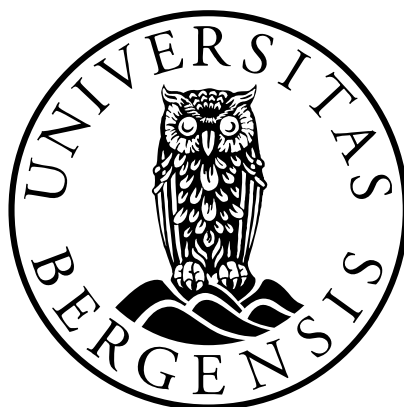


Formuerettslig kontinuitet ved fusjon

*Virkninger av fusjon for medkontrahentene
til det overdragende selskapet*

Kandidatnummer: 135

Antall ord: 12806



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. juni 2020

INNHOLDSFORTEGNELSE

DEL I	3
1.0 INNLEDNING	3
1.1 Introduksjon av emnet	3
1.2 Avgrensninger og forutsetninger	4
1.3 Rettskildebildet.....	5
1.4 Plan for fremstillingen	6
DEL II	8
1.0 FUSJON ETTER AKSJELOVEN.....	8
1.1 Rettslig grunnlag.....	8
1.2 Formål med fusjon.....	8
1.2.1 Innledning.....	8
1.2.2 Kontinuitetsprinsippet	9
1.2.3 Selskapenes insentiver.....	10
1.3 Fusjonsplan.....	11
1.4 Kreditorvernet.....	12
1.4.1 Hovedreglene om kreditorvern.....	12
1.4.2 Hvem er selskapenes “kreditorer”?	13
1.5 Fusjonens ikrafttredelse	15
1.6 Objektet for overføringen	16
DEL III	19
1.0 TOLKNING AV OVERFØRINGSFORBUD.....	19
1.1 Innledning.....	19
1.2 Avgjørelsen i HR-2017-1664-A	19
1.3 Alminnelige tolkningsprinsipper og overføringsforbud	20
1.4 Kontinuitetsprinsippet som tolkningsprinsipp.....	21
1.5 Overføringsforbud som uttrykkelig regulerer fusjon.....	22
1.6 Overføringsforbud som ikke nevner fusjon.....	23
1.6.1 Problemstillingen	23
1.6.2 Tolkningsterskelen	23
1.6.3 Konkret grad av kontinuitet som tolkningsfaktor	24
1.6.4 Grensedragnings spørsmål mellom salg og fusjon.....	26

2.0 VIRKNINGER AV OVERFØRINGSFORBUD	27
2.1 Rett til å stanse fusjonen?.....	27
2.2 Virkninger av fusjon i strid med overføringsforbud	28
2.2.1 Faktum i Rt. 2010 s. 918 (REC).....	29
2.2.2 Rettsanvendelsen i Rt. 2010 s. 918	30
2.2.3 Rt. 2010 s. 918 – hvor langt rekker avgjørelsen?.....	32
DEL IV	35
1.0 ALMINNELIGE AVTALERETTSLIGE INNSIGELSER MOT FUSJON	35
1.1 Misligholdskrav	35
1.2 Læren om bristende forutsetninger.....	35
1.2.1 Forutsetningslæren i fusjon	35
1.2.2 Kausalitet.....	38
1.2.3 Synbarhet.....	39
1.2.4 Relevans	41
DEL V.....	43
1.0 OPPSUMMERENDE BETRAKTNINGER	43
Lovregister	44
Litteraturliste	45

DEL I

1.0 INNLEDNING

1.1 Introduksjon av emnet

Denne oppgaven handler om overdragelse av kontraktposisjoner ved fusjon.

Fusjon bygger på avtale mellom ett eller flere overdragende selskap ("selskap A") og ett overtakende selskap ("selskap B"). Når avtalen gjennomføres, overtar selskap B formuen og kontraktene til selskap A, mens selskap A avvikles.

Selskapene som planlegger å fusjonere vil normalt være bundet av en rekke kontrakter med ulike medkontrahenter, som reguleres av privatrettslige regler. I forbindelse med fusjon aktualiseres spørsmålet om disse kontraktene vil påvirkes av fusjonen, og i så fall hvordan.

Aksjelovens utgangspunkt er at fusjon ikke er et kontraktsbrudd overfor medkontrahentene til selskap A. Fusjon innebærer kontinuitet, noe som betyr at selskap B i utgangspunktet trer inn som både forpliktet og berettiget i selskap As rettsforhold.¹ Formålet med denne ordningen er å legge til rette for effektivitet og synergi i etablerte foretaksenheter, noe som i sin tur gagnar markedsøkonomien som helhet.²

At kontraktsforpliktelser kan overføres fra selskap A til selskap B uten medkontrahentenes samtykke, er et avvik fra hovedreglene i formueretten. Selv om eiendeler og rettigheter etter alminnelige regler kan overdras fritt, kreves det samtykke dersom en skyldnerposisjon rettmessig skal overføres til tredjemann.³ Samtykkekravet er begrunnet av de alminnelige reglene om kreditorskifte; det er ikke likegyldig for kreditor *hvem* som er skyldner til hans krav.⁴

¹ Ot.prp. nr. 19 (1975-1976) Om lov om aksjeselskaper s. 200 flg.

² *Ibid.* s. 199-203 og Giertsen (1999) s. 29.

³ Andenæs (2016) s. 593.

⁴ Retten til å velge medkontrahent omfattes av avtalefriheten, og er blant annet forutsatt i NL 5-1-1.

I mange tilfeller vil medkontrahentene til selskap A være positive til en fusjon. Det å få et selskap som er større og mer økonomisk robust som ny avtalemotpart, kan føre til at forretningene blomstrer.

I andre tilfeller kan en fullstendig overføring av selskap As kontrakter skape uforutsigbarhet og finansiell risiko for selskapets medkontrahenter, for eksempel dersom kontrakten forutsetter en personlig oppfyllelse som selskap B ikke kan tilby. Mange kontrakter inneholder derfor forbehold om at kontraktens rettigheter og forpliktelser ikke kan overføres til tredjemenn, inkludert ved endring av selskapsstruktur eller kontrollinteresser. Slike overføringsforbud kan gi medkontrahenten hevingsrett. Forholdet mellom avtalte overføringsforbud og bakgrunnsretten er imidlertid ikke klart, og Høyesterett har behandlet flere tvister knyttet til dette.

Oppgavens overordnede problemstilling er om og i hvilken utstrekning medkontrahentene til (det nå avviklede) selskap A kan påberope avtalefestede overføringsforbud eller alminnelige kontraktsrettslige innsigelser overfor sin nye avtalepart, selskap B.⁵

1.2 Avgrensninger og forutsetninger

Fusjon betyr sammenslåing av foretak.⁶ Begrepet er imidlertid ikke entydig, verken med tanke på hvilken form for foretak som sammenslås eller karakteren til den underliggende prosessen som gjennomføres.⁷ I denne oppgaven referer fusjon til sammenslåing av aksjeselskaper etter reglene i aksjeloven kapittel 13.

Fusjonsbegrep som faller utenfor aksjelovens virkeområde vil ikke behandles nærmere.⁸ Dette innebærer en avgrensning mot fusjon etter allmennaksjeloven kapittel 13.⁹

⁵ Denne problemstillingen innebærer en avgrensning mot rettsstillingen til medkontrahentene til selskap B.

⁶ *Fusjon* brukes først og fremst om *sammenslåingsprosessen* – ikke om *resultatet* av denne prosessen.

⁷ Aamelfot m.fl. (2015) påpeker at et vidt fusjonsbegrep omfatter flere ulike fremgangsmåter for sammenslutning av foretak, uavhengig av hvilken fremgangsmåte som velges, se s. 5.

⁸ Eksempler som omfattes av et vidt fusjonsbegrepet 1) oppkjøp av aksjene i et foretak med utsikt til å slå det sammen med ens eget, og 2) forening av to enkeltpersonforetak til ett aksjeselskap. Se videre Aarbakke i jussens venner pkt 1.

⁹ Avgrensningen mot allmennaksjeloven er fremstillingsteknisk begrunnet. *De lege lata* kan oppgavens drøftelser og slutninger forutsettes å gjelde for fusjon etter allmennaksjeloven. Fusjonsbestemmelsene i aksjeloven og allmennaksjeloven er identisk utformet, og det er bred enighet om at reguleringen av fusjon etter aksjeloven og allmennaksjeloven er ment å være sammenfallende, jf. bl.a. Ot.prp. 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) s. 132 - 134, Aarbakke (2017) s. 823 og Giertsen (1999) s. 277.

Fremstillingen tar utgangspunkt i alminnelig opptaksfusjon, det vil si at det forutsettes at selskap B er etablert 1) før fusjonen og 2) utenfor konsernet til selskap A. Fusjon ved nystiftelse og konserninterne fusjoner vil dermed ikke behandles eksplisitt.¹⁰

Det avgrenses dessuten mot fusjon over landegrensene etter aksjeloven kapittel 13 del VII.

1.3 Rettskildebildet

Lovreguleringen av fusjon, herunder reglene om overføring av kontrakter, finnes i aksjeloven kapittel 13.¹¹ Fusjonskapitlet inneholder en rekke regler som beskriver fremgangsmåten til de deltagende selskapene ved fusjon.

Ved revisjonen av aksjeloven i 1997 ble det foretatt enkelte materielle endringer i fusjonsreglene. Endringene påvirket imidlertid ikke gjeldende rett for overføring av kontraktposisjoner ved fusjon. Dette følger av forarbeidene til dagens lov, som forutsetter at bestemmelsen i aksjeloven § 13-2 «er i samsvar med [den foregående] § 14-1a og Aksjelovutvalgets utkast».¹² Det er dermed sikker rett at någjeldende regler om overføring av kontrakter ved fusjon skal tolkes på bakgrunn av forarbeidene til aksjeloven av 1976.¹³

I lovforarbeidene er det skrevet utfyllende om hovedreglene om kontinuitet. Likevel blir vilkårene for og virkningen av overføringsforbud ved fusjon ikke adressert. Det fremholdes at tolkning av avtaler om uoverdragelighet "må overlates til praksis", og rettsvirkningen av slike avtaler er heller ikke drøftet nærmere.¹⁴

At forarbeidene delegerer utviklingen av gjeldende rett til domstolene, gjør rettspraksis til oppgavens sentrale rettskilde. Tvister om innsigelser mot fusjon kommer imidlertid sjelden inn for domstolene, presumtivist fordi slike tvister ofte løses ved forlik.¹⁵ Avgjørelsene inntatt i

¹⁰ Konserninterne fusjoner omfatter *trekantfusjon*, *firkantfusjon*, *mor-datterfusjon*, *omvendt mor-datterfusjon* og *søsterfusjon*, se nærmere Aamelfot (2015) s. 28 flg. Drøftelser av rettsstillingen til medkontrahentenes i selskap A antas likevel å ha prinsipiell betydning for fusjonstypene er avgrenset mot.

