hvorfor det blir avtalt en forkjøpsrett eller hvorfor det foreligger en lovfestet forkjøpsrett kan variere. Imidlertid har alle tilfellene én ting til felles; Det foreligger et behov eller et ønske om at én spesiell person eller én spesiell gruppe skal ha retten til å kjøpe gjenstanden/aksjen/eiendommen foran noen andre.¹⁹

Ved forkjøpsrett til aksjer har den lovregulerte forkjøpsretten blitt begrunnet i to formål. Det første er at forkjøpsretten er et middel til å hindre at utenforstående får en eierstilling i selskapet uten at de øvrige aksjonærene har mulighet til å forhindre dette. Med andre ord er det en form for kontroll med hvem som får tillatelse til å få en eierskapsposisjon i selskapet.²⁰ Dersom den aktuelle kjøperen er en person som selskapets øvrige eiere ikke ønsker inn på eiersiden, enten det er som følge av interessekonflikter, personlige forhold m.m., så har aksjonærene mulighet til å utøve sin forkjøpsrett for å hindre at vedkommende kjøper seg inn i selskapet. Dersom en aksjonær ønsker å utøve sin forkjøpsrett er det heller ikke behov for å begrunne hvorfor. Det foreligger ikke samme saklighetsvilkår som ved samtykkenekt jf. aksjeloven § 4-16 (2).

Det andre formålet er at den enkelte aksjeeier skal ha mulighet til å beholde sin forholdsmessige eierandel i selskapet og hindre at det skjer en maktforskyvning i selskapet.²¹ Dersom samtlige av aksjonærene i selskapet utøver sin forkjøpsrett vil maktforholdet ikke bli forskjøvet. Aksjonærene får sin forholdsmessige andel av de aksjene som skal overdras jf. aksjeloven § 4-22 annet ledd. Aksjeeiere kan også påberope seg sin forkjøpsrett når erververen av aksjene allerede er en aksjonær i selskapet. Forkjøpsretten kan påberopes her for å sikre at maktforholdet forblir som sånn det var før overdragelsen.²²

En annen lovfestet forkjøpsrett med et helt annet formål er lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder (LOV-1977-04-29-34). Her vil boligsosiale og samfunnsøkonomiske hensyn spille inn.²³ De samfunnsmessige hensynene som gjør seg gjeldende i tilknytning til behov for bolig til de svakerestilte i samfunnet tilsier at det burde være en vid adgang for kommunene å

¹⁹ Dette inkluderer også juridiske personer.

²⁰ Innst. O. nr. 80 (1996-97) s. 23 og Eide, Forkjøps- og tilbudsretter til aksjer s. 138. Se også Kommunal- og moderniseringsdepartementets uttalelse vedrørende om kommunesammenslåing utløser forkjøpsrett, 10.06.2015

²¹ Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper s. 213

²² Eide, Forkjøps- og tilbudsretter til aksjer s. 18 og Austenå, Løsningsretter s. 57-59

²³ Austenå, Løsningsretter s. 48

påberope seg forkjøpsretten. I lovens forarbeider er det derfor fastslått at den kommunale forkjøpsretten kan påberopes ved de fleste former for eierskifte knyttet til leiegårder.²⁴

Begrunnelsen for hvorfor en forkjøpsrett er tildelt noen vil følgelig variere ut ifra de konkrete omstendighetene. Når en forkjøpsrettighet skal avveies mot andre regelsett må det derfor ses konkret på den aktuelle forkjøpsretten og hvilke hensyn som ligger bak akkurat denne. Begrunnelsen for at en forkjøpsrett er tildelt i et konkret tilfelle kan variere fra alt fra samfunnsøkonomiske formål til utelukkende egeninteresse for vedkommende som har fått tildelt denne rettigheten. Det er derfor ikke mulig å si generelt om forkjøpsretten vil få forrang ved motstrid, eller om retten vil bli nedprioritert bak andre lovbestemmelser eller annet rettsstiftende grunnlag.

2.4 Vederlagskravet ved forkjøpsrett

Når noen utløser en forkjøpsrett utløses det også et krav om motytelse fra vedkommende. Med mindre noe annet er avtalt vil motytelsen være i form av et økonomisk vederlag.²⁵

Hvordan vederlaget skal fastsettes kan avhenge av hvilket type gode det er tale om. Ved gjenstander og eiendommer vil det være naturlig å ta utgangspunkt i den antatte omsetningsverdien dersom det ikke foreligger rettsgrunnlag som tilsier noe annet.²⁶ Begrepet omsetningsverdi forstås i denne sammenheng som hva gjenstanden/eiendommen hadde gått for dersom den hadde blitt solgt på det åpne markedet.

Lov om løysingsrettar regulerer løsningsretter til fast eiendom.²⁷ Lov om løysingsrettar § 19 bruker begrepet "vanleg pris" om hvordan løsningssummen skal fastsettes. Hvordan "vanleg pris" skal tolkes kan utledes av lovens forarbeider.²⁸ Her blir begrepet "vanleg pris" og "marknadsverdien" omtalt om hverandre. Det er naturlig å legge til grunn at det ikke er ment en realitetsforskjell mellom disse to begrepene. Omsetningsverdien vil altså også her bli anvendt ved fastsettelse av vederlagssummen.

²⁴ Ot. Prp. Nr. 44 (1990-1991) s. 13

²⁵ Se Austenå, Løsningsretter s. 392 som drøfter størrelsen på vederlaget, og forutsetter derfor at det er et økonomisk vederlag som må fastsettes.

²⁶ Austenå, Løsningsretter s. 393

²⁷ Lov om løysingsrettar § 1.

²⁸ Ot. Prp. Nr 49 (1993-1994) s. 66

Ved forkjøpsrett til aksjer etter aksjeloven skal innløsningssummen fastsettes etter reglene i § 4-17 femte og sjette ledd. Etter 4-17 (5) skal innløsningssummen fastsettes etter aksjenes "virkelige verdi".

Det har vært flere saker oppe for Høyesterett angående hva som ligger i begrepet aksjenes "virkelige verdi". Av blant annet Flesbergdommen (Rt-2007-1392) kan det utledes at det må avgjøres om vederlagssummen skal baseres på enten *omsetningsverdi* eller *aksjenes underliggende verdier*.²⁹

Omsetningsverdi kan forklares på samme måte som ved omsetning av gjenstander/eiendommer; som prissummen en selger hadde fått, eller forutsettes å kunne få, på det åpne markedet dersom aksjen[e] hadde blitt solgt der. Når omsetningsverdien for aksjer skal fastslås må det derfor ses på hva en tredjepart ville ha betalt for aksjene. Dette kan variere alt ettersom hvilke verdier som befinner seg i selskapet, hvilke heftelser som hefter på aksjene, minoritetsrabatter, likviditetsrabatter og andre omstendigheter.³⁰

Hvordan *aksjenes underliggende verdi* skal verdsettes finnes det ikke et enkelt svar på. Fra Bergshav-dommen (HR-2016-1439-A avsnitt 165) kan det utledes at den underliggende verdien kan baseres på enten substans- eller avkastningsverdien.³¹ Hvilken av disse verdsettelsesmetodene som skal benyttes må vurderes konkret i hver sak.

Det kan ha stor betydning om verdsettelsen baserer seg på omsetningsverdi eller aksjenes underliggende verdi. I Norway seafood-dommen (Rt-2003-713) begjærte morselskapet tvangsinnløsning av en minoritetspost i det omtvistede selskapet jf. asal. § 4-25 (tilsvarer asl. § 4-26). Spørsmålet var hvilket valg av verdsettelsesprinsipp som skulle anvendes. Morselskapet satt tilbudsprisen til kr 16 per aksje. Ettersom dette ikke var aksjer som ble forsøkt solgt på det åpne markedet, er det usikkert om denne tilbudsprisen var korrekt i henhold til omsetningsverdi. Imidlertid ble det fastslått at dersom prisen skulle beregnes ut fra selskapets underliggende

²⁹ Aksjenes underliggende verdi omtales ved enkelte fremstillinger som en *forholdsmessig andel av selskapets underliggende verdier*. Det er ikke ment noen realitetsforskjell mellom disse to benevnelsene.

³⁰ Minoritetsrabatt retter seg mot det faktum at vedkommende som kjøper aksjene vil bli en minoritetsaksjonær i selskapet. Dette medfører blant annet at kjøper vil ha mindre makt i selskapet. Likviditetsrabatt knytter seg til at aksjene kan være vanskelig å omsette.

³¹ Høyesterett definerer ikke videre hvordan disse verdsettelsesmetodene fungerer. Men ut ifra konteksten må det legges til grunn at avkastningsverdien ser på den netto *avkastningen* som selskapet har. Substansverdien ser på verdien av *eiendelene* i selskapet.

verdier ville summen per aksje vært opp mot 30-40 kr. Dette medførte at minoritetsaksjonærene fikk utbetalt mer enn det dobbelte av hva majoritetsaksjonæren tilbudte å betale.

Et annet eksempel som illustrerer forskjellen mellom omsetningsverdi og underliggende verdi er Bergshav-dommen (HR-2016-1439-A). I Bergshav-dommen hadde en majoritetsaksjonær sultet ut minoritetsaksjonæren over lengre tid ved å unnlate å dele ut utbytte. I Lagmannsretten ble det lagt til grunn at det var omsetningsverdien som skulle anvendes når utløsningssummen skulle fastsettes. Det ble derfor ilagt minoritetsrabatt, rabatt for manglende stemmerett og rabatt for illikviditet på aksjene. Rabatten ble derfor på hele 60 % og parten ble i denne instansen tildelt kr 150 000 000. Høyesterett derimot konkluderte med at løsningssummen skulle fastsettes etter aksjenes underliggende verdier. I Høyesterett fikk parten tildelt kr 354 900 000 uavkortet. Det har derfor stor betydning om det er antatt omsetningsverdi eller den underliggende verdien som skal anvendes.

Felles for Bergshav-dommen og Norway seafood-dommen er at majoritetsaksjonæren brukte sin makt på bekostning av minoritetsaksjonærene. Særlig i Bergshav-dommen var det tydelig at det forelå maktmisbruk og hensynet til å beskytte minoriteten sto i en særstilling.

Når en aksjonær påberoper seg sin forkjøpsrett ved et *alminnelig* salg, gave, arv eller andre former for eierskifte må det antas at det er omsetningsverdien som skal anvendes. Et alminnelig salg, gave m.m. utløser ikke et behov for å beskytte minoritetsaksjonærene.

Imidlertid kan det tenkes omstendigheter hvor majoritetsmisbruk kan medføre at en minoritetsaksjonær føler seg bundet til å selge sine aksjer eller blir tvunget ut på en annen måte. Ved disse tilfellene kan det tenkes at aksjonæren har krav på aksjenes underliggende verdi.³²

Hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes må følgelig vurderes konkret ved ethvert tilfelle. Det må legges til grunn at hovedregelen er omsetningsverdien, men ved særskilte tilfeller vil aksjenes underliggende verdi bli anvendt.

³² Dette kan illustreres av Bergshav-dommen (HR-2016-1439-A). Selv om det her var krav om å bli innløst, så kunne resultatet ha blitt likt dersom minoritetsaksjonæren heller hadde forsøkt å selge sine aksjer fremfor å kreve de innløst.

3 Fusjon

3.1 Begrepet "fusjon"

En fusjon defineres som en sammenslåing av to eller flere selskaper.³³ Adgangen til å fusjonere følger av den alminnelige privatrettslige disposisjonsretten til selskaper. Det finnes ingen preseptoriske regler som bestemmer hvordan selskaper *må* gå frem for å fusjonere. Imidlertid plikter selskaper å følge de reglene som fremgår av aksjelovens kapittel 13 dersom fusjonen skal falle inn under skattefritaksreglene for fusjon i skatteloven jf. skatteloven § 11-2.

I denne avhandlingen blir begrepet "fusjon" forstått som sammenslåing av selskaper som reguleres av fusjonskapittelet i aksjeloven. Virkeområdet til fusjonsreglene i aksjeloven reguleres av aksjeloven § 13-2. Her vil sammenslåing av selskaper være undergitt reglene om fusjon når:

"et selskap skal overta et annets selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot at aksjeeierne i dette selskapet får som vederlag

1. aksjer i det overtakende selskaper, eller
2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget".