¹¹ Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44.

¹² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) s. 168.

¹³ Se blant annet Rt. 2010 s. 918 (REC) avsn. 26 hvor Høyesterett legger til grunn uttalelser fra Proposisjonen av 1974-75 uten videre bemerkninger.

¹⁴ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper s. 202 avsn. c).

¹⁵ Det har lite for seg å tvinge en medkontrahent til å godta en fusjon hvis dette ødelegger forretningsrelasjonen.

Rt-2010-918 (REC) og HR-2017-1664-A (Tjelle) er de eneste høyesterettsdommene som drøfter problemstillinger knyttet til overføring av kontraktsposisjoner ved fusjon.

For øvrig er medkontrahentenes innsigelser mot fusjon regulert av alminnelige kontraktsrettslige regler og prinsipper, og blant annet læren om bristende forutsetninger har en sentral plass når oppgavens problemstilling skal løses.

I litteraturen foreligger kun sporadisk behandling av emnet, primært hos Andenæs, Giertsen og Aarbakke.¹⁶ Rettskildebildet som helhet tilsier derfor at en betydelig del av oppgavens drøftelser må gjøres ut fra avveininger av reelle hensyn og vurderinger av de alternative løsningenes godhet sett i lys av aksje- og obligasjonsretten ellers.

Rettskildebildet ved fusjon er påvirket av EØS-rettens direktiver.¹⁷ Det sentrale direktivet på selskapsrettens område er *Generelt selskapsdirektiv* av 14. juni 2017.¹⁸ Dette omfatter seks gjeldende direktiver som er inkorporert i norsk rett. Av relevans for fusjonsreglene er *Fusjonsdirektivet* av 26. oktober 2005.¹⁹ Gjeldende rett er ansett å møte direktivets krav.²⁰

1.4 Plan for fremstillingen

Før drøftelsen av medkontrahentenes rettsstilling ved fusjon er det nødvendig å gi en innføring i reglene for fusjon etter aksjeloven, med vekt på de prosedyrer, vilkår og hensyn som har betydning for rettsstillingen til medkontrahentene til selskap A. Forklaringen av fusjonsreglene finnes i del II.

Oppgavens hoveddel i del III og IV omhandler medkontrahentenes avtale- og obligasjonsrettslige stilling etter en gjennomført fusjon.

I del III behandles spørsmål som forutsetter at selskap A og en medkontrahent har regulert, eller har forsøkt å regulere, overdrageligheten til en bestemt kontrakt. Den første problemkategorien er da om det foreligger et overføringsforbud i forholdet mellom medkontrahenten og selskap A (del III punkt 1). Dersom dette besvares bekræftende blir

¹⁶ Se nærmere Andenæs (2016) s. 590 flg.; Giertsen (1999) kap. 8 og 14; Aarbakke (2017) s. 782 flg.

¹⁷ Norge er forpliktet til å implementere direktivene etter EØS-loven del I art. 7.

¹⁸ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2017/1132 av 14. juni 2017 om visse aspekter i selskapsretten.

¹⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/56/EF av 26. oktober 2005 om grenseoverskridende fusjoner av selskaper med begrenset ansvar.

²⁰ Se Andenæs (2016) s. 7 flg.

spørsmålet hvilke rettsvirkninger overføringsforbudet medfører, særlig der en fusjon er gjennomført i strid med overføringsforbudet (del III punkt 2).

I del IV behandles medkontrahentens rettsstilling i fravær av en avtaleregulering av overføringsadgangen. Spørsmålet blir da hvilken beskyttelse alminnelige avtalerettslige regler gir medkontrahenten, og særlig om et partsbytte ved fusjon kan anses som en relevant bristende forutsetning etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Avslutningen i del V oppsummerer med hensyn til gjeldende rett og knytter noen kommentarer til gunstigheten av rettstilstanden med hensyn til rettsstillingen til selskap As medkontrahenter ved fusjon.

DEL II

1.0 FUSJON ETTER AKSJELOVEN

1.1 Rettslig grunnlag

Selv om ingen bestemmelse i aksjeloven eksplisitt hjemler adgang til fusjon, følger slik adgang forutsetningsvis av reglene for fremgangsmåten ved fusjon, nedfelt i aksjeloven kapittel 13.²¹ Særlig aksjeloven § 13-2 (1) er ansett som en selvstendig hjemmel for blant annet 1) adgangen til gjennomføring av fusjon og 2) reguleringen av forskjellige tredjemenns rettsstilling i forbindelse med fusjon.²²

Dersom vilkårene for fusjon etter aksjeloven *ikke* er oppfylt, vil foretakssammenslutningen måtte falle tilbake på alminnelige privatrettslige prinsipper om foretaksavvikling og overføring av formuesgoder.²³ I så fall kompliseres en samlet overdragelse av formueskomplekset betraktelig, ettersom dette krever enstemmighet blant aksjeeierne og samtykke fra selskapenes forskjellige kreditorer.²⁴ Avvik fra aksjelovens system medfører dessuten at transaksjonen må gjennomføres uten skattemessig kontinuitet, noe som er et fremtredende insentiv ved fusjon i praksis.

1.2 Formål med fusjon

1.2.1 Innledning

En diskusjon av formålet med fusjon må først innta et perspektiv, og det sondres mellom rettspolitiske formål (*formålet med fusjonsreglene*) og insentivene for fusjonspartene (*markedsøkonomiske hensyn*). Kategoriene vil for øvrig overlape hverandre på enkelte

²¹ I litteraturen er det videre tatt til orde for at særlig lovhjemmel for sammenslåing av foretak uansett ikke behøves, ettersom ulovfestede privatrettslige regler om formuesgoders frie overdragelse ses som tilstrekkelig hjemmel for foretakssammenslutninger i sin alminnelighet, slik Aarbakke "Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål –" JV 04/1987, pkt. 2.1.

²² Se blant annet Aarbakke (2017) s. 786, Aamelfot (2015) s. 27 og Giertsen (1999) s. 97 flg.

²³ Her bruker jeg «formuesgoder» i vid forstand, slik at kontraktposisjoner er omfattet.

²⁴ Se Giertsen (1999) s. 27.

punkter. I en juridisk oppgave er det naturlig å sette regelformålene i fokus, og her står kontinuitetsprinsippet i høysetet.

1.2.2 Kontinuitetsprinsippet

Kontinuitet betyr fravær av forandring. Giertsen beskriver kontinuitetsbegrepet som en "*felles betegnelse på en rekke regler som forutsetter at det overtakende foretaket trer inn i det overdragende foretakets rettsforhold*".²⁵ Prinsippet innebærer at fusjon ikke anses som en overdragelse av selskap A, men snarere en endring med hensyn til selskapets forvaltning.²⁶

En viss kontinuitetstanke kan spores allerede i aksjeloven av 1910. Loven åpnet da for at formuen til et aksjeselskap kunne overdras "som helhet" til et annet selskap mot vederlag i aksjer i dette, ved to tredjedels flertall i generalforsamling.²⁷ En beslutning om avvikling ved naturalutdeling etter vanlige oppløsningsregler krevde derimot enstemmighet.²⁸ Videre ga innrettelse etter aksjelovens system adgang til en forenklet prosedyre for foretakssammenslåing sammenlignet med alminnelige oppløsningsregler.

Loven av 1910 var kun bygget på kontinuitet for aksjeeierne (eierkontinuitet), ikke kontinuitet i kontraktposisjoner. Dette kravet om samtykke fra selskapets kreditorer vanskeliggjorde en samlet overføring av selskap As formueskompleks. På denne bakgrunn ble kontinuitet for kontraktposisjoner innført ved aksjeloven av 1976.²⁹

Giertsens omtale av kontinuitet som "(...) *en rekke regler*" beskriver at prinsippet er gitt gjennomslag for rettsforhold av flere ulike arter. Nærmere bestemt kan kontinuitet spaltes opp i de tre kategoriene *eiendels-*, *rettighets-* og *forpliktelseskontinuitet*.³⁰

Eiendelskontinuitet betegner overføringen av selskap A sin beholdning av løsøre, fast eiendom og andre formuesgoder til selskap B. *Rettighets-* og *forpliktelseskontinuitet* refererer

²⁵ Giertsen (1999) s. 28, forfatterens kursivering.

²⁶ Augdahl (1959) s. 543.

²⁷ Lov om aktieselskaper og kommandiaktieselskaper 19. juli 1910 nr. 1 §§ 83 og 84.

²⁸ Giertsen (1999) s. 28 note 15.

²⁹ Se Ot.prp. nr. 10 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper s. 200 flg.

³⁰ Jf. Giertsen (1999) s. 29. Disse tre begrepene kan samlet omtales som *formuerettslig kontinuitet*, slik Aamelfot m.fl. (2015) s. 39. Formuerettslig kontinuitet skiller seg fra *eierkontinuitet* (ombyttet av aksjer i selskap A med vederlagsaksjer i selskap B ved fusjonens gjennomføring) og *skatterettslig kontinuitet* (reglene om skattefrihet ved fusjon etter skatteloven § 11-2), jf. Giertsen s. 30 og 31.

til utgangspunktet etter aksjeloven § 13-2 (1) om at selskap B overtar alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner som påhviler selskap A.

Regelen om *forpliktelseskontinuitet* markerer som påpekt et særskilt avvik fra alminnelige regler om debitorskifte. Denne avvikende reguleringen er begrunnet i lovgivers syn på fusjon som prinsipielt annerledes enn salg av hele foretak eller deres underliggende formuesgoder. Med regelen om forpliktelseskontinuitet søker lovgiveren å oppnå en videreføring av de privatrettslige avtaleforholdene som selskap A er part i, samt å oppnå kontinuitet for selskapets arbeidsavtaler.³¹ Reglene skal legge til rette for økonomisk gunstige løsninger, herunder mulighet for å ekspandere virksomheten uten at den etablerte enheten oppløses.³²

Kontinuitetsprinsippet har videre en selvstendig rettslig betydning som reelt hensyn i tilfeller av tvist mellom selskap B og medkontrahentene til (det tidligere) selskap A. Hvordan kontinuitetsprinsippet anvendes som tolkningsprinsipp diskuteres nærmere i del III.

1.2.3 Selskapenes insentiver

Det finnes omfattende økonomisk litteratur hvis tema er motiver for og virkninger av fusjon, blant annet i et avkastningsperspektiv.³³ Argumentene for og mot fusjon er mangfoldige, og i det følgende vil det kun knyttes noen overordnede synspunkter til vanlige fusjonsformål.

For det første kan fusjon gjøres for å skape en større og mer slagkraftig økonomisk enhet, herunder å oppnå effektivisering av markedsføring, produktutvikling og forskning.³⁴

Sammenslåing kan føre til en mer kostnadseffektivt drift enn hva selskapene kunne klart hver for seg. Dette omtales ofte som *synergieffekter*.³⁵ Selskap B får også muligheten til øke sin markedsandel, og fusjon kan i enkelte tilfeller betraktes som en offensiv handling fra et konkurranseperspektiv.³⁶

³¹ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper s. 202 avsnitt a) og s. 204. Dette omtales undertiden som «arbeidsrettslig kontinuitet». For øvrig er ansettelsesforholdenes stilling i fusjon regulert av arbeidsmiljøloven kapittel 16 ettersom fusjon er en «virksomhetsoverdragelse», jf. aml. § 16-1 (1).

³² Giertsen (1999) s. 26.

³³ Denne litteraturen sammenligner gjerne empiri rundt fusjon og alminnelig oppkjøp i et avkastningsperspektiv, se f.eks. Boye og Meyer, Fusjoner og oppkjøp, Del 1. Se også Giertsen (1999) s. 85 n. 194 mv. henvisninger.

³⁴ Giertsen (1999) s. 85.

³⁶ Aarbakke i JV 04/1987 pkt. 1. Graden av mulig offensivest begrenses av rammene for vederlaget som kan utstedes til aksjeeierne i selskap A, jf. aksjeloven § 13-2 (1).

Mange fusjoner skjer dessuten i sammenheng med fisjoner.³⁷ I slike tilfeller er ikke målet å oppnå *større* enheter, men snarere å legge til rette for en mer spesialisert, lokalisert eller kostnadseffektiv organisering av virksomheten.

Fusjon kan videre utføres for å tilegne selskap B bestemte eiendeler, for eksempel en unik fast eiendom, som tilhører selskap A. Sammenholdt med et alminnelig kjøpt av eiendommen, vil dette innebære skattemessig fordeler.³⁸ Fusjon kan være nærliggende der selskap A allerede er i økonomiske vanskeligheter. For selskap A kan fusjon fremstå som en diskret eller respektabel fremgangsmåte sammenlignet med alternativer som illikviditet, gjentatte kapitalforhøyelser eller konkurs.

Om de tenkte fordelene ved fusjon manifesteres i virkeligheten, er derimot langt fra sikkert.³⁹

1.3 Fusjonsplan

Hvis fusjon er aktuelt, vil styrene i de respektive selskapene "utarbeide en felles fusjonsplan", jf. aksjeloven § 13-3 (1). Fra et kronologisk perspektiv, er dette aksjelovens første krav.

Fusjonsplanen har minst tre formål; den skal 1) sørge for at styrene overveier hovedspørsmålene som oppstår ved fusjon, 2) produsere et utkast til en kontrakt som binder selskapene og 3) sørge for at aksjeeierne blir informert om rettsvirkningene av fusjonen.⁴⁰

De nærmere innholdskravene til fusjonsplanen er nedfelt i aksjeloven §§ 13-6 til 13-8. En rekke forhold skal avklares i fusjonsplanen, blant annet hvilket vederlag som skal utstedes til aksjeeierne i selskap A.⁴¹ Vederlaget skal, etter aksjeloven § 13-2 (1), bestå av "aksjer i det overtakende selskapet" eller "aksjer i det overtakende selskapet med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent" av aksjenes pålydende.⁴² Denne grensen for kontant vederlag er begrunnet dels av hensyn til en harmonisering med skatterettslige regler og dels av hensyn til

³⁷ Liland (1992) s. 31.

³⁸ Giertsen (1999) s. 31.

³⁹ Se Bråthen, *Mislykkede fusjonsforsøk* i Magma, Econas Tidsskrift for Økonomi og Ledelse 5/2002.

⁴⁰ Giertsen (1999) s. 158.

⁴¹ Se opplistingen av innholdskravene i § 13-6 (1) nr. 1 til 6, som inkluderer momenter som selskapenes foretaksnavn, tidspunktet for transaksjonen, eventuelle vedtektsendringer og andre særskilte vilkår på aksjeeiernes eller styrenes hånd.

⁴² Denne regelen er ufravikelig. Utgjøres ikke minst 80% av vederlagets verdi av aksjer, faller transaksjonen utenfor virkeområdet til aksjelovens fusjonsregler. Se Giertsen (1999) s. 119.

kreditorene i selskap A. Synspunktet er at kontinuitet på eiersiden er et naturlig motstykke til regelen om at fusjon ikke regnes som et mislighold overfor kreditorene.⁴³

En fusjonsplan som oppfyller innholdskravene i §§ 13-6 til 13-8 blir til en bindende fusjonskontrakt dersom generalforsamlingen i det enkelte selskapet godkjenner fusjonsplanen med flertall som for vedtektsendring, jf. aksjeloven § 13-3 (2). Slik vedtektsendring krever tilslutning fra minst to tredeler både av de avgitte stemmene og av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 5-18 (1).

Såfremt lovens innholdskrav er oppfylt, er fusjonsplanen underlagt disposisjonsfriheten.⁴⁴ De deltakende selskapene kan dermed knytte nærmere betingelser til gjennomføringen av fusjonen. Et eksempel på et normalt forbehold er at medkontrahenter til selskap A må samtykke til ikke å påberope fusjonen som en bristende forutsetning (hevingsgrunn).

1.4 Kreditorvernet

1.4.1 Hovedreglene om kreditorvern

Spørsmålet i dette punktet er hvordan loven ivaretar kreditorer og andre tredjemenn ved fusjon.

Aksjelovens kreditorvern kan ses som todelt. For det første følger et generelt og generisk vern for kreditorgruppen av kontinuitetsreglene omtalt over. Tanken er at formuesmassen til selskap A overtas av selskap B, og at det dermed ikke skjer noen endring med hensyn til hvilke dekningsobjekter som er tilgjengelig for kreditorene. De nytilførte kreditorene må likevel finne seg i en viss konkurranse med de kreditorene selskap B har fra før.⁴⁵ Denne konkurransen avhjelpes imidlertid av at det ved fusjonens ikrafttredelse overføres egenkapital til selskap B gjennom en kapitalforhøyelse.⁴⁶ Kapitalforhøyelsen tilfører selskap B en nettoverdi som i prinsippet tjener til sikkerhet for de nytilførte kreditorene.

⁴³ Se *ibid.* s. 329. Synspunktet er at eierkontinuiteten er et naturlig motstykke til den regel at kreditorene ikke kan påberope de alminnelige innvendingene mot debitorskiftet.

⁴⁴ Aamelfot m.fl. (2015) s. 97. Planen kan ikke gripe inn i stillingen til kreditorene, jf. Giertsen (1999) s. 197.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper s. 201.

⁴⁶ Aksjeloven § 13-16 (1) nr. 2.

I tillegg til kontinuitetsvirkningenes kreditorvern, som inntreer automatisk, åpner aksjeloven for visse eksplisitte kreditorinnsigelser. Etter §§ 13-14 og 13-15 har selskapenes kreditorer rett til å bli varslet om, og å kunne rette innsigelser mot, en forestående fusjon. I ytterste konsekvens kan en kreditorinnsigelse føre til at fusjonen ikke gjennomføres før fordringen er betalt, jf. aksjeloven § 13-15. Av denne grunn omtaler Giertsen §§ 13-14 og 13-15 som "et skår i kontinuitetsprinsippet".⁴⁷

Før kreditorene varsles om fusjonen må fusjonsplanen vedtas av generalforsamlingene i de fusjonerende selskapene. Fusjonsbeslutningen må deretter meldes til Foretaksregisteret innen en måned, som iverksetter et varsel til selskapenes kreditorer om at innsigelser mot fusjonen må meldes til selskapet innen seks uker.⁴⁸

Rettsvirkningen av kreditorinnsigelser mot fusjonen er regulert i aksjeloven § 13-15. Dersom en kreditor med "uomtvistet og forfalt fordring" retter innsigelse innen fristen, kan fusjonen ikke gjennomføres før fordringen er betalt, jf. § 13-15 første ledd. Dersom kreditorens fordring er "omtvistet og ikke forfalt", kan kreditorene med en frist på to måneder kreve betaling eller at betryggende sikkerhet blir stilt, hvilket avgjøres av tingretten, jf. § 13-15 annet ledd.

1.4.2 Hvem er selskapenes "kreditorer"?

Det er kun selskapenes kreditorer som har rett å til varsles om, og eventuelt rette innsigelser mot, en planlagt fusjon, jf. aksjeloven §§ 13-14 og 13-15. Etersom denne oppgaven handler om rettsstillingen til medkontrahentene til selskap A, anses det relevant å avklare hvilken personkrets som kan påberope seg lovens kreditorvern.

Forarbeidene understreker at begrepet skal forstås på samme måte som vilkåret "selskapets kreditorer" i aksjeloven § 12-6.⁴⁹ Dette innebærer at fysiske og juridiske personer med aktuelle og ensidige pengekrav mot selskapet omfattes av vilkåret.⁵⁰ For løpende kontrakter mellom selskapet og andre tar forarbeidene som utgangspunkt at pengekrav som ikke er opptjent på fusjonspunktet skal "den annen part ikke [...] regnes som kreditor for framtidige

⁴⁷ Giertsen (1999) s. 49.

⁴⁸ Jf. aksjeloven §§ 13-13 og 13-14. Konsekvensen av at fristen oversittes er at fusjonsbeslutningen bortfaller.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper s. 202-203.