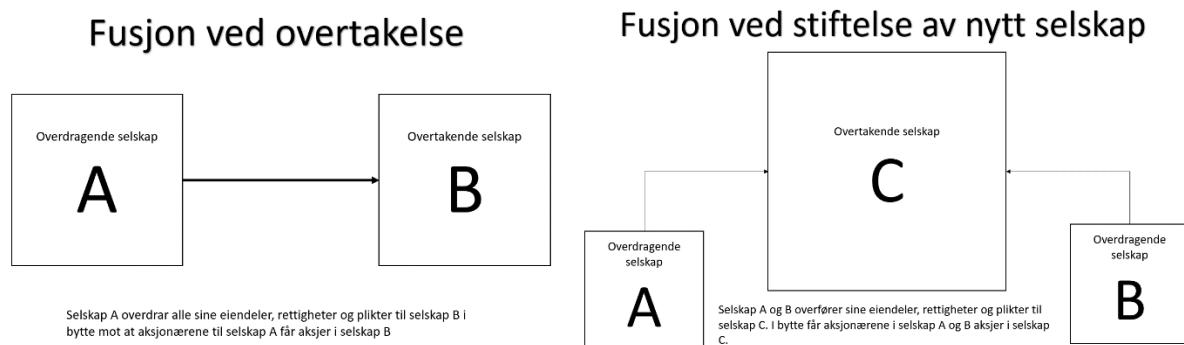
En fusjon kan gjennomføres på ulike måter og med ulike parter. Men i samtlige fusjoner må det være ett overtakende selskap og minst ett overdragende selskap. Det overdragende selskapet er selskapet som overdrar sine rettigheter, forpliktelser og eiendeler til det andre selskapet, og deretter opphører i eksistens. Aksjonærene i dette selskapet vil i bytte få tildelt aksjer i det overtakende selskapet, eventuelt med et vederlagstillegg. Det overtakende selskapet er selskapet som mottar disse rettighetene, forpliktelsene og eiendelene.³⁴

I avsnittet ovenfor beskrives en type fusjon som defineres som en *fusjon ved overtakelse*. En fusjon kan også gjennomføres ved *stiftelse av nytt selskap*. Ved denne modellen vil begge de opprinnelige selskapene gå inn i et nytt, tredje selskap som er nylig opprettet. De opprinnelige selskapene vil deretter opphøre. I denne fusjonsmodellen vil det nystiftede selskapet være det

³³ Aamelfot mfl., Fusjon og fisjon s. 25

³⁴ Liland, Fusjon og fisjon av selskaper s. 108

overtakende selskapet og de opprinnelige selskapene vil begge anses for å være overdragende selskap.³⁵



Illustrasjon av fusjonsformene fusjon ved overtakelse og fusjon ved stiftelse av nytt selskap.

En fusjon mellom to eller flere selskaper vil ha ulik struktur alt ettersom hvilke type selskap det er tale om og hvilken relasjon selskapene opprinnelig har til hverandre. Spesielt har dette betydning ved konsern. Innad i et konsern kan det hende at et morselskap ønsker å fusjonere med et datterselskap, eventuelt at to datterselskap fusjonerer sammen. Dersom datterselskapet (eventuelt datterselskapene) er 100 % heleid av morselskapet, vil de fusjonerende partene ha samme eiere. Det vil her ikke komme inn noen nye parter i eierskapet, og problemstillingen i denne oppgaven er derfor ikke like relevant ved disse fusjonene.³⁶

3.2 Hensyn bak fusjon

Bakgrunnen for fusjonsinstituttet er blant annet behovet for en hensiktsmessig måte å omstrukturere og knytte selskaper sammen uten at det vil utløse store skattesummer.³⁷ Det er også et mål at virksomhetene som fusjoneres skal kunne drives videre på en enkel og effektiv

³⁵ Liland, Fusjon og fisjon av selskaper s. 110. Både der fusjonen gjennomføres som en fusjon ved overtakelse og fusjon ved stiftelse av nytt selskap vil denne oppgavens problemstillinger være relevant. Oppgaven her skal se på hva som skjer der overdragende selskap er aksjonær i et tredje selskap. Ved begge fusjonstypene vil det være overdragende selskaper. Hvilken fusjonstype det er tale om har derfor liten betydning ved denne fremstillingen.

³⁶ Avhandlingen vil derfor videre avgrenses mot tilfeller ved fusjon innad i et konsern. De grunnene som gjør at forkjøpsrett burde bli utløst ved fusjon vil ikke gjøre seg gjeldende på samme måte når eieren av det fusjonerende selskapet også er eier av det andre fusjonerende selskapet. Ved en fusjon innad i et konsern vil fusjonen heller få preg av å være en intern omstrukturering fremfor en sammenslåing av to separate selskaper. Det er ingen nye som kommer inn i selskapet, og forkjøpsrettens hensyn vil ikke være like aktuelle som der en helt ny og ukjent tredjepart trer inn.

³⁷ Skatteloven § 11-2

måte. Det skal være mulig for bedriftene i etterkant å drive virksomheten tilnærmet som før fusjonen – hvis dette er ønskelig for de fusjonerende parter.

Hensikten med hver enkelt fusjon vil variere alt ettersom hvilke selskaper som fusjonerer og omstendighetene rundt. I noen tilfeller vil det være for å få en større og sterkere stilling i markedet og ved andre tilfeller kan det være for å sikre den økonomiske stillingen til det ene eller begge selskapene.³⁸

En fusjon vil også kunne være hensiktsmessig der behovet for utvidelse av bedriften eller salg er andre muligheter. Fusjon kan for eksempel være mer hensiktsmessig enn å inngå en salgavtale fordi de samme pliktene vil ikke bli utløst og det er skattemessig fordelaktig.³⁹

3.3 Kontinuitetsprinsippet

3.3.1 Virkningen av kontinuitetsprinsippet

Kontinuitetsprinsippet er et viktig virkemiddel for at en fusjon skal skje på en effektiv måte. I aksjelovens forarbeider er det uttalt at: "kontinuitetsprinsippet danner grunnlaget for å ta bort rettslige hindringer for endringer og omstillinger i næringslivet som ofte vil foreligge ellers, for eksempel ved kjøp av en virksomhet".⁴⁰

Spørsmålet videre er hva kontinuitetsprinsippet faktisk medfører. Virkningene følger indirekte av aksjeloven § 13-2. Kontinuitetsprinsippet medfører at "eiendeler, rettigheter og forpliktelser" blir overdratt som *helhet*.

Et av spørsmålene som er reist i teorien er om det overtakende selskapet plikter å overta *alle* rettigheter, plikter og eiendeler som var tilknyttet de overdragende selskapene.⁴¹

Ordlyden til aksjeloven § 13-2 er relativt klar. Det at eiendeler, rettigheter og forpliktelser må bli overført som "*helhet*" taler i stor grad for at overtakende selskap ikke kan velge hvilke kontrakter som skal videreføres.

³⁸ En sterkere stilling i markedet var begrunnelsen for fusjonen i HR-2017-1664-A. Denne dommen drøftes nærmere i kapittel 5.

³⁹ Aamelfot mfl., Fusjon og fisjon s. 26

⁴⁰ NOU 1992:29 s. 197

⁴¹ Dette er diskutert i Liland sin fremstilling i boken Fusjon og Fisjon av selskaper s. 164-166, Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 786 og Andenæs, Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper s. 581.

I Ot. prp. nr 19 (1974-1975) på s. 201 er det lagt til grunn at alle rettigheter, eiendeler og plikter følger med i en fusjon. Det blir her avkreftet at det er åpnet for å holde noe utenfor fusjonen.

Det samme er lagt til grunn i teorien.⁴² Imidlertid er det uttalt at det trolig ikke er noe i veien at det overdragende selskapet velger å avslutte enkelte kontrakter i *forkant* av fusjonen.⁴³ Enkelte rettigheter kan i tillegg falle bort når fusjonen gjennomføres fordi fusjonen er for medkontrahenten en bristende forutsetning.⁴⁴ Imidlertid vil det her være vanskelig å stille opp en generell regel utover det at rettigheter, forpliktelser og eiendeler som hovedregel må følge med ved en fusjon.

Virkingen av kontinuitetsprinsippet er følgelig at alle rettigheter, forpliktelser og eiendeler må følge med ved en fusjon.

Liland deler virkningene av kontinuitetsprinsippet i to hoveddeler; den første delen er overtakende selskaps *fordeler* og den andre delen er overtakende selskaps *forpliktelser*: "Eiendels- og rettighetskontinuitet innebærer at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps posisjoner som eier og rettighetshaver. Forpliktelseskontinuitet innebærer at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskaps forpliktelser på grunnlag av en slags selskapsrettslig universalsuksesjon".⁴⁵

En selskapsrettslig universalsuksesjon er betegnelsen på at samtlige eiendeler, rettigheter og plikter blir overført samlet til overtakende selskap. Aksjeloven § 13-2 gir imidlertid ikke uttrykk for en formell universalsuksesjon.⁴⁶ Dette betyr at eiendomsoverdragelser vil ikke foregå automatisk med én gang to eller flere selskaper beslutter å slå seg sammen. Men fordi aksjeloven § 13-2 legitimerer overtakende selskaps krav på å få overført innmaten fra overdragende selskap vil det være mye lettere å overføre disse eiendelene, forpliktelsene og rettighetene i henhold til den fremgangsmåten som gjelder for hver enkelt av disse.⁴⁷

⁴² Se note 41

⁴³ Liland, Fusjon og fisjon av selskaper s. 166

⁴⁴ Liland, Fusjon og fisjon av selskaper s. 385 og Ot. Prp. Nr 19 (1974-1975) s. 202

⁴⁵ Liland, Fusjon og fisjon av selskaper s. 377.

⁴⁶ NOU 1992:29 s. 206

⁴⁷ Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper s. 601.

3.3.2 Begrunnelsen for kontinuitetsprinsippet

Kontinuitetsprinsippet er blant annet begrunnet med behovet for virksomhetenes fortsatte drift i etterkant av fusjonen. Dersom fusjonen ikke legitimerte en senere overdragelse av eiendeler, rettigheter og forpliktelser ville det vært vanskeligere å fortsette en normal drift. Eide formulerer det som at det "overordnede formålet bak kontinuitetsprinsippet synes å være å oppnå et effektivt næringsliv".⁴⁸

Kontinuitetsprinsippet medfører at overdragende selskaps kontraktsforpliktelser og -rettigheter *videreføres*. Medkontrahentene til overdragende selskap får i realiteten en ny avtalepart uten at dette har blitt samtykket til. Kontinuitetsprinsippet eksistens medfører at disse avtalene løper videre, og legitimerer overtakende selskap som ny avtalepart. Det at avtalene blir videreført kan ofte være helt essensielt for at overdragende selskap skal kunne driftes videre. Avtalene det er tale om er alt fra ansettelsesavtaler til salgavtaler. Avtaler kan for enkelte selskaper utgjøre hele verdien.⁴⁹ Kontinuitetsprinsippet har følgelig mye å si for at en fusjon er både hensiktsmessig og at gjennomføringen foregår på en trygg måte.

Et aspekt ved fusjon som kontinuitetsprinsippet søker å avhjelpe er der det er tilfeldig hvilket av selskapene som er det overtakende og det overdragende selskapet. Fordi aksjelovens fusjonsmodell er bygd opp slik at det må være en distinksjon kan kontinuitetsprinsippet dempe virkningene av denne tilfeldige trekningen. Ved at begge virksomhetene fortsetter som før og begge selskapene har sine rettigheter, forpliktelser og eiendeler med inn i fusjonen vil det ikke være store skiller mellom det selskapet som blir det overdragende og det selskapet som blir det overtakende selskapet.⁵⁰

⁴⁸ Eide, Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer s. 433

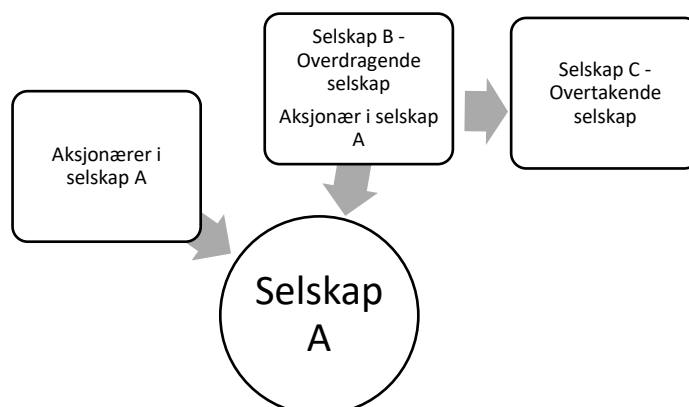
⁴⁹ For eksempel bemanningsbyrå.

⁵⁰ Liland, Fisjon og fusjon av selskaper s. 386

4 Lovfestet forkjøpsrett ved fusjon

4.1 Innledning og illustrasjon av situasjonen

Spørsmålet i dette kapitlet er om aksjonærene i selskap A sin forkjøpsrett blir utløst ved at selskap B fusjonerer med selskap C. Kapitlet skal ta for seg hva resultatet blir etter aksjelovens bestemmelser.



Illustrasjon av situasjonen som blir behandlet i kapittel 4.

4.2 Aksjonærers forkjøpsrett etter aksjeloven §§ 4-19 til 4-23

4.2.1 Den aktuelle situasjonen og generelt om aksjonærers forkjøpsrett

Fremstillingen skal redegjøre for tilfellet der et aksjeeiende selskap fusjonerer med et annet selskap. Selskap B eier aksjer i selskap A. Selskap B fusjoneres deretter med selskap C, hvor selskap C er det overtakende selskap og selskap B er det overdragende selskap (se illustrasjon ovenfor). Spørsmålet blir om forkjøpsretten til de øvrige aksjonærene i selskap A blir utløst som følge av at fusjonen anses som et eierskifte.

Aksjonærenes forkjøpsrett reguleres i aksjeloven §§ 4-19 til 4-23. Her reguleres når forkjøpsretten blir utløst, hvordan denne skal bli utøvd og hvem som faktisk har krav på å påberope seg forkjøpsretten.

I aksjeloven § 4-19 er det inntatt en generell regel som hjemler aksjonærenes forkjøpsrett. Her er det også regulert at generalforsamlingen har frihet til å endre på reglene for forkjøpsrett i vedtektene. Det er derfor fullt mulig både å innskrenke og utvide forkjøpsretten. Det finnes imidlertid noen lovfestede begrensninger, blant annet aksjeloven § 4-23 (4) angående visse frister til å påberope seg forkjøpsretten.⁵¹ Fremstillingen videre tar sikte på de tilfellene der vedtektene er tause om hvordan aksjonærenes forkjøpsrett skal anvendes med mindre noe annet fremgår av teksten.⁵²

4.2.2 Hvem har forkjøpsrett – aksjeloven § 4-22

4.2.2.1 Aksjeeier

Av aksjeloven § 4-22 følger det at "alle aksjeeiere" har retten til å overta omsettelige aksjer. Hvem som er å anse som "aksjeeier" blir regulert av aksjeloven § 4-2. Av aksjeloven § 4-2 får en aksjeerhverver tildelt de rettigheter og plikter som tilhører en aksjeeier ved to tilfeller. Hovedregelen er at erververen av en aksjeeier får de rettigheter og plikter en aksjeeier innehar når ervervet er "innført i aksjeeierboken".

Det andre tilfellet en erverver anses som en aksjeeier er når ervervet av aksjene er "meldt og godtgjort" til selskapet uten at det foreligger "omsetningsbegrensninger etter vedtektene eller loven". De omsetningsbegrensningene som loven refererer til er aksjonærenes forkjøpsrett og generalforsamlingens rett til å nekte samtykke ved saklig grunn jf. aksjeloven § 4-15.

Både der en aksjonær har blitt skrevet inn i aksjeeierboken og der en erverver har godtgjort sitt erverv vil vedkommende kunne påberope seg sin forkjøpsrett til omsettelige aksjer. Erververne har her fått tildelt alle de rettighetene som en aksjeeier innehar. Dette inkluderer både økonomiske rettigheter, disposisjonsrettigheter og forvaltningsrettigheter.⁵³

Økonomiske rettigheter er de rettighetene som gir økonomisk gevinst. Dette inkluderer blant annet retten til utbytte, tilbakebetaling ved kapitalnedsettelse og rett til fusjonsvederlag. Disposisjonsrettighetene kan også anses for å være en type økonomiske rettigheter. Dette er rettigheter som knytter seg til avhendelse og ervervelse av aksjer. Forvaltningsrettighetene er

⁵¹ Disse er preseptoriske dersom aksjonærene har en forkjøpsrett.

⁵² Se punkt 4.2.2.2 der delkapitlet omhandler forkjøpsrett tildelt i vedtektene.

⁵³ Woxholth, Selskapsrett s. 58

de rettighetene i selskapet som omhandler det å ta avgjørelser på selskapets vegne og forvaltningen av selskapet generelt. Dette er alt fra å møte på generalforsamling, stemme på avgjørelser og øvrige rettigheter som knytter seg til selskapets drift.⁵⁴

Aksjeloven § 4-2 første ledd andre setning lister opp en tredje gruppe erververe som har visse rettigheter. Dette er erververe av aksjer som enda ikke har fått sitt erverv godtgjort eller ervervet hindres av omsetningsbegrensninger.⁵⁵ For enkelthets skyld vil denne gruppen av aksjeerververe omtales som "*ny[e] erverver[e]*" videre i fremstillingen.

En ny erverver har etter bestemmelsen kun rett på "utbytte og andre utdelinger og retten til nye aksjer ved kapitalforhøyelse". Rettighetene som er listet opp i aksjeloven § 4-2 første ledd andre setning er alle *økonomiske rettigheter*. En ny erverver av aksje(r) får den økonomiske gevinsten de øvrige aksjonærene får helt fra da ervervet ble foretatt.

Forvaltningsrettighetene til en aksjonær vil ikke tilkomme nye erververe. Hvorvidt nye erververe har disposisjonsrettighetene til en aksjonær er mer usikkert. Det følger ikke direkte av ordlyden at retten til å avhende og erverve aksjer tilfaller nye erververe.

Det interessante spørsmålet for denne fremstillingen er om en ny erverver kan ha rett til å erklære forkjøpsrett til omsettelige aksjer.

Det å erklære forkjøpsrett til aksjer må anses for å være en disposisjonsrettighet som ikke er opplistet i aksjeloven § 4-2 første ledd annet punktum. Ettersom reguleringen legger opp til at oppramsingen over rettighetene er uttømmende taler dette imot at en ny erverver har rett til å erklære forkjøpsrett.⁵⁶

Et argument for at en ny erverver har forkjøpsrett til omsettelige aksjer er at de hensyn som ligger bak behovet for å få sin andel av aksjene som skal selges, er de samme som der aksjer har blitt tegnet ved en kapitalforhøyelse. Aksjer tegnet ved en kapitalforhøyelse har en ny erverver rett på etter aksjeloven § 4-2 første ledd annet punktum. Ved begge tilfeller er rettigheten begrunnet i behovet for å opprettholde sin maktposisjon og sin økonomiske posisjon i selskapet.

⁵⁴ Woxholth, Selskapsrett s. 58

⁵⁵ Dette kan være fordi andre aksjonærer at påberopt seg sin forkjøpsrett til de aktuelle aksjene, eller at samtykke enda ikke er gitt jf. asl. § 4-15.

⁵⁶ Dette forutsettes også av Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 241-242.

Aksjeloven § 4-22 henviser til "alle aksjonærer". Dette kan tolkes som det virkelig er tale om alle som er aksjonær, uavhengig av om aksjonæren innehar alle rettighetene eller kun visse økonomiske rettigheter.

Spørsmålet om når en ny erverver har forkjøpsrett etter aksjeloven §§ 4-19 til 4-23 er ikke omtalt særskilt i teorien. Aarbakke omtaler ikke problemstillingen men synes å forutsette at unntakene i § 4-2 annet punktum er uttømmende, og rettigheter som ikke er opplistet i paragrafen tildeles utelukkende de aksjeeierne som er skrevet inn i aksjeeierboken eller har godtgjort sitt kjøp uten omsetningsbegrensninger.⁵⁷

Bråthen derimot synes heller å anse aksjeloven § 4-2 første ledd annet punktum for å gi uttrykk for økonomiske rettigheter, og forkjøpsretten må anses for å være en økonomisk rettighet. Etersom nye erververe har økonomiske rettigheter, så må også forkjøpsrett til omsettelige aksjer være inkludert. Han skriver i norsk lovkommentar: "Hvis aksjer er under omsetning, er det trolig erververen som har rett til å utøve forkjøpsrett, jf. prinsippet i § 4-2 første ledd annet punktum".⁵⁸

Etersom teoretikerne kommer med motstridende konklusjoner er spørsmålet fremdeles åpent. Det er uklart om en ny erverver kan påberope seg forkjøpsrett til andre aksjer før opprinnelige aksjeerverv enten er skrevet inn i aksjeeierboken eller er godtgjort uten omsetningsbegrensninger.

4.2.2.2 Andre enn aksjeeiere

Aksjeloven har ingen eksplisitte lovbestemmelser som lister opp andre persongrupper enn aksjonærene som rettighetshavere av forkjøpsrett til aksjer. Av aksjeloven § 4-19 første punktum følger det imidlertid at aksjeeiere har forkjøpsrett "med mindre noe annet er fastsatt i vedtektene". Av bestemmelsens annet ledd er det lovfestet at "andre enn aksjeeierne har rett til å overta en aksje". Lovens §§ 4-20 til 4-23 vil få anvendelse så langt de passer. Utgangspunktet om at kun aksjeeiere har forkjøpsrett kan altså fravikes ved en vedtektsregulering.

Loven gir ingen begrensninger i hvem som kan bli tildelt forkjøpsrett. Krav om vedtektsfesting gjør imidlertid at samtlige aksjonærer kan ta en del i beslutningen og det krever 2/3 flertall for

⁵⁷Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 241-242.

⁵⁸ Bråthen, Tore, norsk lovkommentar til asl § 4-22 note 570 på rettsdata.

å få forslaget gjennom generalforsamlingen.⁵⁹ Det vil være opp til aksjonærene i selskapet å avgjøre hvem som blir tildelt forkjøpsrett og aksjonærene vil derfor kunne føre en streng kontroll med hvem som blir navngitt som rettighetshavere av en forkjøpsrett.

Følgelig kan hvem som helst få forkjøpsrett til aksjer i et konkret selskap dersom dette er vedtektsfestet i det aktuelle selskapets vedtekter.

4.2.3 Aksjeloven § 4-21

Foreløpig har det blitt sett på hvem som kan påberope seg en forkjøpsrett. Spørsmålet i dette delkapittelet blir hvor langt denne forkjøpsretten strekker seg, og særlig om forkjøpsrett kan påberopes der et aksjeeiende selskap fusjonerer med et annet selskap.

Ved hvilke tilfeller en forkjøpsrett blir utløst er regulert i aksjeloven § 4-21. Her står det at:

"(1) Forkjøpsretten utløses ved enhver form for eierskifte, når annet ikke er bestemt ved lov".

Den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsen er at forkjøpsretten blir utløst uansett hvordan eierskiftet skjer. Alt fra arv og salg til bytte og gave omfattes av bestemmelsens ordlyd. Dette tilsier også at fusjon og fisjon vil omfattes av "enhver form for eierskifte" i aksjeloven § 4-21.

Fusjon kan anses for å være en slags byttehandel eller salg; det overdragende selskapet gir sine eiendeler, rettigheter og plikter *i bytte mot* at aksjonærene får aksjer, eventuelt med et vederlagstillegg, i det overtakende selskap. Dette vil naturlig falle inn under ordlyden til "enhver form for eierskifte".

I lovens forarbeider er det uttalt at "I uttrykket «enhver form for eierskifte» ligger i utgangspunktet at alle former for frivillig og tvungen overdragelse utløser forkjøpsrett. Det er ikke noe vilkår at frivillig eierskifte er basert på avtale, men også gaver og andre ensidig forpliktende disposisjoner utløser forkjøpsrett".⁶⁰

I samsvar med ordlyden tillegger forarbeidene aksjonærene en vid forkjøpsrett som blir utløst uansett hvilket type eierskifte det er tale om. Særlig når forarbeidene viser til at "alle former for frivillig og tvungen overdragelse utløser forkjøpsrett" må dette tolkes som at forkjøpsretten er

⁵⁹ Aksjeloven § 5-18

⁶⁰ NOU 1996:3 s. 123

en sterk rettighet som i sin alminnelighet vil medføre at alle tenkelige former for eierskifte er forkjøpsrettsutløsende hendelser.

Når det skulle innføres forkjøpsrett for aksjonærene til aksjer i aksjeloven ble det utformet to forarbeider som drøfter forkjøpsrettens rekkevidde. I Ot. Prp. Nr 36 (1993-1994) uttales det at "Retten til å overta aksjene utløses ved enhver form for eierskifte, hvis ikke noe annet er bestemt i lov. Retten utløses likevel ikke ved overgang i forbindelse med arv og heller ikke om et selskap som eier aksjer, deltar i fusjon eller fisjon etter kapittel 14".

I tillegg er det uttalt i NOU 1992:29 s. 102 at: "I uttrykket «enhver form for eierskifte» ligger i utgangspunktet at alle former for frivillig og tvungen overdragelse utløser løsningsrett. (...) Overdragelse i forbindelse med fusjon og fisjon er imidlertid unntatt".

Forarbeidsuttalelsene gir et klart svar på om fusjon omfavnes av aksjeloven § 4-21. Her besvares det negativt. Fusjon vil *ikke* utløse forkjøpsrett.

Forarbeidsuttalelsene kan derimot ikke tillegges vesentlig vekt når bestemmelsene i aksjelovens kapittel 4 skal tolkes. Forslaget til utforming av bestemmelsen som disse forarbeidene stiller opp ble ikke vedtatt. Formuleringen i aksjeloven § 4-21 som *ble* vedtatt skiller seg vesentlig fra det lovforslaget disse to forarbeidene baseres på. Disse eldre forarbeidene kan kun tillegges begrenset vekt ved vurderingen av om aksjonærenes forkjøpsrett blir utløst ved fusjon.

Forarbeidene til bestemmelsen som *ble vedtatt* har ikke drøftet om fusjon vil utløse forkjøpsrett eller ikke. Etersom lovgiver ikke har drøftet fusjon i forarbeidene kan det tilsi at lovgiver ønsket å fravike det tidligere synspunktet om at fusjon ikke var en forkjøpsrettsutløsende hendelse.

Høyesterett har enda ikke uttalt seg om aksjonærenes forkjøpsrett blir utløst ved fusjon etter asl. §§ 4-19 til 4-23. Imidlertid foreligger det underrettspraksis om emnet som det nå skal redegjøres for. Imidlertid er rettskildevekten til rettspraksis fra lavere rettsinstanser begrenset og praksisen må anvendes med varsomhet når problemstillingen søkes løst.⁶¹

I **LB-2009-9559** var spørsmålet om en aksjonæravtale eller vedtektene utløste forkjøpsretten når det ble foretatt en fisjonsfusjon i det aksjeeiende selskapet.⁶² I saken hadde 4/5 av

⁶¹ Se note 3.

⁶² Fisjonsfusjon er en overdragelse til eksisterende selskap Mer om fisjonsfusjon i denne avhandlingens del 6.1.2.

nettoverdien til selskapet, som det ble krevd forkjøpsrett til, blitt fisjonert ut og innfusjonert i et annet selskap. I aksjonæravtalen og vedtektene var det regulert at forkjøpsrett ble utløst ved "enhver eiendomsovergang". Lagmannsretten fastslo at dette vilkåret var synonymt med aksjelovens § 4-21 vilkår om "enhver form for eierskifte". Lagmannsretten uttaler videre her at: "Det er derfor ved tolkningen av vedtektene § 11 av betydning om fusjon og fisjon faller inn under aksjelovens uttrykk "enhver form for eierskifte"".