⁵⁰ Slik Giertsen (1999) s. 280 og Aarbakke (2017) s. 820.

terminer".⁵¹ En person som løpende leverer en vare eller tjeneste til selskapet kan dermed kun kreve betaling eller sikkerhetsstillelse for de kravene som er opparbeidet før fusjonen.

Det kan videre reises spørsmål om personer med krav etter en kausjonistavtale er omfattet av lovens kreditorvern. I Rt. 1992 s. 966 Hkj. ble det lagt til grunn at kreditor etter en selvskyldnerkausjon skulle anses som kreditor overfor kausjonisten (selskap A) i denne sammenheng.⁵² Dette ble begrunnet med at utleieren overfor det kausjonerende selskapet ikke har hevingsadgang, slik som han har overfor leietakeren.

Spørsmålet er så om realkreditorer omfattes av bestemmelsen. En realkreditor har krav på en ytelse som, med Hagstrøms ord, "prinsipalt går ut på å prestere annet enn penger, men som har økonomisk verdi".⁵³ Hvorvidt realkreditor kan påberope rettighetene knyttet til kreditorbegrepet er ikke avklart i rettspraksis, og beror på en tolkning av lovteksten.

I utgangspunktet utelukker ikke vilkåret "selskapets kreditorer" etter sin ordlyd at personer med krav på annet enn penger omfattes. Rett nok brukes ordet "fordring" i hovedsak om pengekrav, men rent språklig utelukker det ikke krav på naturalytelser. Til støtte for dette synspunktet kan det vises til foreldelsesloven § 1 nr. 1, som forutsetter at både pengekrav og krav på naturalia anses som "fordringer".⁵⁴ Disse momentene i lovteksten taler for at realkreditor omfattes av kreditorvernet i aksjeloven §§ 13-14 og 13-15.

På den andre siden er den prinsipale rettsvirkningen av kreditorinnsigelser at kreditor kan kreve fordringen "betalt", hvilket etter sin ordlyd tilsier at kun pengekrav omfattes. Aarbakke tiltrer denne oppfatningen, idet det han uten nærmere begrunnelse slår fast at "krav på annet enn penger faller utenfor bestemmelsen".⁵⁵

Giertsen gjennomfører derimot en nærmere drøftelse av om realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i §§ 13-14 og 13-15.⁵⁶ Hans syn er at lovteksten ikke løser spørsmålet, og reelle hensyn må tillegges betydelig vekt. Spørsmålet blir da om realkreditor har et behov for beskyttelse for sitt realkrav mot selskap A. Dette beror i første omgang på hvilket vern kontraktrettslige regler gir ham. Dersom detensjonsretten er i behold – realkreditoren har ikke

⁵¹ Prp. (1974-75) s. 202.

⁵² Dommens s. 968. Se også Giertsen (1999) s. 280.

⁵³ Hagstrøm (2011) s. 122.

⁵⁴ Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) 18. mai 1979 nr. 18.

⁵⁵ Aarbakke (2017) s. 820.

⁵⁶ Giertsen (1999) s. 280-281.

gitt fra seg pengeytelsen enda – er behovet for sikkerhet i selskap B antakelig minimal. Men dersom realkreditoren – kjøperen – i stedet har forhåndsbetalt, og har et ensidig krav på en naturaltelse, er det få grunner til at han skal stilles svakere enn en pengekreditor. Giertsen understreker at i dansk rett beskyttes kreditorer med krav på annet enn penger. Han legger til grunn at forhåndsbetalende realkreditor omfattes av kreditorbegrepet i §§ 13-14 og 13-15.⁵⁷

Min oppfatning er at lovteksten inneholder så klare indikasjoner på at kun pengekreditorer er omfattet, at det er vanskelig å fravike dette. Dette gjelder særlig i lys av lovens formulering om at de innmeldte fordringene kan kreves "betalt", hvilket etter sin ordlyd taler mot at realkreditor omfattes. Heller ikke rettsvirkningen om "betryggende sikkerhet" etter aksjeloven § 13-15 er særlig passende for realkrav.

At reelle krav i utgangspunktet ikke er omfattet av §§ 13-14 og § 13-15, kan begrunnes med at pengekrav er av generisk karakter, og at det for selskap A er mer praktisk å foreta et pengeoppgjør før en fusjon sammenlignet med en utdeling av realytelser av ulik art. Rett nok vil det være mulig å foreta en omregning av realkrav til pengeverdi, men det vil i mange tilfeller ikke være tilfredsstillende dersom realkreditoren har krav på en specieytelse.

Rett nok er det flere reelle hensyn som taler for at forhåndsbetalende realkreditorer burde omfattes av §§ 13-14 og 13-15, men sett i lys av at lovteksten indikerer det motsatte, har dette tolkningsalternativet et svakt rettskildemessig grunnlag. Min vurdering er derfor at realkreditors påberopelse av rettighetene i §§ 13-14 og 13-15 er betinget av en lovendring.

1.5 Fusjonens ikrafttredelse

En fusjon trer i kraft når forholdene til selskapenes kreditorer er avklart og Foretaksregisteret har registrert selskap Bs melding om at fusjonen nå skal tre i kraft.⁵⁸ På dette tidspunktet blir selskap A oppløst og selskap B stiftes, eller aksjekapitalen i dette forhøyes, jf. aksjeloven § 13-16 (1) nr. 1 og 2. Aksjeeierne i selskap A får da sine aksjer ombyttet med vederlagsaksjer i selskap B, med et eventuelt kontant tillegg, jf. nr. 4 og 5. Samtidig overføres selskap As formueskompleks "eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet" til selskap B, jf. nr. 3.

⁵⁷ Giertsen (1999) s. 280-281.

⁵⁸ Jf. aksjeloven § 13-16 første ledd.

De nærmere reglene for formuesgoders overføring ved fusjon, er tema i neste punkt.

1.6 Objektet for overføringen

Selskap B overtar ansvaret for selskap As formueskompleks fra det tidspunktet fusjonen trer i kraft.⁵⁹ Samtidig har vi sett at visse kontraktposisjoner etter sin art, eller etter avtale, ikke er overførbare ved fusjon.

Vilkåret "som helhet" i § 13-2 (1) tilsier etter sin ordlyd at ingen del av formuesmassen til selskap A kan unntas fra fusjonen dersom reglene i aksjeloven skal få anvendelse. Dette utgangspunktet legges også til grunn i forarbeidene, som understreker at de fusjonerende selskapene:

..ikke [kan] begrense fusjonen slik at enkelte avtaler holdes utenfor fusjonen med den begrunnelse at de anses uheldige.⁶⁰

Overføringen av formuesmassen "som helhet" innebærer dermed at også forpliktelser hvis eksistens og omfang er usikre, overføres til selskap B.⁶¹ Dette har for eksempel aktualitet der selskap A har formue i utlandet som selskap B ikke vet om. Et annet eksempel, fremholdt av Aamelfot, er at selskap B etter en fusjon kan stilles til ansvar for forurensning knyttet til grunnforhold på en eiendom som tilhørte selskap A.⁶²

Aksjeloven § 13-2 (1) representerer ikke et unntak fra de formelle reglene om overføring for hvert enkelt formuesgode. Siden bestemmelsen ikke hjemler *formell universalsuksesjon*, må selskap B selv transportere fordringer, gi melding til forskjellige selskaper ved erverv av aksjer og utføre andre nødvendige handlinger for å oppnå rettsvern overfor tredjemenn.⁶³ Et viktig unntak fra dette er imidlertid at selskap B oppnår rettsvern for fast eiendom overtatt ved fusjon uten at det gjennomføres en ny tinglysning.⁶⁴

⁵⁹ Jf. aksjeloven § 13-16 (1) nr. 3; Aarbakke (2017) s. 787 nederst.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper s. 201.

⁶¹ Giertsen (1999) s. 98 og Aarbakke (2017) s. 787-788.

⁶² Aamelfot m.fl. (2010) s. 27.

⁶³ Aarbakke (2017) s. 788 pkt; Andenæs (2016) s. 591.

⁶⁴ Se Andenæs (2016) s. 591; Aarbakke (2017) s. 788.

Det er antatt at kravet om overføring "som helhet" ikke er til hinder for at selskap A kan trimmes ned i forkant av fusjonen, såfremt dette er i tråd med partenes forutsetninger.⁶⁵ Dette kan for eksempel oppnås ved å fisjonere ut bestemte foretaksdeler etter reglene i aksjeloven kapittel 14.

Som nevnt bygger loven på et utgangspunkt om at også uoverdragelige rettigheter omfattes av universalsuksesjon.⁶⁶ Et utgangspunktet om at alle avtaler på selskap As hånd overføres til selskap B, må imidlertid nyanseres, ettersom det foreligger flere praktiske kategorier av unntak.

For det første står utgangspunktet om kontinuitet tilbake for særlige lovhjemler som tillegger fusjonen en annen rettsvirkning.⁶⁷ Forarbeidene viser til konsesjonsloven som eksempel på dette, da den forutsetter at gjennomføring av fusjon utløser konsesjonsplikt for selskap B.⁶⁸

For det andre er enkelte rettsforhold ansett så avhengige av forholdet mellom de opprinnelige partene at de ikke anses overdragelige ved fusjon. Offentligrettslige konsesjoner og tillatelser, som er gitt etter myndighetenes individuelle vurdering, anses i mange tilfeller uoverdragelige ved fusjon.⁶⁹ Hvorvidt en offentlig konsesjon er overdragelig beror på tolkning av grunnlaget for konsesjonsadgangen, herunder lov, forskrift og vedkommende forvaltningsvedtak.⁷⁰

Privatrettslig sett kan medkontrahentene til selskap A etter omstendighetene påberope formuerettens ulike rettsgrunnlag for kontraktsopphør. Herunder er den ulovfestede forutsetningslæren som nevnt ansett spesielt sentral som bortfallsgrunn for kontrakter overdratt ved fusjon.⁷¹ De nærmere vilkårene for at bristende forutsetninger skal kunne utgjøre bortfallsgrunn i fusjonssammenheng behandles som nevnt i oppgavens del IV.

⁶⁵ Aarbakke (2017) s. 786; Liland (1992) s. 32.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper s. 202. Liland (1992) lister opp kredittavtaler, arbeidsavtaler, forhandlerkontrakter, lisensavtaler og husleieavtaler som eksempler på slike rettigheter, se s. 87. Gjeldende husleielov gir nå for øvrig utleier en ubetinget vetorett, jf. § 8-4 første ledd.