Ved utgreiingen av rettsregelen legger lagmannsretten vekt på hva som er skrevet om temaet i teorien og hvordan kontinuitetsprinsippet ved fusjon legger begrensninger på forkjøpsretten. Lagmannsretten konkluderer i saken med at fisjonsfusjonen ikke utløste forkjøpsretten.

Det som kan være verdt å merke seg i denne dommen er at lagmannsretten drøftet hvorvidt det forelå *virksomhetskontinuitet* ved fisjonsfusjonen. De uttaler videre at: "(...) eller om man her stod overfor en så stor grad av diskontinuitet at det utløser forkjøpsrett".

I dommen konkluderte lagmannsretten at fusjonen ikke medførte noen diskontinuitet med tanke på virksomheten og eierskapet var for øvrig uendret. I tillegg var det utelukkende aksjer som ble tildelt det overdragende selskapets aksjonærer og ikke et tilleggsvederlag. Fusjonen fikk derfor ikke det samme salgspreget som ved en fusjon hvor aksjonærene i det overdragende selskapet får et tilleggsvederlag utover tildelingen av aksjene i det overtakende selskapet.

Dommen gir uttrykk for at fusjon ikke utløser forkjøpsrett. Imidlertid kan subsumsjonen tyde på at det kun er der fusjonen skjer med virksomhetskontinuitet at forkjøpsretten ikke blir utløst. Hvorvidt det er høy nok grad av virksomhetskontinuitet må vurderes konkret ved ethvert tilfelle. Ved å drøfte graden av virksomhetskontinuitet ved fusjonen har lagmannsretten lagt opp til at det foreligger en begrensning på rekkevidden av kontinuitetsprinsippet ved fusjon. I tillegg åpner lagmannsretten her opp for at fusjon *kan* utløse forkjøpsrett. Hvorvidt det er korrekt eller ikke at virksomhetskontinuitet har betydning for om forkjøpsrett blir utløst har foreløpig ikke vært oppe for Høyesterett. Imidlertid ble anken i denne saken nektet fremme av Høyesteretts ankeutvalg.⁶³ Dommen er derfor rettskraftig. Det at ankeutvalget nektet anken fremmet tyder også på at Høyesterett ikke er helt åpenbart uenig med resultatet lagmannsretten kom frem til.

⁶³ HR-2010-19-U

I **RG-2006-73** skulle lagmannsretten ta stilling til om en konsernintern omorganisering utløste forkjøpsrett. Det var enighet mellom partene at det her ikke var tale om en fusjon. Det som er relevant for oppgaven er at lagmannsretten likevel omtaler forkjøpsrett ved fusjon på en indirekte måte. Når overdragelsen blir omtalt uttaler Lagmannsretten at: "Om vederlaget er penger eller aksjer i et annet selskap, som her et morselskap, blir uten betydning for spørsmålet om dette er en avhendelse eller ikke, så lenge det ikke er tale om en fusjon." Det som kan trekkes fra dette er at alle typer eierskifter utløser forkjøpsrett *med mindre* det er tale om fusjon.

Ettersom forkjøpsrett ved fusjon ikke var dommens hovedtema må uttalelsen anses for å være et obiter dictum og har begrenset vekt.

Spørsmålet om forkjøpsrett blir utløst ved fusjon var oppe for domstolene i **TOSLO-2001-2788**. Her kom tingretten frem til at det må vektlegges hva "den herskende oppfatning" er på området slik at hensynet til forutberegnelighet blir ivaretatt. Videre sies det at dersom en annen løsning er foretrukket kan dette enkelt avtales mellom partene.

Den herskende oppfatningen som tingretten legger frem i dommen er at fusjon ikke utløser forkjøpsrett.⁶⁴

Den siste dommen som skal omtales er en upublisert tingrettsdom fra Namdal tingrett.⁶⁵ Saken gjaldt spørsmålet om forkjøpsretten til aksjer hadde blitt utløst gjennom en rekke operasjoner gjort av en gruppe på tre aksjeeiere selskaper. Målet for disse operasjonene var å la de ansatte i bedriften som aksjeselskapet besto av, få retten til å kjøpe aksjer gjennom et nyopprettet holdingselskap. Aksjonærene startet med å opprette holdingselskaper som datterselskaper. Deretter ble de omtvistede aksjene overdratt til disse datterselskapene. Disse nyopprettede datterselskapene fusjonerte deretter med hverandre. Neste trinn var å opprette et nytt selskap som ansatte og andre "lokale eiere" kunne kjøpe aksjer i for å sikre seg en eierstilling. Til slutt var planen at aksjene skulle overføres fra selskapet som besto av fusjonerte datterselskap til selskapet eid av ansatte og andre lokale eiere. Imidlertid kom aksjonærene aldri så langt, da det ble foretatt rettslige skritt før prosessen var ferdig. Aksjene lå hos holdingselskapet som består av de fusjonerte datterselskapene da saken kom opp for tingretten.

⁶⁴ Dette fulgte av blant annet ot. Prp. Nr 19 (1974-1975), NOU 1992:29 s. 110 og teoretikerne Liland, Aarbakke, Austenå og Andenæs – se videre nedover for hva teoretikerne uttaler i de ulike fremstillingene.

⁶⁵ Avsagt 22.02.2016 med partene Williksen Invest AS og Vikna Holding AS mot Mnh Holding AS. Saksnr: 13-109566SKJ-NAMD

Dersom det siste trinnet hadde blitt fullført ved at aksjene ble overdratt til selskapet eid av de ansatte ville forkjøpsretten blitt utløst. Overdragelsen hadde vært omfattet av "ethvert eierskifte". Det som imidlertid er relevant fra dommen i oppgavens kontekst er hvorvidt *fusjonen* mellom holdingselskapene utløste forkjøpsretten til de øvrige aksjonærene.

Saksøker i saken anførte at ettersom fusjonen var et ledd i en prosess som ble foretatt for å omgå forkjøpsretten, så må omgåelselæren få anvendelse og utløse forkjøpsretten selv om det i teorien er en oppfatning om at fusjon ikke er en forkjøpsrettsutløsende hendelse.⁶⁶

Tingretten går i denne saken nærmere inn på omgåelselæren og ser på hvilke tilfeller omgåelsessynspunkter kan få gjennomslag. Ettersom det ikke foreligger praksis som retter seg direkte mot omgåelse av forkjøpsrett, går tingretten gjennom dommer hvor andre rettigheter og plikter har blitt forsøkt omgått av aksjonærer.⁶⁷

Retten uttaler etter en gjennomgang av relevante rettskilder at: "Skjønnsretten legger til grunn at det ikke foreligger et alminnelig gjennomskjæringsprinsipp vedrørende forkjøpsrett etter vedtekter for aksjeselskap og aksjeloven, svarende til den som er beskrevet i løsningsrettsloven § 11 femte ledd. Skal gjennomskjæring finne sted, er det i rettspraksis og teori lagt til grunn at det må foreligge en særskilt begrunnelse".

I denne tingsrettsdommen ble ikke forkjøpsretten uansett utløst. Begrunnelsen var at det eksisterte ingen alminnelig gjennomskjæringsprinsipp ved forkjøpsrett. Tingretten fastslo at det forelå ingen omgåelselære som søker å avhjelpe de tilfellene en part bevisst omgår en annens rettigheter ved dette tilfellet. Dommen gir uttrykk for at fusjon aldri er en forkjøpsrettsutløsende hendelse for forkjøpsretter etter aksjeloven kapittel 4.

I juridisk teori er forkjøpsrett til aksjer ved fusjon sparsommelig omtalt. Der temaet er omtalt er det konkludert på samme måte med den samme begrunnelsen ved samtlige fremstillinger. Konklusjonen er at fusjon ikke utløser forkjøpsrett. Begrunnelsen er at kontinuitetsprinsippet medfører at forkjøpsretten ikke blir utløst.

I boken *aksjeloven og allmennaksjeloven* skriver Aarbakke at "Om forkjøpsrett utløses ved fusjon og fisjon (...) se note 3.1 jf. 2.1".⁶⁸ Videre i note 2.1 og 3.1: "Det kan imidlertid neppe

⁶⁶ Mer om omgåelselæren i avhandlingens del 6.2

⁶⁷ Tingretten går blant annet igjennom Nordavisdommen (Rt-2012-1628) som omhandler omgåelse av stemmerettsbegrensninger. Mer om denne dommen i avhandlingens del. 6.2.1.

⁶⁸ Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven* s. 298

anses å foreligge et erverv i forhold til § 4-15 annet ledd ved fusjon og fisjon. (...) Når det gjelder spørsmålet om fusjon (...) utløser løsningsretten, gjeldet det samme som for § 4-15 annet ledd".⁶⁹

Hva Aarbakke kommer frem til er at fusjon ikke utløser forkjøpsrett fordi det ikke er å anse som et *erverv*. Det kan stilles spørsmål om han har begrunnet sin konklusjon godt nok. Ettersom forkjøpsrett til aksjer blir utløst ved "enhver form for eierskifte" betyr ikke det at det må foreligge et erverv. Begrepene "erverv" og "enhver form for eierskifte" er ikke synonymer og begrunnelsen til Aarbakke må derfor anses for å være manglende på dette området.

I kapittelet som omtaler fusjonsreglenes virkeområde fastslår Aarbakke derimot at dersom det foreligger en forkjøpsrett til aksjer må det bero på "*en tolkning av grunnlaget for retten om adgangen til kjøp eller løsning aktualiseres ved en fusjon*".⁷⁰ Denne uttalelsen retter seg nok imidlertid til avtalefestede forkjøpsretter, da Aarbakke allerede har fastslått at fusjon ikke utløser rettigheten som følger av aksjeloven §§ 4-19 til 4-23.

Andenæs sitt syn på forkjøpsrett ved fusjon er: "Den alminnelig konstruksjon av fusjon og fisjon taler for at det her ikke anses for å finne sted noe eierskifte. Denne tolking har støtte i NOU 1992:29 s. 192, se videre Aarbakke mfl."⁷¹

Det Andenæs har gjort er å henvise for det første til en forarbeidsuttalelse som har begrenset vekt ettersom ordlyden til lovbestemmelsen ble endret når loven ble vedtatt. For det andre henviser han til Aarbakke som bygger sine begrunnelser på at det ikke har skjedd et *erverv* ved en fusjon. Andenæs bytter imidlertid begrepet "erverv" med "eierskifte". Andenæs sin begrunnelse utover disse henvisningene er at "den alminnelige konstruksjon av fusjon" tilsier at det må være sånn. Men her igjen er det ikke forklart hvorfor. Det kan være aktuelt å anta at Andenæs mener kontinuitetsprinsippet og de hensynene som ligger bak dette prinsippet. Men det begrunner fremdeles ikke hvordan en så sterk rett som forkjøpsretten til aksjonærer i et selskap, må vike for kontinuitetsprinsippet ved fusjon.

⁶⁹ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 270-271

⁷⁰ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 783

⁷¹ Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper s. 216

Teoretikeren som kanskje har skrevet mest om dette emnet er Bjarte Eide. I sin bok *Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer* analyserer han både lovtekst, forarbeider samt annen juridisk teori for å forsøke å finne ut om fusjon kan utløse forkjøpsrett til aksjer.⁷²

Det Eide fremhever er at i lovens forarbeider var det tidligere inntatt en eksplisitt uttalelse om at fusjon faller utenfor begrepet "eierskifte". Ettersom dette måtte poengteres kan det tolkes som at fusjon i utgangspunktet *var* omfavnet av begrepet "enhver form for eierskifte", og at lovgiver måtte eksplisitt uttale seg om at fusjon *ikke* skulle utløse forkjøpsrett for at dette skulle være gjeldende rett. Når lovgiver da ikke nevnte fusjon/fisjon i senere forarbeidsuttalelser som relaterer seg til denne bestemmelsen, kan det potensielt tolkes som at lovgiver har tatt et standpunkt om ikke å avskjære at forkjøpsrett kan bli utløst ved fusjon og fisjon.

Eide konkluderer ikke som de andre teoretikerne. Han viser til at både å komme frem til at fusjon utløser forkjøpsrett og at det ikke gjør det er begge legitime konklusjoner. Han tolker lovgiver dithen at det må vurderes konkret og at det i visse tilfeller vil være naturlig at forkjøpsretten blir utløst ved fusjon.⁷³

Etter en gjennomgang av lovtekst, forarbeider og teori kan det sies at de begrunnelsene som forklarer hvorfor fusjon ikke utløser forkjøpsrett er mangelfulle. Teoretikerne har tatt utgangspunkt i forarbeider som har begrenset vekt siden lovteksten fikk en annen utforming, og de har henvist til hverandre. Underrettspraksisen taler for at fusjon ikke utløser forkjøpsrett, men her er det også begrenset rettskildevekt ettersom ingen av sakene kom opp for Høyesterett.

Det må imidlertid fastslås at de rettskildene som befinner seg på området taler imot at forkjøpsrett til aksjer etter aksjeloven §§ 4-19 til 4-23 blir utløst ved fusjon. Særlig ved de fusjonstilfellene som har legitime grunner bak seg må kontinuitetsprinsippet triumfere over de hensyn som forkjøpsretten til aksjonærene bygger på.⁷⁴

4.2.4 Aksjeloven § 4-21 - "Når ikke annet er bestemt ved lov"

I aksjeloven § 4-21 vil aksjeeieres forkjøpsrett bli utløst ved enhver form for eierskifte "*når ikke annet er bestemt ved lov*". Ettersom kontinuitetsprinsippet er gjeldende ulovfestet rett, så

⁷² Eide, *Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer* s. 425-433

⁷³ Det samme legger Hugo P. Matre til grunn i Norsk Lovkommentar til aksjelovens § 13-2. Dette er også antatt i artikkelen *Fusjon og utløsning av forkjøpsrett i fast eiendom*, Revisjon og regnskap 07/2017, Kongsvik mfl.

⁷⁴ Se avhandlingens del 3.3 om hensyn bak fusjon.

kan det stilles spørsmål om prinsippet faller inn under vilkåret "når ikke annet er bestemt ved lov".

Imidlertid er det fastslått i forarbeidene at unntaket sikter til alminnelige *skrevne* lover.⁷⁵ For at et unntak skal være omfavnet av vilkåret må unntaket komme til uttrykk i en vedtatt lovbestemmelse. Kontinuitetsprinsippet vil derfor ikke være et unntak som følger av lov. Kontinuitetsprinsippet vil derfor ikke falle inn under unntaket "når ikke annet er bestemt ved lov" i aksjeloven § 4-21.

4.3 Aksjeselskap etablert før 1999

Dersom selskapet er etablert før 1999 følger det av aksjeloven § 21-2 nr. 25 at reglene i aksjeloven § 4-15 ikke gjelder med mindre dette vedtektsfestes. Aksjeloven § 4-15 regulerer både reglene om samtykke og reglene om forkjøpsrett.

Selskaper som er etablert før 1999 må derfor vedtektsfeste dersom de ønsker at reglene i aksjeloven §§ 4-19 til 4-23 skal komme til anvendelse.⁷⁶

⁷⁵ NOU 1992:29 s. 102

⁷⁶ Det samme gjelder for allmennaksjeselskap generelt. Dersom det ikke er vedtektsfestet er hovedregelen at reglene om forkjøpsrett ikke gjelder jf. allmennaksjeloven § 4-19.

5 Avtalefestet forkjøpsrett

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal det redegjøres for om avtalefestet forkjøpsrett blir utløst ved fusjon. Videre skal det vurderes hvilke formuleringer som vil utløse forkjøpsrett og hvilke som ikke vil utløse forkjøpsrett.

Sentralt for fremstillingen vil være Høyesterettsavgjørelsen inntatt i HR-2017-1664-A (Troll-Tinn-dommen). I dommen var spørsmålet om en avtalt forkjøpsrett til et næringsbygg ble utløst når ett av eierselskapene fusjonerte med et annet selskap.

Spørsmålet om avtalefestet forkjøpsrett blir utløst ved fusjon vil være uavhengig av eventuelle lovfestede forkjøpsretter. Imidlertid kan lovgivningen i enkelte tilfeller benyttes som bakgrunnsrett der forkjøpsretten ikke er tilstrekkelig regulert i avtale.

5.2 Generelt om avtalefestet forkjøpsrett

Rettsgrunnlaget for å kunne inngå en avtale om forkjøpsrett er den alminnelige avtalefriheten som både private og juridiske personer har til å binde seg.⁷⁷ Det er med andre ord ikke behov for noe annet enn en avtale mellom to parter dersom en av partene, eller begge partene, skal bli tildelt en forkjøpsrett.

Adgangen til å avtale forkjøpsrett kan imidlertid være begrenset. Det må tas forbehold om eventuelle tredjemannsretter som er avtalt i forkant eller som følger av lov. Dersom A lover B at B får forkjøpsrett til A sine aksjer i selskap C, så vil de øvrige aksjonærene i selskap C kunne ignorere denne avtalen. Aksjonærene i selskap C vil kunne gjøre sin egen lovfestede forkjøpsrett gjeldende foran B dersom As aksjer blir solgt en gang i fremtiden.⁷⁸

⁷⁷ Austenå, Løsningsretter s. 30-31

⁷⁸ Jf. aksjeloven §§ 4-19 til 4-23. Her vil imidlertid A være bundet av avtalen om forkjøpsrett. Dersom A vil selge sine aksjer i fremtiden, og ingen av aksjonærene påberoper seg sin forkjøpsrett, vil A derfor være bundet av å selge aksjene til B dersom B ønsker dette.

Avtalefrihet til å avtale forkjøpsrett er ikke begrenset til én type avtale, gjenstand eller aksjer. Dersom det er noe som kan avhendes, kan det trolig også knyttes en forkjøpsrett til godet.⁷⁹ Her må konsesjoner og andre rettigheter som krever samtykke ved enkelte tilfeller få en annen stilling, men det faller utenfor oppgavens tema.⁸⁰

Ved tolkning av avtalesfestet forkjøpsrett må det skilles mellom en uavhengig avtale om forkjøpsrett og vedtektsfestet forkjøpsrett. Selv om begge i realiteten er avtaler som regulerer forkjøpsrett, vil det være enkelte tolkningsprinsipper som er ulike ved disse to forskjellige avtaleformene.

Et selskaps vedtekter ligger offentlig ute i foretaksregisteret. Enhver som vurderer å kjøpe aksjer eller inngå en avtale med selskapet kan sjekke vedtektene for å se hva som er regulert der. Ettersom også utenforstående tredjemenn skal kunne forholde seg til vedtektene vil den objektive forståelsen av vedtektene være det avgjørende ved tolkningen.⁸¹

Når en alminnelig avtale skal tolkes vil det i større grad være åpnet for å vektlegge subjektive forhold.⁸² Her foreligger det ingen tredjeparter utenfor avtaleforholdet som må forholde seg til avtalens ordlyd. Kontraktspartene kan derfor i større grad være frie til å regulere rettsforholdet slik de selv ønsker. Imidlertid vil det være opp til hver enkelt part å bevise hva kontrakten faktisk innebærer dersom meningen var å fravike den objektive forståelsen av avtalen ved en potensiell rettsvist.⁸³ Det er derfor fremdeles viktig å formulere kontrakter slik at den objektive tolkningen samsvarer med hva kontraktspartene faktisk ønsker å avtalesfeste.

I det følgende vil det fokuseres på en objektiv forståelse av avtaler om forkjøpsrett. Dette er fordi selv om det er mulig å vektlegge subjektive forhold ved en avtale er formålet å se hvilke formuleringer som faktisk innebærer at forkjøpsrett blir utløst ved fusjon ved ethvert tilfelle.

⁷⁹ Augdahl i boken *Den norske obligasjonsretts alminnelige del* omtaler dette som at avtalen, gjenstanden eller aksjene må være overdragelige. Dette følger av det alminnelige formuerettslige prinsipp om overdragelighet, s. 308 flg.

⁸⁰ Ot. Prp. Nr 19 (1974-1975) s. 202

⁸¹ Dette tolkningsprinsippet følger av blant annet Rt-1994-471.

⁸² Kierulf-dommen (Rt. 1993 s. 564) på s. 564

⁸³ Giertsen, Avtaler s. 117

5.3 Troll-Tinn-dommen (HR-2017-1664-A)

5.3.1 Saksgangen

Troll-Tinn-dommen handlet om hvorvidt partenes avtalte forkjøpsrett ble utløst da den ene parten fusjonerte med et annet selskap. I saken hadde Troll-Tinn AS og Tjelle eiendom AS kjøpt en halvdel hver av en næringsseiendom. Partene inngikk i tilknytning til salget en avtale som regulerte enkelte forhold knyttet til eiendommen. Det ene avtalepunktet regulerte forkjøpsretten til partene. I avtalen het det at partene har forkjøpsrett "ved salg".

Ni år senere fusjonerte Troll-Tinn AS med Astero AS. Tjelle eiendom påberopte seg sin forkjøpsrett, fordi de mente at fusjon måtte omfattes av "ved salg"-klausulen.

Selve fusjonen innebar ingen endring av virksomheten som ble drevet i næringsbygget. Men ettersom Astero AS ble ansett for å være et mye større selskap enn Troll-Tinn AS, fikk aksjonæren i Troll-Tinn AS kun 11,3 % av aksjene til Astero AS ved fusjonen. Som følge av den lave eierandelen hadde ikke aksjonæren lenger en bestemmende innflytelse på hva som foregikk ved næringsbygget.

Høyesterett kom likevel til at forkjøpsretten ikke ble utløst. Fusjon kunne ikke anses for å være et "salg" som utløste forkjøpsretten etter avtalen.

5.3.2 Momenter som fikk betydning ved vurderingen av forkjøpsrett

Høyesterett konkluderte i Troll-Tinn-dommen med at fusjon ikke utløste forkjøpsrett og begrunnet det med at fusjon ikke kunne omfavnes av vilkåret "ved salg".

Høyesterett vurderte både avtalens ordlyd og om løysingsrettslova § 11 femte ledd kunne anvendes som primært rettsgrunnlag.

Når avtaleklausulen skulle tolkes viste Høyesterett til i avsnitt 40 at:

"Et vesentlig poeng er da at et "salg" normalt innebærer at selgeren gir slipp på salgsgjenstanden, både med hensyn til utnyttelsesmuligheter og ansvar. Dette gjelder – reelt sett – også når salget gjelder aksjene i et eierselskap, ikke eiendommen direkte. En fusjon innebærer derimot *fortsatt eierskap i funksjonell forstand*, om enn med en mer eller mindre utvannet eierandel som motsvares av nyvunne eierandeler i det andre selskapet som er involvert

i fusjonen. I fusjonen mellom Troll-Tinn og Astero er *kontinuiteten i så måte åpenbar*: Fusjonen var motivert av et ønske om å styrke de to arbeidsmarkedsbedriftenes posisjon i markedet, og den virksomheten som Troll-Tinn hadde drevet i Strandgata 20, fortsatte som før etter fusjonen. Verdien av Troll-Tinn ble ved fusjonen satt adskillig høyere enn verdien av eiendommen" (min utheving).

Dette avsnittet er interessant på flere måter. Først ser Høyesterett på hvordan et salg og en fusjon skiller seg når det kommer til eierskapet til eiendommen. Her hadde aksjonærene i Troll-Tinn AS fremdeles en eierandel, men eierskapet hadde blitt utvannet. Til gjengjeld hadde de nå eierskap til en større portefølje av verdier som kom fra Astero AS. Dette skiller seg betraktelig fra et alminnelig salg hvor det naturlige er at eierskapet til eiendommen blir overført til noen andre i bytte mot et vederlag.

For det andre viser Høyesterett til at kontinuiteten til virksomheten var "åpenbar".

Det at Høyesterett viste til at kontinuiteten var åpenbar kan tolkes dithen at fusjonen ikke utløste forkjøpsretten fordi fusjonen innebar ingen endring i virksomheten som ble driftet i næringsbygget. Imidlertid utelukker ikke dommen at en fusjon kunne ha utløst forkjøpsretten dersom kontinuiteten ikke var like tilstedeværende. Dersom for eksempel virksomheten i næringseiendommen hadde blitt byttet ut med en ny type virksomhet kunne det tenkes at hensynet til kontinuitet som fusjonsregelverket bygger på ikke lenger hadde vært like gjeldende.

Et siste moment som Høyesterett legger vekt på er konsekvensbetraktninger. Dersom fusjonen hadde blitt omfattet av begrepet salg ville enda flere spørsmål dukke opp. Disse spørsmålene hadde ikke avtalen regulert, og derfor talte det igjen mot at fusjon utløste forkjøpsretten.

Etter å ha konkludert med at forkjøpsretten ikke ble utløst av fusjonen alene basert på avtalen, ble spørsmålet således om avtalen i tilknytning til løysingsrettslova § 11 femte ledd utløste forkjøpsretten.

I løysingsrettslova § 11 femte ledd står det at "Hefter forkjøpsrett på ein eigedom som høyrer til eit selskap, kan retten til å løyse eigedomen gjerast gjeldande når ein så stor del av aksjane eller selskapspartane skiftar eigar at styringsretten i selskapet kjem på andre hender."

Spørsmålet ble sådan om fusjon medførte at eiendommen "skiftar eigar".

Høyesterett analyserte forarbeider og juridisk teori knyttet til løysingsrettslova og fusjon. Deretter konkluderte de med at det er en alminnelig oppfatning at fusjon ikke utløser forkjøpsrett og at resultatet må bli det samme i dette tilfellet. Her blir det uttalt at: "Ordlyden i bestemmelsen, som taler om at aksjene «skiftar eigar», utelukker ikke i seg selv at også fusjon kan være omfattet. Men om fusjon skulle ha vært omfattet, hadde det vært naturlig å markere dette klarere, ikke minst gjennom en avklaring i loven av de tvilsspørsmålene som da oppstår" (avsnitt 47).

Her uttaler Høyesterett at ordlyden tilsier at fusjon i utgangspunktet omfattes av bestemmelsen. Imidlertid så burde det ha blitt understreket enda tydeligere dersom fusjon *skulle* ha utløst forkjøpsretten. Dette er fordi teorien taler imot at fusjon skal utløse forkjøpsrett.⁸⁴

5.3.3 Prejudikatsvirkningen av Troll-Tinn-dommen

Troll-Tinn-dommen er nå et prejudikat på at en "ved salg"-klausul ikke vil utløse en forkjøpsrett dersom en av avtalepartene fusjonerer med en tredjepart. Spørsmålet her er om dommen også kan anses for å være et prejudikat på at fusjon aldri vil utløse forkjøpsrett.