⁶⁷ Prp. 1974-1975 s. 202.

⁶⁸ Lov 31 mai 1974 nr. 19 om konsesjon og om forkjøpsrett for det offentlige ved erverv av fast eiendom. Henvisningen til loven finnes i Prp. (1974-1975) s. 202.

⁶⁹ *ibid.* s. 202. Dersom det mangler en eksplisitt regulering av fusjonstilfellene i hjemmelsgrunnlaget, må vurderingen suppleres med de privatrettslige regler om bristende forutsetninger.

⁷⁰ *ibid.* Slik også Aamelfot m.fl. (2015) s. 28. Formålsbetraktninger kan antakelig også få en betydning.

⁷¹ Prp. (1974-1975) s. 202, se også Giertsen (1999) s. 30.

For det tredje – og av sentral betydning for denne oppgaven – legger forarbeidene til grunn at det er adgang til å inngå avtaler om at bestemte kontraktsforpliktelser ikke skal kunne overføres ved fusjon.⁷² Forarbeidene nøyer seg med en ubegrunnet henvisning til dette utgangspunktet, og presiserer ikke de nærmere kravene til, eller rettsvirkningen av, slike overføringsforbud. Avtalefestet uoverdragelighet av kontrakter er praktisk i næringslivet, og oppgaven kommer nærmere inn på spørsmål om overføringsforbud i neste del.

⁷² Prp. (1974-1975) s. 202.

DEL III

1.0 TOLKNING AV OVERFØRINGSFORBUD

1.1 Innledning

Betydningen av avtalefestede overføringsforbud under fusjon beror på en todelt øvelse.⁷³ Først må det tas stilling til om det i forholdet mellom selskap A og medkontrahtenten foreligger en regulering av kontraktens overdragelighet ved fusjon. Normalt vil fusjon oppgis som en uttrykkelig forfallsgrunn, men en slik forutsetning kan også bli innfortolket i ettertid. Dersom det ikke finnes holdepunkter for et overføringsforbud som omfatter fusjon, kommer bakgrunnsretten – kontinuitetsvirkningene etter aksjeloven §§ 13-2 (1) og 13-16 (1) – til anvendelse, og medkontrahtenten må godta debtorskiftet.

Tolkning av avtaler om overdragelighet kan altså spaltes opp i to kategorier; 1) avtaler som uttrykkelig regulerer fusjon som forfallsgrunn og 2) avtaler som er taus omkring fusjonstilfellene. I begge tilfeller må tolkningsspørsmålet ta utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige prinsipper.⁷⁴ Særegent for rettsområdet fusjon er imidlertid at kontinuitetsprinsippet spiller inn som en spesiell tolkningsfaktor for anførte overføringsforbud.⁷⁵

Den videre diskusjonen rundt tolkning av overføringsforbud vil knyttes opp mot avgjørelsen i HR-2017-1664-A. Avgjørelsen er velegnet til å illustrere hvordan kontinuitetsprinsippet anvendes som tolkningsprinsipp.

1.2 Avgjørelsen i HR-2017-1664-A

Saken gjaldt spørsmål om en avtalt forkjøpsrett kunne påberopes i forbindelse med fusjon.

Twisten sto mellom to selskaper som var sameiere av en næringseiendom, med en ideell halvpart hver. Den første sameieren – Troll-Tinn AS ("Troll-Tinn") – var en offentlig

⁷³ Jf. Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen) avsn. 27 og 28 forutsetningsvis.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 19 (1975-76) Om lov om aksjeselskaper s. 202

⁷⁵ *ibid.*

arbeidsmarkedsbedrift som tilbød arbeid til vanskeligstilte. Den andre sameieren – Tjelle Eiendom AS ("Tjelle Eiendom") – drev med drift og utleie av næringseiendommer. I sameiet mellom selskapene var det verken opprettet vedtekter eller styre. Det var derimot inngått en avtale av 1997 som regulerte enkelte forhold ved bruken av eiendommen. Sentral for tvisten var avtalens punkt 12, hvorefter begge avtalepartene skulle ha forkjøpsrett "ved salg" av den andres del av eiendommen.

Tidlig i 2015 gjennomførte Troll-Tinn en fusjon med en annen bedrift i samme bransje, Astero AS ("Astero"). I denne fusjonen var Astero overtakende selskap.

Etter å ha blitt kjent med fusjonen gjorde Tjelle Eiendom gjeldende forkjøpsrett til Troll-Tinns del av eiendommen. Som grunnlag for forkjøpsrett viste Tjelle Eiendom prinsipalt til avtalens punkt 12 som rettsgrunnlag og subsidiært til løysingsrettlova § 11 femte ledd. I lys av problemstillingen i denne oppgaven vil den videre diskusjonen konsentreres om det prinsipale rettsgrunnlaget.

Tingretten og lagmannsretten kom til at den avtale forkjøpsretten ikke ble utløst av fusjonen. For Høyesterett argumenterte Tjelle Eiendom på ny for klausulen om forkjøpsrett ved salg måtte omfatte den fusjonen som hadde funnet sted.

1.3 Alminnelige tolkningsprinsipper og overføringsforbud

Høyesteretts løsning av spørsmålet tok utgangspunkt i alminnelige tolkningsprinsipper. Det første steget var dermed å avgjøre om partene hadde en subjektiv fellesforståelse om at ordet "salg" var ment å omfatte fusjon.⁷⁶ Dette ble besvart negativt etter en kort behandling. Retten understreket at det ikke fantes holdepunkter for at partene hadde en "gjennomtenkt og omforent holdning til hva "salg" skulle omfatte".⁷⁷

Dersom det ikke kan konstateres en subjektiv fellesforståelse må avtalens regulering – partenes rettigheter og forpliktelser – fastlegges ut fra en objektiv vurdering av avtaletekstens språklige betydning og forholdene ellers.⁷⁸ Vurderingstemaet er da hva som er den mest rimelige forståelsen av avtaleklausulen, alle forhold tatt i betraktning. Høyesterett

⁷⁶ HR-2017-1664-A avsn 35.

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ Bråthen (red.) (1998), *Foretaksrett*, 4. utg. s. 169 flg.

understreket i denne saken at den ene parten var en profesjonell aktør som i alle fall hadde en viss kjennskap til fusjonsinstituttet. Denne kjennskapen trakk i retning av at forkjøpsretten kun ble utløst ved ordinært salg, og ikke ved fusjon etter aksjeloven.⁷⁹

Dette resonnementet innebærer at kjennskap til fusjonsinstituttet vil være en sentral faktor ved tolkning av avtaler om uoverdragelighet. Det vil være større sjanse for at en avtaleklausul som tar forbehold om "salg" kan tolkes til å omfatte fusjon dersom den er inngått mellom parter med en mindre grad av yrkeskompetanse. At aksjeselskaper fra tid til annen slår seg sammen for å vinne større markedsandeler, er imidlertid noe de fleste kjenner til. Dette tilsier at forbehold om uoverdragelighet bør nevne fusjon eksplisitt for at dette skal inkluderes.

Videre beskrivelser av alminnelige tolkningsprinsipper faller utenfor denne fremstillingen. Temaet i fortsettelsen er de tolkningsprinsippene som er særegne for selskapsretten generelt, og fusjonsinstituttet spesielt. Spørsmålet er om og i hvilken utstrekning kontinuitetsprinsippet kan påvirke tolkningen av overføringsforbud ved fusjon.

1.4 Kontinuitetsprinsippet som tolkningsprinsipp

Alminnelige tolkningsprinsipper er nødvendige for tolkning av overføringsforbud ved fusjon, men de kan ikke anses som *tilstrekkelige*. Som Høyesteretts ankeutvalg påpekte i Rt. 2010 s. 918 (REC), skal anførte overføringsforbud:

*..tolkes på bakgrunn av det kontinuitetsprinsipp som fusjonsreglene bygger på, slik at det må kreves særlige holdepunkter for at uoverdrageligheten også omfatter fusjon.*⁸⁰

Bakgrunnen for uttalelsen er at fusjon ikke er en avvikling, men snarere en funksjonell videreføring av selskapet, noe som skal legge til rette for effektivitet og synergieffekter i omsetningslivet.⁸¹

I juridisk teori har det lenge vært den rådende oppfatningen at når loven bygger på kontinuitet, vil det ha presumsjonen mot seg å tolke vage avtaler slik at overføring ved fusjon anses som en forfallsgrunn. Et slikt tolkningsprinsipp ville stride mot formålet med

⁷⁹ HR-2017-1664-A avsn. 35.

⁸⁰ Rt. 2010 s. 918 avsn. 26. I samme sakskompleks, se lagmannsrettens uttalelser i LH-2010-23648-1 og LH-2010-023648-2.

⁸¹ Se oppgaven del II pkt. 1.2.2.

fusjonsinstituttet som helhet. På denne bakgrunn skriver Andenæs at "det er naturlig å kreve særlige holdepunkter for at uoverdrageligheten omfatter fusjon".⁸²

Spørsmålet om en avtaleklausul må tolkes slik at den forbyr overføring av kontraktposisjonen ved fusjon kan, som nevnt, brytes opp i to kategorier av typetilfeller; i) overføringsforbud som uttrykkelig omfatter fusjon og ii) overføringsforbud som er tause om fusjon. Det anses hensiktsmessig å behandle disse to kategoriene atskilt i det følgende.

1.5 Overføringsforbud som uttrykkelig regulerer fusjon

Forutsetningen her er at selskap A og en medkontrahent har inngått en avtaleklausul som uttrykkelig oppgir partsbytte ved fusjon som en forfallsgrunn.

Dersom overføringsforbudet er utvetydig og ikke i strid med andre opplysninger i saken, kan det vanskelig tenkes at rettsanvenderen vil utføre en nærmere tolkningsøvelse. I slike tilfeller kan det trygt legges til grunn at det en avtale om uoverdragelighet.

Det kan imidlertid tenkes visse formuleringer som ikke er helt klare. I Rt. 2010 s. 918 kom Høyesteretts ankeutvalg til at lagmannsretten, i sin avsigelse av LH-2010-23648-1, ikke hadde gått grundig nok inn på spørsmålet om det forelå et overføringsforbud som omfattet fusjon. Avgjørelsen ble dermed opphevet.⁸³ I den nye behandlingen av lagmannsretten (LH-2010-23648-2) ble det viet betydelig plass i premissene til å drøfte hvorvidt det forelå tilstrekkelig avtalerettslig grunnlag for å konstatere et overføringsforbud som omfattet fusjon.⁸⁴ Denne drøftelsen ble gjort på tross av at avtaleteksten var klar på at avtalens rettigheter og forpliktelser ikke var "*assignable (...) by (...) a merger*".⁸⁵

At et forbud mot overføring av kontrakter ved "*a merger*" ikke uten videre ble likestilt med fusjon, understreker at også noenlunde klare kontrakter kan måtte underlegges en dypere drøftelse. Dette har sammenheng med kontinuitetsprinsippets tilstedeværelse på området, som drøftet i punkt 3.4 over. Også i slike tilfeller må det gjøres en helhetlig vurdering av om

⁸² Andenæs (2016) s. 595.

⁸³ Se Rt. 2010 s. 918 avsn. 27.

⁸⁴ I LH-2010-23648-2 var spørsmålet "om leveringsavtalen må anses å inneholde et forbud mot overdragelse som, tolket i lys av det kontinuitetsprinsipp som gjelder ved fusjon etter aksjelovens regler, må forstås å gjelde også overføring ved fusjon".

⁸⁵ LH-2010-23648-2 under drøftelsen av hovedkravet.

avtalematerialet som helhet gir tilstrekkelige holdepunkter for at uoverdrageligheten omfatter fusjon.

1.6 Overføringsforbud som ikke nevner fusjon

1.6.1 Problemstillingen

Forutsetningen for denne diskusjonen er at medkontrahenten og selskap A har inngått en form for overføringsbegrensning for en kontraktposisjon, men at denne ikke nevner fusjonstilfellene eksplisitt. Dette kan for eksempel hende at kontrakten ved tilfelle av "avhendelse" eller "overdragelse", skal kunne heves. Spørsmålet blir da om denne reguleringen omfatter fusjon.

Loven gir ingen veiledning for dette tolkningsspørsmålet. Heller ikke lovforarbeidene oppstiller nærmere retningslinjer for tolkning av overføringsforbud, men legger til grunn at:

"[h]vordan man skal tolke en avtale som forbyr overdragelse av rettigheten, men uten at fusjonstilfellet er nevnt, må overlates til praksis".⁸⁶

I lys av forarbeidsuttalelsen må gjeldende rett klarlegges på bakgrunn av rettspraksis. Kildetilfanget for dette spørsmålet er begrenset, men en viss prinsipiell veiledning finnes i den allerede omtalte avgjørelsen i HR-2017-1664-A.⁸⁷ I det følgende vil betydningen av Høyesteretts avgjørelse diskuteres nærmere med hensyn til overføringsforbud som er tause om fusjon.

1.6.2 Tolkningsterskelen

I den objektive avtaletolkningen i HR-2017-1664-A tok førstvoterende utgangspunkt i det alminnelige prinsippet om at rettsanvenderen må utvise varsomhet ved tolkning av klausuler om forkjøpsrett. Denne tolkningsterskelen ble uttrykt som gjeldende rett av Høyesterett allerede i Rt. 1965 s. 140, hvor annenvoterende med flertallets tilslutning uttalte:

⁸⁶ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper s. 202 bokstav c).

⁸⁷ Dommen omhandler overdragelse av en eiendel fusjon. Tolkningen av kontrakten – spørsmålet om fusjon kunne innfortolkes i en kontrakt som regulerte overføringsadgangen – må likevel forutsettes å gjelde tilsvarende for overdragelse av kontraktposisjoner.

*(...) 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.*⁸⁸

Synspunktet er at begrensninger i retten til videresalg er inngripende for eiendomsretten og negativt for omsetningsverdien, og at man derfor må være varsom med å konstatere forkjøpsrett på tynt grunnlag.

I den videre drøftelsen av hvorvidt forkjøpsretten kunne påberopes under fusjon, la Høyesterett vesentlig vekt på de prinsipielle forskjellene mellom salg og fusjon.⁸⁹ Førstvoterende understreket at mens et salg innebærer at selgeren kvitter seg med tingen, og dermed mister rettslig og faktisk disposisjonsevne over den, vil en fusjon normalt innebære at driften i selskapet fortsetter mer eller mindre som før.

Fra et metodisk perspektiv bør det bemerkes at argumentet om at fusjon skiller seg fra salg, i alle tilfelle vil tale mot at klausuler som regulerer salgsadgangen kan tolkes utvidende. Argumentet er dermed mest nærliggende å karakterisere som et terskelargument, snarere enn argument som bygger på sakens konkrete omstendigheter. Terskelen er i tråd med Andenæs' uttalelse om at det må kreves "særlige holdepunkter" for å tolke kontrakter som ikke nevner fusjon slik at fusjonstilfellene omfattes.⁹⁰

I tillegg til den høye tolkningsterskelen og de prinsipielle forskjellene mellom salg og fusjon – som altså må ses som to sider av samme sak – trakk Høyesterett i tolkningsprosessen fram et argument som bygget på sakens konkrete omstendigheter. Dette omtales i fortsettelsen som *konkret grad av kontinuitet*.

1.6.3 Konkret grad av kontinuitet som tolkningsfaktor

Etter å ha redegjort for de prinsipielle forskjellene mellom salg og fusjon, gikk retten nærmere inn på betydningen av den konkrete fusjonen som var gjennomført.⁹¹ Førstvoterende understreket at formålet med fusjonen mellom Troll-Tinn og Astero var å oppnå en konkurransefordel på arbeidsmarkedet, nettopp det samme området som Troll-Tinn hadde

⁸⁸ Gjengitt i HR-2017-1664-A, avsn. 37. Prinsippet synes også forutsatt i til Rt. 1998 s. 734.

⁸⁹ HR-2017-1664-A avsn. 36 flg.

⁹⁰ Andenæs (2016) s. 595.

⁹¹ HR-2017-1664-A avsn. 40, setning 4 flg.

operert innenfor tidligere. Retten la dessuten til grunn at virksomheten som skulle drives i det omtvistede lokalet etter fusjonen "*fortsatte som før*", og kontinuiteten ved transaksjonen ble i så måte omtalt som "*åpenbar*".⁹²

Førstvoterende nøyet seg dermed ikke med en abstrakt sammenligning av kontinuiteten ved fusjon og salg på et generelt nivå. I stedet gikk han videre til en kvalitativ vurdering av den konkrete graden av kontinuitet knyttet til transaksjonen. Dette ble gjort i form av en sammenligning av de faktiske forholdene før og etter fusjonen. At det kun i liten grad hadde forekommet faktiske og formålmessige endringer av virksomheten, tilsa at klausulen om forkjøpsrett "ved salg" ikke kunne anses å omfatte den fusjonen som hadde funnet sted.

En slutning fra dette argumentasjonsmønsteret er at dersom fusjonen i større grad hadde ledet til et scenario som minnet om salg, kunne tolkningen av klausulen slått motsatt ut. En slik forståelse av Høyesteretts argumentasjon synes også forutsatt av Kongsvik og Kleppe i deres kommentar til dommen i "Revisjon og Regnskap" i 2017.⁹³ Forfatterne understreker at argumentasjonsmønsteret nettopp "kan aktualisere spørsmålet om Høyesterett ville ha kommet til et annet resultat dersom kontinuiteten var mindre åpenbar".⁹⁴

At konkret grad av kontinuitet ved fusjon brukes som tolkningsmoment på denne måten, har ikke forekommet i høyesterettspraksis tidligere. Det er dermed verdt å spørre hvilket rasjonale som ligger bak denne bruken av "konkret grad av kontinuitet" som tolkningsfaktor. Min oppfatning er at argumentasjonsmønsteret mest nærliggende er å betrakte som en formålsrettet avtaletolkning. Kjennetegnet ved formålsrettet avtaletolkning er at rettsanvenderen spør hvilke hypotetiske scenario avtaleklausulen har til formål å regulere ut fra sin objektive utforming, og lar denne slutningen få innvirkning på tolkningsresultatet. Slik formålsrettet tolkning er et anerkjent avtalerettslig prinsipp, og kan undertiden gi grunnlag for å fravike slutninger som følger av direkte lesing av avtalens ordlyd.⁹⁵ Med et slikt perspektiv er det implisitte spørsmålet som ble drøftet i dommen hvorvidt situasjonen i etterkant av fusjonen reelt sett var så tilsvarende et kjernetilfelle av salg at klausulen om forkjøpsrett ved salg måtte anses utløst.

⁹² Dommen avsn. 40.

⁹³ *Revisjon og Regnskap*, (2017), 7. utg., s. 24-25.

⁹⁴ *ibid.*

⁹⁵ Lilleholt (2017) s. 108; Woxholt (2017) s. 422-424.

Alminnelige avtalerettslige prinsipper dikterer at formålsrettet tolkning skal anvendes med varsomhet i kontrakter mellom profesjonelle parter.⁹⁶ Selv om partene i HR-2017-1664-A til en viss grad var yrkeskompetente, ble ikke formålstolkningen tatt til inntekt for en slutning i motsatt retning av det som fulgte av naturlig lesning av avtaleteksten. Formålstolkningen kan dermed ikke anføres som en innvending mot førstvoterendes rettsanvendelse.

Det må bemerkes at momentet om konkret grad av kontinuitet var kun ett av flere forhold som ble vektlagt av Høyesterett. Momentets betydning må ses i sammenheng med blant annet de prinsipielle forskjellene mellom salg og fusjon, som må anses som den bærende begrunnelsen for resultatet i saken.

1.6.4 Grensedragningssspørsmål mellom salg og fusjon

Som et ytterligere moment mot innfortolkning av fusjon, pekte førstvoterende på at en likestilling av fusjon og salg ville reise en rekke kompliserte grensedragningssspørsmål, blant annet "hvilken betydning størrelsen på eierandelene etter fusjonen skal ha for om forkjøpsretten skal utløses".⁹⁷ Størrelsen på eierandelene etter fusjonen har betydning for hvilken innflytelse de nye aksjeeierne vil få over driften av selskap B. Hvorvidt disse aksjeeierne fremdeles kan påvirke styringen av selskapet, eller om disse har en helt marginal eierandel, er prinsipielt sett av betydning for i hvilken grad transaksjonen kan likestilles med et salgstilfelle. Som Høyesterett påpekte, er denne grensen imidlertid vanskelig å trekke, hvilket taler mot at fusjon kan innfortolkes i overføringsforbud som i utgangspunktet kun regulerer salg.