Det åpenbare er at prejudikatet ikke kan gjelde absolutt alle avtalefestede forkjøpsretter. Troll-Tinn-dommen har ikke medført at det nå er forbudt å avtale at fusjon utløser forkjøpsrett. Dersom to parter ønsker at fusjon skal utløse forkjøpsrett kan dette enkelt avtales med en egen klausul som knytter seg til dette.

Mer usikkert er det om klausuler som er nærmere ordlyden til avtalen i Troll-Tinn-dommen vil utløse en forkjøpsrett.

Høyesterett drøfter ikke andre begrep enn begrepet "salg". Imidlertid vises det her til forskjellen mellom et salg og en fusjon. Ved salg gir eieren normalt sett helt opp eierskapet til godet. Ved fusjon blir eierandelen utvannet, men eierskapet eksisterer i funksjonell forstand. Troll-Tinn-dommen kan derfor muligens være et prejudikat på at fusjon ikke er en forkjøpsrettsutløsende hendelse der avtaleklausulen krever at selgeren gir slipp på eierskapet fullstendig.

⁸⁴ Her viser Høyesterett til Austenå, Løsningsrettigheter side 288-289, Aarbakke, Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål, Jussens Venner 1987 side 180 [JV-1987-153] og Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, side 215-216 (Troll-Tinn-dommen avsnitt 49).

I Troll-Tinn-dommen ble det også vektlagt at virksomheten var "åpenbar". Det kan her drøftes om dommen oppstiller en reservasjon mot de tilfeller der virksomheten endres som følge av fusjonen. Spørsmålet videre blir hva som er tilfellet hvis en virksomhetskontinuitet *ikke* er åpenbar.⁸⁵ Hva blir løsningen blir hvis bedriften eller selskapet blir totalforandret som følge av en fusjon? Dette besvarer ikke Troll-Tinn-dommen. Det er derfor usikkert om prejudikatsvirkningene av Troll-Tinn-dommen favner videre enn til kun å gjelde fusjoner der kontinuiteten er åpenbar.

Det som må være sikkert er at Troll-Tinn-dommen har et for snevert utgangspunkt til å oppstille et prejudikat som gjelder alle avtalefestede forkjøpsretter som potensielt kan bli utløst ved fusjon. Høyesterett begrunner sin konklusjon med at fusjon ikke er et "salg" i henhold til avtalen mellom partene og at fusjon faller ikke inn under "skiftar eigar" i løysingsrettslova § 11. En avtalefestet klausul om forkjøpsrett som favner videre enn kun "ved salg" har Høyesterett følgelig ikke avgjort om blir utløst ved fusjon.

Høyesterett fastslo at "skiftar eigar" i løysingsrettslova § 11 femte ledd heller ikke gjelder ved fusjon. Her blir dette begrunnet med at teoretikere har lagt til grunn at fusjon ikke utløser forkjøpsrett, og følgelig må dette bety at løysingsrettslova § 11 heller ikke får anvendelse ved fusjon.⁸⁶

5.4 Tilfeller hvor forkjøpsrett blir utløst ved fusjon

I Rt-1965-140 på side 144 uttales det at "... det alminnelige prinsipp når det gjelder tolking av en klausul om forkjøpsrett, at man skal være forsiktig med å legge mer i klausulen enn man har sikker dekning for, eller som det også uttrykkes, at en bestemmelse om forkjøpsrett i tvilstilfelle bør tolkes innskrenkende".⁸⁷

Når en klausul om forkjøpsrett skal tolkes må det utvises varsomhet med å legge mer i et begrep enn det er grunnlag for. Begrunnelsen er at dersom en forkjøpsrett hefter på en gjenstand, bygning eller aksje vil det ha påvirkning på eierens rådighetsmuligheter og potensielt også på

⁸⁵ Se avhandlingens del 6.3

⁸⁶ Se avhandlingens del 5.3.2

⁸⁷ Dommen omhandlet avtalefestet forkjøpsrett som ble søkt anvendt av en arving. Domstolene kom frem til at forkjøpsretten var en personlig rett, og følgelig hadde ikke forkjøpsretten gått over på arvingen. Samme prinsipp synes også forutsatt i Rt-1998-734. Jf. Høyesteretts uttalelser i HR-2017-1664-A avsnitt 38. Saken gjaldt avtalefestet forkjøpsrett til en hytteeiendom. Forkjøpsretten ble ikke utløst da denne ikke fikk anvendelse ved testament og gave som tilfellet var her.

verdien til tingen. Det å tolke en forkjøpsrett utvidende kan derfor være svært belastende for en eier.⁸⁸ Særlig der eieren ikke anså forkjøpsretten til å gjelde ved andre tilfeller enn ved salg, kan det virke urimelig for eieren at forkjøpsretten skal tolkes enda videre.⁸⁹

Den samme varsomme tankegangen legger også Aarbakke opp til i sin artikkel *Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål*. Her uttaler han at: "En fusjon innebærer ofte ikke en slik endring i eierinteressen som i alminnelighet skal til for å aktualisere en løsningsrett. Men en rimelig tolkning av grunnlaget for den enkelte løsningsrett kan gi et annet resultat".⁹⁰ Her er det særlig formuleringen "*rimelig tolkning*" som tilsier at forkjøpsretter burde ikke bli tolket utvidende ut av hensyn til forutberegnelighet på eierens side.

Spørsmålet blir følgelig hvordan formuleringen må være for å sikre at fusjon utløser forkjøpsrett. Av Troll-Tinn-dommen vet vi allerede at fusjon ikke faller inn under begrepet "salg". Dette må trolig gjelde uavhengig av hvilken type gode det er tale om.

Av aksjeloven § 4-21 og tilhørende juridisk teori samt LB-2009-9559 er det fastslått at formuleringen "enhver form for eierskifte" og "enhver eiendomsovergang" ikke utløser forkjøpsrett ved fusjon når godet er aksjer.⁹¹

Spørsmålet blir om det kun er ved forkjøpsrett til aksjer at "enhver form for eierskifte" utelukker at fusjon utløser forkjøpsrett. Av lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder har en kommune forkjøpsrett når leiegården blir "overført". I forarbeidene omtaler departementet relasjonen til fusjon hvor de uttaler: "Etter departementets oppfatning bør enhver form for stiftelse av et nytt rettssubjekt som fører til at eiendomsretten til en leiegård blir overført f.eks. ved fusjon og fisjon, utløse forkjøpsretten".⁹²

Av ordlyden til begrepet "overføring" og "enhver form for eierskifte" er det rimelig å konkludere med at "overføring" er snevrere enn "enhver form for eierskifte", og at alt som omfattes av "overføring" også må omfattes av "enhver form for eierskifte". Det er derfor ikke helt i samsvar med en harmonisk lovgivning at begrepet "overføring" i lov om kommunal

⁸⁸ Dette er en av grunnene til at Austenå, *Løsningsretter* på s. 30 argumenterer for at det er den "klassiske" forkjøpsretten som burde legges til grunn, da det er denne forkjøpsretten som begrenser eierens disposisjonsrett minst mulig. Austenå uttaler videre på samme side at selv denne type forkjøpsrett kan være byrdefull for eieren.

⁸⁹ Se oppgavens del 2.2. Ved avtaler om andre goder enn aksjer må det legges til grunn at selve begrepet forkjøpsrett kun sikter seg på tilfeller der godet skal selges.

⁹⁰ Aarbakke, *Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål*, Jussens venner 1987 s. 153-192

⁹¹ Se punkt 4.2.3

⁹² Ot. Prp. Nr. 44 (1990-1991) s. 13

forkjøpsrett til leiegårder omfatter fusjon, mens "enhver form for eierskifte" i aksjeloven ikke omfatter fusjon.

Hvorfor fusjon blir utløst ved det ene tilfellet og ikke det andre tilfellet kan være fordi det er ulike hensyn som ligger bak de ulike lovbestemmelsene.⁹³ Ved forkjøpsrett til aksjer er det aksjonærenes maktposisjon og kontroll med aksjene som står opp mot hensynet til fortsatt drift og et effektivt middel for omstrukturering i næringslivet. Ved lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder er det boligsosiale og samfunnsøkonomiske hensyn som begrunner den vide adgangen for kommunene til å utøve sin forkjøpsrett.⁹⁴

Det å slå fast hvilke begrep som vil utløse forkjøpsrett ved fusjon og hvilke som ikke vil det må blant annet avgjøres ved å se på hva som begrunner forkjøpsretten. Det må vurderes om det skal foretas en formålsbasert tolkning av et begrep dersom det foreligger særlige hensyn som tilsier det. Et begrep kan derfor bli forstått ulikt alt ettersom hvilken kontekst begrepet befinner seg i.

Ved utforming av en kontrakt er det likevel lurt å ta utgangspunkt i det faktum at "enhver form for eierskifte" ikke er tilstrekkelig dersom meningen er å inkludere fusjon som forkjøpsrettsutløsende hendelse. Det må også antas at ingen begrepstyper som har et snevrere anvendelsesområde, for eksempel som "erverv" eller "avhendelse" heller utløser forkjøpsrett ved fusjon.

Rettspraksis viser at det ikke har vært noen tilfeller oppe hvor fusjon har utløst forkjøpsrett. Dette tyder på at det skal mye til for at fusjon er en forkjøpsrettsutløsende hendelse i lys av kontinuitetsprinsippet. Tilsynelatende vil kontinuitetsprinsippet alltid medføre at forkjøpsretten ikke blir utløst.

Hva som gjenstår er å definere tydelig i kontrakten at fusjon faktisk skal anses for å være en forkjøpsrettsutløsende hendelse. Det er fullt mulig å innta en klausul om at "fusjon utløser forkjøpsrett". Eventuelt kan en klausul i kontrakten være at "ethvert eierskifte utløser forkjøpsrett", og deretter definere begrepet "et hvert eierskifte" til at fusjon faktisk faller inn under dette begrepet i tilknytning til denne kontrakten.

⁹³ Se fremstillingens del 2.2

⁹⁴ Eide, Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer s. 433

Konklusjonen er derfor at det så langt ikke finnes støtte i rettspraksis for å hevde at forkjøpsrett utløses ved fusjon, med mindre dette eksplisitt er avtafestet mellom partene.

6 Enkelte spørsmål knyttet til forkjøpsrett ved fusjon

6.1 Innledning

Foreløpig i denne avhandlingen har det blitt fastslått at hovedregelen er at fusjon ikke utløser forkjøpsrett. Selv ved avtalefestet forkjøpsrett må det spesifikt avtales dersom fusjon skal utløse forkjøpsrett. I dette kapitlet skal det drøftes om utgangspunktet kan modifiseres ved enkelte tilfeller.

Begrunnelsen for hvorfor dette skal undersøkes nærmere er at rigide regler kan i enkelte tilfeller medføre urimelige resultater. Fusjonsinstituttet er opprettet for å forenkle omstruktureringer i næringslivet, ikke for å omgå andre parters rettigheter. Dersom fusjonsinstituttet blir anvendt på en måte som misbruker systemet, så burde det finnes mekanismer som avverger disse situasjonene. Hvorvidt det faktisk vil skje en gjennomskjæring skal vurderes i del 6.2.

I en fusjon står kontinuitetsprinsippet sterkt og det er kontinuitetsprinsippet som medfører at forkjøpsretten som regel ikke blir utløst. Men hva vil skje dersom det ikke er kontinuitet i virksomheten etter fusjonen? Dette spørsmålet skal drøftes i del 6.3.

6.2 Omgåelseslæren

6.2.1 Innholdet i omgåelseslæren

Omgåelseslæren er en ulovfestet lære som har blitt skapt gjennom rettspraksis. Det finnes mest praksis knyttet til omgåelseslæren på skatterettens område. Her har det gjennom flere dommer blitt oppstilt visse vilkår som må være oppfylt for at omgåelseslæren skal få anvendelse. I Rt. 2007 s. 209 i avsnitt 39 uttaler Høyesterett:

"Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og består - slik den er utformet i høyesterettsavgjørelser de senere år - av et *grunnvilkår og en totalvurdering*. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra *en*

totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen" (min utheving).⁹⁵

Avsnittet forteller at for å anvende gjennomskjæringsregelen ved omgåelsestilfeller må det foreligge en disposisjon som er gjort i det formål å spare skatt. I tillegg må det foretas en totalvurdering for å se om omstendighetene tilsier at disposisjonen er å anses for en omgåelse som ikke kan aksepteres.⁹⁶

Det er uomtvistet at det eksisterer en omgåelseslære på skatterettens område. Spørsmålet er om omgåelseslæren også kan anvendes innenfor selskapsrettens område. På selskapsrettens område vil ikke grunnvilkåret være oppfylt. Problemstillingen knytter seg ikke til selskapers forsøk på å omgå skatt. Det må derfor vurderes om omgåelseslæren kan anvendes uten at grunnvilkåret er oppfylt.

Høyesterett omtaler ikke omgåelseslæren direkte når Troll-Tinn-dommen (HR-2017-1664-A) ble avsagt. Imidlertid gikk lagmannsretten nærmere inn på omgåelseslæren under sin vurdering av om forkjøpsretten ble utløst ved fusjon i denne saken. Etersom ingen av partene anførte omgåelseslæren som rettslig grunnlag, må uttalelsene anses for å være obiter dictum og vil ha liten rettskildemessig vekt.