Grensespørsmålet kompliseres ytterligere av andre faktorer, blant annet, som retten påpekte, "om det er forskjell på at eiendommen tilhører det overdragende eller overtakende selskap".⁹⁸ Avtalen mellom Troll-Tinn og Tjelle eiendom løste ikke disse spørsmålene, og retts tekniske hensyn, samt hensyn til at tolkningsreglene ikke skulle være for prosesskapende, ble følgelig tatt til inntekt for at fusjon ikke kunne likestilles med salg i sammenheng med forkjøpsrettklausulen.

⁹⁶ Se bl.a. Rt. 2002 s. 1155: "Utgangspunktet er at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter må fortolkes objektivt". Se også Lilleholt (2017) s. 107.

⁹⁷ HR-2017-1664-A avsn. 41.

⁹⁸ *ibid.*

Overordnet indikerer dommen at alminnelige forbehold om forkjøpsrett "ved salg" av aksjeselskap i sin alminnelighet ikke omfatter fusjonstilfeller. Det samme må antakelig gjelde for andre former for overdragelsesforbud, i tråd med presumsjonen som er oppstilt i juridisk teori, og som har fått tilslutning i ovennevnte dom.⁹⁹ At fusjon og salg ikke likestilles får fram betydningen av at overføringsforbud eksplisitt må omfatte fusjon, eller i det minste "ombytte av aksjene i selskapet", eller lignende, snarere enn et rent "salg" av selskapet eller et underliggende formuesgode.

Likevel åpner avgjørelsen for en konkret helhetsvurdering av det enkelte overføringsforbud. Som diskutert har ikke bare avtalens ordlyd, men også den konkrete graden av kontinuitet som transaksjonen ledet til, sentral betydning etter gjeldende rett. Hvis fusjonen minner nok om et salgstilfelle, kan overføringsforbud "ved salg" tenkes aktualisert.

2.0 VIRKNINGER AV OVERFØRINGSFORBUD

2.1 Rett til å stanse fusjonen?

Forutsetningen her er at en fusjon er aktuell, men enda ikke har blitt gjennomført. Som redegjort for under del II kan kreditorer med en "forfalt fordring" på dette tidspunktet stanse fusjonen fra å gjennomføres dersom deres fordringer ikke betales, jf. aksjeloven § 13-15 (1).

Spørsmålet her er om en medkontrahent hvis kontraktposisjon er uoverdragelig som følge av et avtalt overføringsforbud, kan påberope denne avtalen overfor selskap A som grunnlag for å nekte fusjonen gjennomført.

Utgangspunktet i norsk rett er at partene står fritt til å regulere både vilkår- og virkningssiden sin avtale. En fusjonskontrakt mellom selskap A og B kan imidlertid føre til en begrensning i denne avtalefriheten, ettersom den har bindende virkning for selskapenes aksjeeiere og medkontrahenter.¹⁰⁰ I så måte må fusjonskontrakten regnes en som en tredjemannsavtale.¹⁰¹

¹⁰⁰ Jf. aksjeloven § 13-2 (1).

¹⁰¹ Se Giertsen (1999) s. 55; Arnholm (1964) Privatrekt II s. 94, som omtaler tredjemanns rett overfor løftegiveren som det sentrale kjennetegnet for en tredjemannsavtale. I tråd med alminnelige prinsipper om tredjemannsavtaler er fusjonskontraktens gyldighet avhengig av en bindende inngåelse og at avtalen ikke kan heves *inter partes*.

Det ville føre til et vesentlig innhogg i kontinuitetsprinsippet dersom fusjonsreglene åpnet for at enkeltstående medkontrahenter kunne påberope avtalefestede overføringsforbud som grunnlag for å nekte en fusjon fra å gjennomføres – det vil si at overføringsforbudet fikk selskapsrettslig virkning. En slik løsning ville dessuten gitt medkontrahentene en for sterk forhandlingsposisjon, noe som ville føre til at selskaper etter hvert ville vise tilbakeholdenhet med å inngå overføringsforbud til å begynne med.

På bakgrunn av disse hensynene må aksjeloven § 13-15 (2) anses som en uttømmende og ufravikelig regulering av forskjellige tredjepersoners adgang til å stanse en fusjon fra å gjennomføres. Det er dermed klart at overføringsforbud ikke gir medkontrahentene til selskap A rett til å stanse en fusjon på avtalerettslig grunnlag.

2.2 Virkninger av fusjon i strid med overføringsforbud

Dersom det ut fra en tolkning kan konstateres et overføringsforbud som omfatter fusjon, blir spørsmålet hvilke avtalerettslige virkninger et brudd på denne klausulen skal tillegges.

I utgangspunktet kan to alternative løsninger tenkes. Enten 1) faller rettighetene etter avtalen bort direkte og umiddelbart når fusjonen trer i kraft, eller så 2) må medkontrahenten rette et hevingskrav mot sin nye kontraktspart – selskap B – for å bli fri sine forpliktelser.

Valget mellom disse alternativene legger til grunn et tidspunkt for når medkontrahentens kontraktsforpliktelser faller bort etter en gjennomført fusjon. Tidspunktet har betydning for medkontrahentens mulighet til å forutberegne sin rettslige og økonomiske stilling. Løsningen om automatisk bortfall av forpliktelser etter avtalen ved fusjonsgjennomføring er antakelig best i tråd med medkontrahentens subjektive forutsetning ved kontraktsinngåelsen. Løsningen om hevingskrav forutsetter derimot både kunnskap og handling fra medkontrahentens side, og åpner for at selskap B kan gjøre gjeldende rettigheter overfor medkontrahenten helt fram til kontrakten eventuelt er hevet. Løsningen med anvendelse av hevingsadgang er derfor normalt best i tråd med selskap As interesser.

Problemstillingen om rettsvirkning ble behandlet i Rt. 2010 s. 918 (REC-kjennelsen), som skal omtales nærmere i det følgende. Avgjørelsen skisserer en foretrukket løsning for problemstillingen over, ettersom ankeutvalget kom til at rettigheter overført i strid med et overføringsforbud bortfaller uten handling fra medkontrahentens side. Hvilken

rettskildemessig vekt avgjørelsen kan tillegges begrenses imidlertid av at ankeutvalgets kjennelser generelt har en lavere prejudikatsverdi enn alminnelige høyesterettsdommer.¹⁰² Rettskildeværdien bestemmes av hvorvidt ankeutvalgets løsning fremstår velbegrunnet og egner seg for andre tilgrensende tilfeller.

I det følgende vil sakens faktum gjennomgås innledningsvis, før det foretas en nærmere analyse av rettsanvendelsen. Gjennomgangen vil på enkelte punkter vise til uttalelser fra den forutgående avgjørelsen i lagmannsretten, ettersom denne inneholder en mer detaljert faktumbeskrivelse, herunder ordrette gjengivelser av de omtvistede avtaleklausulene.

2.2.1 Faktum i Rt. 2010 s. 918 (REC)

Twistens parter var China Sunergy Company Limited ("CSUN") og REC Wafer Norway AS ("REC Wafer").

Den 25. januar 2008 inngikk REC Sintech AS ("REC Sintech") og CSUN en kontrakt om at REC Sintech skulle levere CSUN et gitt antall "wafers" hvert år.¹⁰³ Etter kontrakten skulle CSUN videre stille tre bankgarantier til sikkerhet for REC Sintechs pengekrav. Garantiene ble stilt gjennom Nordea Bank Norge ASA og var såkalte påkravsgarantier.¹⁰⁴

Påkravsgarantiene var dermed *forpliktelses* for CSUN og *rettigheter* for REC Sintech.

Omtrent et halvår etter avtaleinngåelsen ble REC-konsernet omstrukturert. REC Sintech fusjonerte med søsterselskapet REC Scanwafer AS ("REC Scanwafer") høsten 2008. I denne fusjonen var REC Sintech overdragende selskap og REC Scanwafer overtakende selskap. Etter fusjonen endret REC Scanwafer navn til REC Wafer AS. Som følge av kontinuitetsprinsippet overtok REC Wafer kontraktposisjonene til REC Sintech.

¹⁰² Dette kommer av at ankeutvalgets kjennelser tradisjonelt har vært uten begrunnelse, samt at sakene ikke er prosedert muntlig for Høyesterett.¹⁰² I Rt. 2009 s. 480 avsn. 32 uttalte førstvoterende:

«En beslutning hvor Høyesteretts ankeutvalg uten å ta stilling til realiteten, nekter en anke fremmet, må etter min mening ha begrenset rettskildeværdi.»

¹⁰³ Det engelske ordet "wafers" viser til tynne silisiumskiver som brukes som kretskomponenter under fremstilling av solcellepaneler.

¹⁰⁴ Påkravsgarantier er kjennetegnet av at garantisten plikter å utbetale forsikringssummen uavhengig av om han måtte ha innsigelser knyttet til sin betalingsplikt, jf. Rt. 2012 s. 1267 avsn. 35.

Forretningene mellom REC Wafer og CSUN fortsatte i omtrent et år, til september 2009. På dette tidspunktet avsluttet REC Wafer kontrakten med CSUN. Som årsak ble det vist til at de eksisterende påkravsgarantiene verken dekket tilstrekkelige beløp eller hadde blitt fornyet i tide, i henhold til kontrakten. På denne bakgrunn krevde REC Wafer å få trekke det fulle garantibeløpet, 50 millioner USD, fra Nordea, i tråd med påkravsgarantiene.

China Sun hevdet at REC Wafer ikke hadde rett til å trekke garantibeløpet ettersom kontrakten var inngått med REC Sintech. De anførte at overføringsforbudet førte til at rett til å trekke på garantien *ikke* hadde blitt overført til REC Wafer i og med fusjonen med Sintech. Derfor begjærte CSUN midlertidig forføyning overfor REC Wafer for å hindre utbetaling under påkravsgarantiene. Begjæringen ble tatt til følge av Salten tingrett ved kjennelse av 11. september 2009, og ble ytterligere forlenget ved kjennelse av 14. oktober 2009.¹⁰⁵ På dette tidspunktet hadde Nordea Bank Norge ASA blitt trukket inn som medsaksøkt.