Lagmannsretten uttaler at "(...) forkjøpsrett også burde kunne gjøres gjeldende ved salg av aksjer og selskapsparter i det selskap som eier en fast eiendom, dersom det i realiteten fører til at det kommer nye eierinteresser som har en *så dominerende rolle at de må sies å ha overtatt «styringsretten»* over selskapet. I realiteten kan en slik *situasjon likestilles med et salg av eiendommen*. Sivillovbokutvalget synes særlig å ha hatt før øyet å ramme situasjoner hvor salg av aksjer eller selskapsparter i et selskap skjer som ledd i et forsøk på å *omgå en forkjøpsrett* knyttet til en fast eiendom som eies av selskapet. Det er ikke anført, eller holdepunkter for, at

⁹⁵ Gjennomskjæringsregelen er det rettslige resultatet som følger av at omgåelseslæren blir anvendt. Det er med andre ord konsekvensen av at noen har foretatt en omgåelse som blir slått ned på av rettssystemet. Gjennomskjæringsregelen medfører at disposisjonen som er foretatt ikke er rettskraftig jf. Telenorsaken (Rt-2006-1232).

⁹⁶ 10. april 2019 la regjeringen frem forslag til lovfesting av omgåelseslæren innenfor skatterettens område. Proposisjonen gjelder endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (LOV-2009-06-19-58). I proposisjonen legges det ikke opp til vesentlige endringer sammenliknet med hva som følger av gjeldende ulovfestet rett. Se Prop. 98 L (2018-2019) s. 102 for forslaget til lov om endringer i skatteloven.

fusjonen i dette tilfellet er gjennomført som ledd i et forsøk på å omgå forkjøpsretten" (min utheving).⁹⁷

Lagmannsretten åpner her for at det må tas et forbehold vedrørende omgåelsestilfeller når kontinuitetsprinsippet ved fusjon blir anvendt. Dersom en fusjon blir foretatt utelukkende for å omgå en forkjøpsrett, så burde gjennomskjæringsreglene få anvendelse. Kongsvik mfl. i artikkelen "Fusjon og utløsning av forkjøpsrett i fast eiendom" viser til dette forbeholdet tatt av lagmannsretten, men viser også til at Høyesterett *ikke* tok stilling til denne problemstillingen.⁹⁸ Hvordan det skal tolkes at Høyesterett valgte å unnlate å uttale seg om omgåelseslæren er usikkert. Det er derfor fremdeles uklart hvorvidt det i det hele tatt eksisterer en omgåelseslære i norsk rett som knytter seg til forkjøpsrett.

I teorien er det forutsatt at en gjennomskjæringsregel ved omgåelse eksisterer for enkelte selskapsrettslige problemstillinger.⁹⁹ I Nordavis-dommen (Rt-2012-1628) fastslo Høyesterett at en av aksjonærenes handling måtte settes til side som følge av at handlingen var en omgåelse av den stemmerettsbegrensningen som forelå.

Dommen omhandlet et selskap som hadde en stemmerettsbegrensning som medførte at hver aksjonær utelukkende kunne stemme for maks 10 % av stemmene. En av aksjonærene som hadde kjøpt seg opp til mer enn 10 % av aksjene videresolgte dette igjen til sine datterselskaper. Derfor kunne datterselskapene ha 10 % av stemmene hver, og i realiteten fikk denne primæraksjonæren mer enn 10 % å stemme for på Generalforsamlingen. På neste Generalforsamling vedtok datterselskapene i samarbeid med morselskapet at stemmerettsbegrensningen i vedtektene skulle oppheves. Høyesterett kom til at denne beslutningen om å fjerne stemmerettsbegrensningen måtte kjennes ugyldig ettersom datterselskapene med morselskapet måtte anses for å være én aksjonær. Denne fordelingen av aksjene var en omgåelse av stemmerettsbegrensningen.

Høyesterett har fastslått at det finnes en omgåelseslære knyttet til stemmerettsbegrensninger. Spørsmålet videre blir om det finnes en omgåelseslære og et gjennomskjæringsprinsipp ved omgåelse av forkjøpsretter ved fusjon.

⁹⁷ LF-2016-58356

⁹⁸ Kongsvik mfl. revisjon og regnskap utg. 07/2017

⁹⁹ Truyen, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder s. 320

I løysingsrettslova § 11 femte ledd finnes det en generell gjennomskjæringsregel som knytter seg til forkjøpsrett av eiendom. I oppgavens del 5.3.2 ble det fastslått at løysingsrettslova ikke utløser forkjøpsretten til eiendom ved *fusjon*. Problemet var ikke at hjemmelen ikke gjelder ved omgåelsestilfeller, men at fusjon ikke anses som å falle inn under "skiftar eigar" i denne loven. Derfor kan ikke loven bli anvendt *direkte* på fusjonstilfeller.

Selv om løysingsrettslova § 11 femte ledd ikke gjelder ved fusjon, så kan det vurderes om gjennomskjæringssynspunktene kan analogiseres fra dette utgangspunktet til også å gjelde omgåelse av forkjøpsretter ved fusjon.

Når det kommer til omgåelseslæren og gjennomskjæringssynspunkter for *forkjøpsrett* uttaler Andenæs:

"Et spørsmål er om salg av en kontrollerende eierandel i et aksjeeiende selskap skal betraktes som eierskifte i relasjon til forkjøpsretten. Spørsmålet må løses på grunnlag av alminnelige gjennomskjæringssynspunkter. Løsningsrettsloven § 11 femte ledd besvarer spørsmålet bekræftende innenfor sitt område. Det kan spørres om denne bestemmelsen kan ses som uttrykk for et alminnelig prinsipp for forkjøpsretten. Tolkningen av lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper må imidlertid ses i sammenheng med andre bestemmelser i disse lovene, og gir *nepe rom for det gjennomskjæringsprinsipp som løsningsrettsloven oppstiller innenfor sitt område*" (min utheving).¹⁰⁰

I tilknytning til aksjonærenes forkjøpsrett ved aksjer besvarer Andenæs således at det ikke finnes noen gjennomskjæringsregler som kan komme til anvendelse. Løsningsrettslovens gjennomskjæringsprinsipp kan ifølge Andenæs ikke anvendes analogisk.

Imidlertid viser Andenæs til at i en tidligere utgave av boken *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* så konkluderte han med at Løysingsrettslovas gjennomskjæringsregel *kan* anvendes analogisk til å gjelde på selskapsrettens område.¹⁰¹ Hvorfor konklusjonen har forandret seg er imidlertid ikke begrunnet.

Det kan videre stilles spørsmål om Andenæs sitt nåværende synspunkt er like aktuell nå i etterkant av Nordavisdommen. Nordavisdommen viser at Høyesterett vil skjære igjennom der

¹⁰⁰ Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* s. 215. Se også Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven* 2. utgave s. 256-257.

¹⁰¹ Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* s. 216 note 8.

parter i næringslivet aktivt omgår andres rettigheter. Det kan derfor være rimelig å tenke seg at det samme hadde skjedd der fusjon hadde blitt benyttet for å omgå forkjøpsretten til noen andre.

Dette er enda ikke avklart i Høyesterett. Imidlertid må det anses som *rimelig* dersom det hadde vært mulig å anvende gjennomskjæringsprinsippet i løysingsrettslova § 11 femte ledd analogisk.

Det skal nå ses nærmere på særlig ett tilfelle hvor det kan være naturlig å vurdere om domstolene hadde anvendt omgåelselæren og gjennomskjæringsprinsippet.

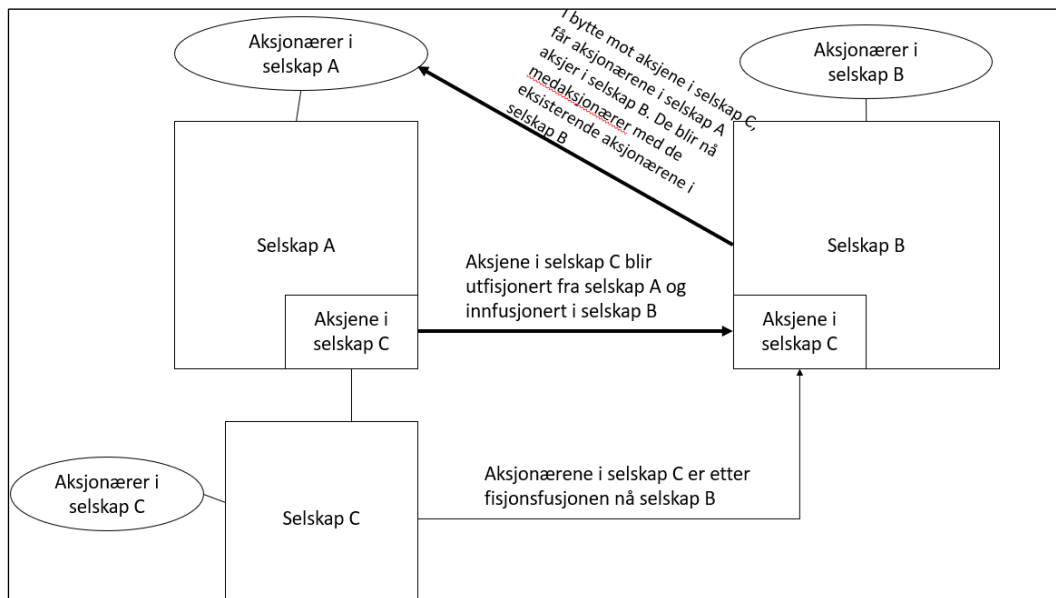
6.2.2 Fisjonsfusjon for å omgå forkjøpsrett

I en fisjonsfusjon blir en del av et selskap (A) overført til et eksisterende selskap (B). For at dette skal kunne gjøres vil en del av selskap A bli utfisjonert og deretter innfusjonert i selskap B i bytte mot at aksjonærene i selskap A får aksjer i selskap B.

I Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* blir en fisjonsfusjon eksemplifisert på denne måten: "Selskap A ønsker å overdra verdier for kr 50 til selskap B ved fisjonsfusjon. B har en samlet verdi på kr 50. Aksjonærer i A er X og Y med en halvpart på hver. Z er eneaksjonær i B. Etter fisjonen er X og Y fortsatt aksjonærer i A med samme fordeling. B har fått tilført verdier for kr 50, og aksjene fordeler seg med 50 prosent på Z og 25 prosent hver på hhv. X og Y."¹⁰²

Problemstillingen i vårt tilfelle er der selskap A er aksjonær i selskap C, og aksjene i selskap C blir utfisjonert fra selskap A og innfusjonert i selskap B.

¹⁰² s. 637

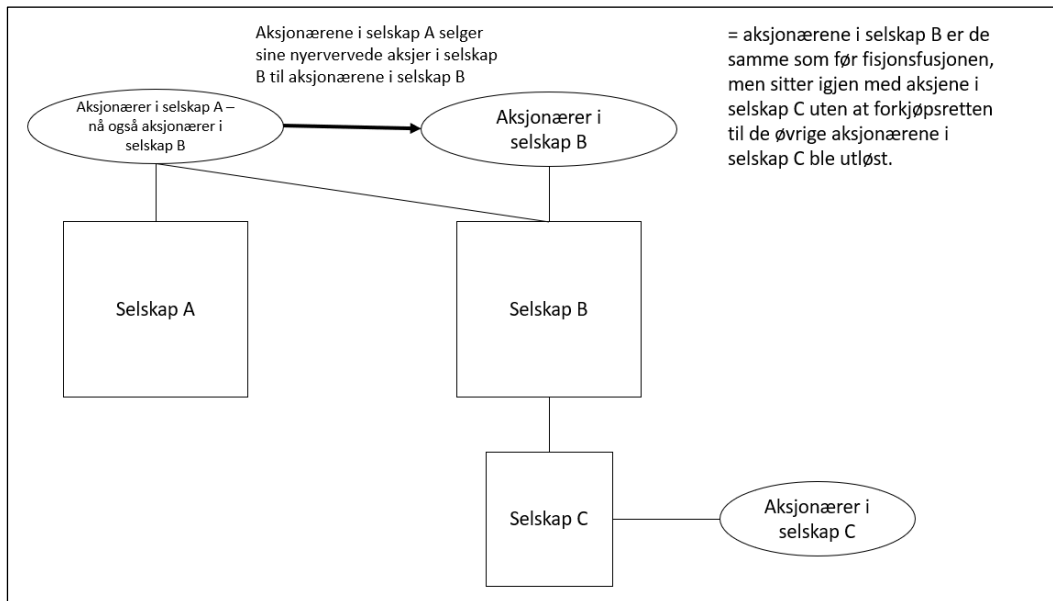


Illustrasjon av en fisjonsfusjon.

I realiteten har det her skjedd et eierskifte hvor det nå er selskap B og ikke selskap A som er aksjonærer i selskap C. Men dette eierskifte har utelukkende skjedd i form av fisjon og fusjon, hvor kontinuitetsprinsippet som hovedregel vil medføre at eventuelle forkjøpsretter ikke blir utløst.

Et argument imot at forkjøpsretten til aksjonærene i selskap C blir utløst er at aksjonærene til selskap A nå er aksjonærer i selskap B. De ble aksjonærer i selskap B fordi aksjene til selskap C ble overført til selskap B. Sånn sett vil eierne forbli de samme, men eierskapet er utvannet.

Problemstillingen som her kan oppstå er der selskap A sitt mål er å overdra sine aksjer i selskap C til selskap B, for så å kunne selge sine aksjer i selskap B kort tid etter fisjonsfusjonen.



Illustrasjon av et påfølgende aksjesalg etter en fisjonsfusjon.

I realiteten har selskap A solgt selskap C til selskap B. Imidlertid er dette gjort gjennom en fisjonsfusjon med påfølgende aksjesalg fra aksjonærer i selskap A til aksjonærer i selskap B.

Ved å benytte seg av en fisjonsfusjon ved dette eierskifte har selskap A solgt selskap C til selskap B uten at de øvrige aksjonærene i selskap C hadde mulighet til å påberope seg sin forkjøpsrett.

Spørsmålet her blir om omgåelselæren kan få anvendelse ved fisjonsfusjoner hvor hovedgrunnen for fremgangsmåten var å omgå forkjøpsretten til de øvrige aksjonærene.

Andenæs sitt synspunkt om at det ikke er mulig å analogisere fra løysingsrettslova § 11 femte ledd medfører i dette tilfellet at selskap A sin fisjonsfusjon fører frem på bekostning av de øvrige aksjonærene i selskap C.¹⁰³ Forkjøpsretten til aksjonærene i selskap C blir ikke utløst, fordi det eksisterer ingen gjennomskjæringssynspunkter som kan anvendes på situasjonen.

Dersom denne type fisjonsfusjon ikke var forkjøpsrettsutløsende, hadde fisjonsfusjon vært en enkel måte å avhende aksjer på for enhver aksjonær som ikke ønsker at forkjøpsretten til de øvrige aksjonærene blir utløst. Imidlertid er fisjonsfusjon skapt for at selskap skal kunne *omstrukturere*, ikke *avhende*. Det ville derfor ha vært i strid med formålet bak aksjelovens

¹⁰³ Se note 99.

fusjonsinstitutt at denne transaksjonen ikke hadde noe rettslige hindre som forhindret denne omgåelsen av forkjøpsretten.

Det vil derfor være naturlig å tro at dersom en slik fusjonsfusjon hadde blitt forsøkt av et selskap, så hadde domstolene slått ned på det i likhet med omgåelsen av stemmerettsbegrensningen i Nordavisdommen. Imidlertid foreligger det enda ikke noe praksis på dette området. Det er derfor fremdeles usikkert hva resultatet kommer til å bli dersom denne problemstillingen kommer opp for domstolene.

6.3 Virksomhetskontinuitet når det ikke foreligger kontinuitet i virksomheten

Et spørsmål som har kommet opp i etterkant av Troll-Tinn-dommen er hvorvidt det har betydning dersom det innfusjonerende selskap blir totalforandret. I Troll-Tinn-dommen ble det eksplisitt påpekt av førstvoterende at virksomheten på næringstomten fortsatte som før og det var en åpenbar virksomhetskontinuitet.¹⁰⁴

Spørsmålet er om domstolenes konklusjon hadde blitt annerledes dersom bedriften hadde blitt totalforandret. Det som kan tale for at forkjøpsretten hadde blitt utløst er at motparten, Tjelle Eiendom AS inngikk sameiefellesskap med et *tinnstøperi*. Det kan tenkes et hypotetisk scenario der Astero AS fusjonerte med Troll-Tinn AS utelukkende for næringstomten, og tinnstøperiet ble avvirket fordi det var en annen type virksomhet som skulle bli drevet fra næringseiendommen. Dette kunne ha blitt ansett som en omgåelse av forkjøpsretten, ettersom Astero AS heller kunne ha *kjøpt* eiendommen fremfor å fusjonere med selskapet. Imidlertid ville da forkjøpsretten til Tjelle Eiendom ha blitt utløst.

Det som taler for at forkjøpsretten uansett ikke hadde blitt utløst der det ikke er kontinuitet i virksomheten er at kontinuitetsprinsippet generelt står veldig sterkt. Dersom det ikke er tale om en åpenbar omgåelse av forkjøpsretten skal det nok mye til før gjennomskjæringslæren får anvendelse. I næringslivet er et viktig mål at det skal være enkelt å omstrukturere dersom dette vil medføre en bedret økonomi. Dette følger blant annet av skattefritaksreglene for fusjon og adgangen til å selge eller kjøpe med sine datter- og morselskaper uten at det blir utløst noen

¹⁰⁴ HR-2017-1664-A avsnitt 40

særretter for tredjeparter.¹⁰⁵ Kontinuitetsprinsippet medfører derfor at forkjøpsretter ikke blir utløst ved fusjon selv der det ikke er kontinuitet i virksomheten.

Derfor vil resultatet mest sannsynlig bli at kontinuitetsprinsippet ved fusjon medfører at lovfestede eller avtalefestede forkjøpsretter ikke blir utløst selv der kontinuitet i virksomheten mangler.

¹⁰⁵ BFU-2013-17 – Bindende forhåndsuttalelse fra skattedirektoratet

7 Avslutning

Fremstillingen har redegjort for de reglene som finnes om avtalefestede og lovfestede forkjøpsretter, og deretter sett på hva som skjer dersom en av partene fusjonerer med en tredjepart.

Ved lovfestede forkjøpsretter har det primært vært fokusert på aksjelovens bestemmelser om aksjonærers forkjøpsrett til aksjer ved eierskifte. Her ble det klargjort at hovedregelen er at fusjon ikke vil utløse en forkjøpsrett. Hvorvidt det foreligger unntak fra denne hovedregelen er fremdeles uklart ettersom det enda ikke har kommet opp en sak om aksjonærers forkjøpsrett ved fusjon i Høyesterett. Det er derfor usikkert om forkjøpsretten noensinne blir utløst ved fusjon utelukkende med aksjeloven §§ 4-19 til 4-23 som primært rettsgrunnlag.

Deretter ble det sett på avtalefestet forkjøpsrett hvor Troll-Tinn-dommen (HR-2017-1664-A) spilte en sentral rolle. Førstvoterende oppstilte i dommen opp visse momenter som medførte at det var usikkert hvilke momenter som faktisk spiller inn når det skulle vurderes om forkjøpsretten ble utløst ved fusjon. Men også her ble utgangspunktet om at fusjon ikke utløser forkjøpsrett til slutt fastslått.

Hovedregelen ved avtalefestede forkjøpsretter er altså at fusjon ikke utløser forkjøpsrett. Imidlertid er det en mulighet å regulere omfanget av forkjøpsretten i samsvar med den alminnelige avtalefriheten som befinner seg på privatrettens område.

Til slutt ble det sett på omgåelseslæren og andre tilfeller hvor det kan tenkes at fusjon hadde utløst forkjøpsrett. Der det er tale om en åpenbar omgåelse må det være naturlig å kunne anvende gjennomskjæringslæren. Her foreligger det imidlertid ingen Høyesterettspraksis knyttet til forkjøpsrett spesifikt og teoretikere har vært skeptiske til å si at det foreligger en ulovfestet gjennomskjæringsregel for forkjøpsretter. Det er derfor usikkert hva resultatet hadde blitt dersom en slik sak hadde kommet opp for Høyesterett.

Når det kommer til en manglende kontinuitet i virksomheten så tyder rettskildene på at dette ikke er tilstrekkelig for at fusjonen medfører at forkjøpsretten blir utløst. Men dette er uklart ettersom virksomhetskontinuitet var et av de momentene som Høyesterett tilsynelatende vektlegger ved sin avgjørelse i Troll-Tinn-dommen.

Foreløpig foreligger det lite rettspraksis som knytter seg til forkjøpsretter ved fusjon. Det er enda usikkert hvilken løsning en potensiell tvist vil ha selv om det meste av underrettspraksisen taler imot at forkjøpsretten vil bli utløst.

En konklusjon på hele denne fremstillingen av forkjøpsrett ved fusjon er veldig enkel. Dersom en part ønsker at fusjon skal utløse forkjøpsrett, så må dette *eksplisitt kontraktfestes*. Dersom fusjon ikke skal utløse en forkjøpsrett, så må dette på tilsvarende måte kontraktfestes. Det avgjørende er å være presis og klar i sin kontraktsutforming.

Litteraturliste

Lover

Lov om Løysingrettar	LOV-1994-12-09-64
Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)	LOV-1997-06-13-44
Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)	LOV-1997-03-13-45
Lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder	LOV-1977-04-29-34
Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven)	LOV-1999-03-26-14
Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)	LOV-1998-07-17-56
Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)	LOV-2009-06-19-58

Forarbeider

Ot. Prp. Nr 19 (1974-1975)	Om lov om aksjeselskaper
Ot. Prp. Nr 44 (1990-1991)	Om lov om endring i lov 29. april 1977 nr. 34 om kommunal forkjøpsrett til leiegårder og om endring i lov 4. februar 1960 nr. 2 om borettslag
NOU 1992: 29	Om lov om aksjeselskaper
Ot. Prp. Nr. 36 (1993-1994)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
Ot. Prp. Nr. 49 (1993-1994)	Om lov om løysingsretta

NOU 1996: 3

Ny aksjelovgivning

Innst. O. Nr. 80 (1996-1997)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m.

Prop. 98 L (2018-2019)

Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel)

Rettspraksis

Rt. 1964 s. 140

Rt. 1993 s. 564

(Kierulf-dommen)

Rt. 1994 s. 471

Rt. 2003 s. 713

(Norway Seafood-dommen)

Rt. 2007 s. 209

Rt. 2007 s. 1392

(Flesbergdommen)

Rt. 2012 s. 1628

(Nordavisdommen)

HR-2016-1439-A

(Bergshavdommen)

HR-2017-1664-A

(Troll-Tinn-dommen)

RG-2006-73

LB-2009-9559

HR-2010-19-U

LF-2016-58356

Lagmannsrettsavgjørelsen i Troll-Tinn-
dommen

TOSLO-2001-2788

Upublisert dom fra Namdal Tingrett, avsagt
22.02.2016 med partene Williksen Invest
AS og Vikna Holding AS mot Mnh Holding
AS. Saksnr: 13-109566SKJ-NAMD

Fagbøker

Aarbakke mfl, Aksjeloven og
allmennaksjeloven

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle;
Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone; Skåre,
Jan, *Aksjeloven og allmennaksjeloven:
Lovkommentar*, 4. utgave, Oslo 2017

Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven
2. utgave

Aarbakke, Magnus; Skåre, Jan; Knudsen,
Gudmund; Ofstad, Tone; Aarbakke, Asle,
*Aksjeloven og allmennaksjeloven
kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2004

Andenæs, Aksjeselskaper &
Allmennaksjeselskaper

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper &
Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave. Oslo,
2006

Augdahl, Den norske obligasjonsretts
alminnelige del

Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts
alminnelige del*, 5. utgave, Oslo 1978

Austenå, Løsningsretter

Austenå, Torgeir, *Løsningsretter: forkjøps-,
tilbuds-, og kjøperett til fast eiendom*, 1.
utgave, Oslo 1976

Giertsen, Avtaler	Giertsen, Johan, <i>Avtaler</i> , 3. utgave, Oslo 2014
Eide, Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer	Eide, Bjarte, <i>Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer: en oversikt over problemstillinger: vedtektsregulering</i> , 1. utgave, Oslo 2009
Liland, Fusjon og fisjon av selskaper	Liland, Anders H., <i>Fusjon og fisjon av selskaper</i> , 1. utgave Oslo 2016
Lilleholt, Knophs oversikt over Norges rett	Utgitt av Lilleholt, Kåre, <i>Knophs oversikt over Norges rett</i> , 13. utgave, Oslo 2009
Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt	Nygaard, Nils, <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2. utgave, Oslo 2004
Truyen, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder	Knudsen, Gudmund (Redaktør) ; Normann, Kristin (Redaktør) ; Woxholth, Geir (Redaktør), <i>Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år</i> , 1. utgave, Oslo 2010
Zimmer, Bedrift, selskap og skatt	Zimmer, Frederik, <i>Bedrift, selskap og skatt: Skatlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere</i> , 6. utgave, Oslo 2014
Woxholth, Selskapsrett	Woxholth, Geir, <i>Selskapsrett</i> , 6. utgave, Oslo 2018

Artikler og uttalelser

Aarbakke, Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål, Jussens venner 1987 s. 153-192

BFU-2013-17

Bråthen, Tore, norsk lovkommentar til asl § 4-22 note 570 rettsdata.

Kongsvik mfl. revisjon og regnskap 07/2017

Tolkningsuttalelse fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Aarbakke, Magnus, *Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål*, Jussens venner 1987 s. 153-192 (JV-1987-153)

BFU-2013-17 – Bindende forhåndsuttalelse fra skattedirektoratet

Bråthen, Tore, Norsk Lovkommentar til asl. § 4-22 note 570 rettsdata:

<https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gL19970613z2D44z2EK4z2EVII?directHit=1&dq=asl¬eid=gN19970613z2D44z2E570>

(Lest 20.03.19)

Kongsvik, Magnus; Vidar, Kleppe, *Fusjon og utløsning av forkjøpsrett i fast eiendom, Revisjon og regnskap*, utgave nr 07/2017

Halvorsen, Siri (e.f.) (Avdelingsdirektør); Aamodt, Erland (Seniorrådgiver), § 18: *Svar på spørsmål om forkjøpsrettsreglene i aksjeloven og kommunesammenslåing:*

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-18-svar-pa-sporsmal-om-forkjopsrettsreglene-i-aksjeloven-og-kommunesammenslaing/id2437560/>

(Lest 15.03.19)