REC Wafer bestred den midlertidige forføyningen og krevde muntlig behandling av spørsmålet. Etter muntlig behandling avsalto Salten tingrett den 22. januar 2010 begjæringen om fortsatt midlertidig forføyning. Påfølgende anke til Hålogaland lagmannsrett ledet til samme resultat. Deretter erklærte CSUN anke til Høyesterett, og etter behandling den 15. juli 2010 lot ankeutvalget anken føre fram. Rasjonale for rettens konklusjon diskuteres i det følgende.

Kontrakten mellom REC Wafer og CSUN skulle reguleres av engelsk rett.¹⁰⁶ Ettersom fusjonens parter var norske, førte den engelske rettsregelen til at norske fusjonsregler likevel skulle legges til grunn.

2.2.2 Rettsanvendelsen i Rt. 2010 s. 918

For ankeutvalget var det avgjørende spørsmålet om REC Sintechs rett til å trekke på garantiforpliktelsene hadde blitt overført til REC Wafer i og med fusjonen av 2008.

Løsningen av spørsmålet tok utgangspunkt i ordlyden etter aksjeloven §§ 13-2 og 13-16, hvoretter selskap As "eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet" overtas av selskap B

¹⁰⁵ LH-2010-23648-1 avsn. 4.

¹⁰⁶ LH-2010-23648-1 avsn. 6 nedenfra.

når fusjonen registreres i Foretaksregisteret. Retten viste deretter til forarbeidsuttalelsen som forklarer utgangspunktet om kontinuitet, at:

...et selskap ved fusjon kan overdra alle rettigheter - også de rettigheter som ellers ikke er overførbare. En slik regel vil være av stor praktisk betydning for selskapene, og etter departementets mening vil den i sin alminnelighet ikke være urimelig overfor selskapets medkontrahenter.¹⁰⁷

Retten henvisning til lovteksten og forarbeidene får fram utgangspunktet om at både rettigheter og forpliktelser i forholdet mellom medkontrahent og overdragende selskap overføres til selskap B ved fusjon etter aksjeloven.

Ankeutvalget viste deretter til det deklarasjoniske aspektet ved kontinuitetsprinsippet. Nærmere bestemt følger det av forarbeidene at aksjeloven § 13-2 (1) ikke skal hindre at "*det [kan] inngås avtale om at en rettighet ikke skal kunne overføres ved fusjon*".¹⁰⁸ I tråd med oppfatningen hos Andenæs krevde retten "særlige holdepunkter" for at forbud mot overdragelse også omfatter fusjon.¹⁰⁹ Denne strenge tolkningsterskelen er, som påpekt, begrunnet av lovens ideal om videreføring av selskapet som en samlet enhet.

Ankeutvalget tok imidlertid ikke stilling til om avtaleklausulene i forholdet mellom CSUN og REC Sintech var tilstrekkelig grunnlag til å konstatere et overføringsforbud. Tilstrekkelig grunn til oppheving av underrettens avgjørelse fant ankeutvalget i lagmannsrettens syn på *rettsvirkningen* av brudd på overføringsforbud.¹¹⁰

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at selskap As *forpliktelser* overført i strid med et overføringsforbud klart ikke kunne bortfalle overfor tredjemenn. Dette ble ansett som utvilsomt, all den tid selskap B ikke kunne motta verdiene i selskap A uten å hefte for de tilhørende forpliktelsene. De alminnelige reglene om kreditorskifte, som tidligere omtalt, var til hinder for en slik løsning. Lagmannsretten resonnererte videre at dersom en først godtok at avtalens forpliktelser ikke bortfalt ved overføring i strid med et overføringsforbud, kunne

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 19 (1975-1976) Om lov om aksjeselskaper punkt 4.14.3.

¹⁰⁸ *ibid.*

¹⁰⁹ Rt. 2010 s. 918 avsn. 26.

¹¹⁰ Rt. 2010 s. 918 avsn. 27.

heller ikke fusjonen føre til at rettighetene automatisk falt bort. Som begrunnelse ble det vist til "hensynet til konsekvens og rimelighet", uten at dette ble forklart nærmere.¹¹¹

Ankeutvalget var enig i lagmannsrettens syn på overføring av forpliktelser. Ankeutvalget var imidlertid ikke enig med lagmannsretten med hensyn til overføring av *rettighetsposisjoner*. Ankeutvalgets syn var at dersom det kunne påvises et overføringsforbud som omfattet fusjon, ville rettighetene etter avtalen falle bort direkte og umiddelbart ved fusjonens ikrafttredelse, slik at de ikke kunne påberopes av noen. Høyesterett trakk altså en skillelinje mellom rettigheter og forpliktelser, og uttalte:

*Som alminnelig regel gjelder at en rettighet som er blitt overført i strid med et overføringsforbud, ikke kan gjøres gjeldende av erververen.*¹¹²

2.2.3 Rt. 2010 s. 918 – hvor langt rekker avgjørelsen?

Ankeutvalgets begrunnelse for sontringen mellom rettigheter og forpliktelser er ikke utførlig. Det ble kun vist til forarbeidenes forutsetning om at aksjeloven ikke skulle hindre at det kunne avtales at visse rettighetsposisjoner ikke kunne overdras ved fusjon.

Det må dermed spørres hvorfor rettigheter og forpliktelser ble behandlet forskjellig, rettslig sett. Fra ankeutvalgets perspektiv kan det for det første ha blitt ansett mindre rimelig om den som har fastsatt et overdragelsesforbud, og dermed tatt forholdsregler ved å avtale at kontrakten ikke kan overføres til tredjemann, likevel skal være bundet til sine kontraktsforpliktelser inntil en eventuell hevingsadgang er benyttet. Hevingskravet kan videre lede til tvist med selskap B, og følgelig virke prosesskapende og ressurskrevende. Denne løsningen ville stride mot medkontrahentens subjektive forutsetning ved avtaleinngåelsen, og kan anses som lite ønskelig ut fra hensyn til forutberegnelighet i avtaleforhold.

Ankeutvalgets løsning kan videre betraktes som et forsøk på lojalitet overfor lovgiveren. Rett nok følger det av forarbeidene at avtaler om at rettigheter er uoverdragelige ved fusjon *kan* inngås. Forarbeidsuttalelsen kan likevel ikke strekkes lengre enn at det oppstilles *en adgang* til å inngå slike avtaler. Virkningen av overføringsforbud, herunder forholdet til

¹¹¹ LH-2010-23648-1 avsn. 10 nedenfra.

¹¹² Rt. 2010 s. 918 avsn. 28.

kontinuitetsprinsippet, er ikke kommentert i forarbeidene. Det kan dermed argumenteres for at ankeutvalget trakk en mer vidtgående slutning fra forarbeidene enn det var grunnlag for.

I mangel på rettskildemessig bidrag i forarbeidene må rettslig grunnlag for sontringen mellom rettigheter og plikter søkes i reelle hensyn, herunder hensynet til harmonisering av rettsreglene på området. Dersom en først godtar at forpliktelser overføres ved fusjon, men ikke rettigheter, betyr dette i sin ytterste konsekvens at selskap B vil være bundet til sin yteplikt etter kontrakten, uten å ha rett til å kreve motytelsen. Dette er i strid med obligasjonsrettens grunnprinsipp om ytelse mot ytelse.¹¹³

Spørsmålet i Rt. 2010 s. 918 var om en garantiforpliktelse var overført ved fusjon, og det dreide seg dermed om en kontrakt som bare bebyrde den ene parten. Ved gjensidig bebyrdende kontrakter kan løsningen i kjennelsen føre til betydelig ubalanse i kontraktsforholdet. Dette tilsier at løsningen bør begrenses til kontrakter som ikke er gjensidig bebyrdende.

Ankeutvalgets påpekning av at et automatisk bortfall av rettigheter ved brudd på overføringsforbud var i tråd med alminnelige regler, er heller ikke selvforklarende.¹¹⁴ Hovedregelen i norsk obligasjonsrett er at kontraktsbrudd gir medkontrahenten rett til å gjøre gjeldende mangelskrav mot motparten, blant annet kreve kontrakten hevet dersom kontraktsbruddet er vesentlig.¹¹⁵ I utgangspunktet skulle dermed alminnelige regler støtte opp under lagmannsrettens løsning om hevingskrav, og kreve en nærmere begrunnelse for ankeutvalgets løsning om automatisk bortfall.

Mot ankeutvalgets avgjørelse kan det også innvendes at en grensedragnings mellom rettigheter og forpliktelser tidvis ikke er kurant. Dette vil for eksempel være tilfelle der kontrakten inneholder gjensidig bebyrdende forpliktelser. Grensedragningen kompliseres ytterligere der partene er forpliktet til å yte i forening for å oppnå et felles mål (samarbeidskontrakter), eller der partenes respektive yteplikter beror på flere uavhengige faktorer. Det var antakelig dette Lagmannsretten siktet til med uttalelsen om at det var nødvendig at rettigheter medfulgte, dersom en først godtok at forpliktelser ble overført.

¹¹³ Se Hagstrøm (2011) kap. 14; Bråthen (red.) (1998) *Foretaksrett* s. 181.

¹¹⁴ Se Rt. 2010 s. 918 avsnitt 28.

¹¹⁵ Se Lilleholt (2017) s. 304 flg.

Andenæs uttrykker skepsis mot premissene for REC-kjennelsen.¹¹⁶ Han fremholder at ordlyden i aksjeloven § 13-16 (1) nr. 3 klart tilsier at avtalen som helhet – både dens rettigheter og forpliktelser – skulle bli overført til selskap B ved fusjon. Som lagmannsretten bygger Andenæs på et syn om at alminnelige regler tilsier at selskap B skulle trådt inn i selskap A sine rettsposisjoner, herunder at medkontrahenten ville hatt kontraktsrettslige innsigelser i behold overfor selskap B. Spørsmålet om overføringen førte til at avtalen i REC-kjennelsen var misligholdt og om dette misligholdet ga medkontrahenten hevingsrett overfor det overtakende selskapet, går han ikke inn på. Dette synes etter min vurdering rimelig klart etter sakens eksplisitte overføringsforbud mot "*a merger*".¹¹⁷

Andenæs understreker at ankeutvalgets oppsplitting av rettigheter og forpliktelser er i strid med det kontinuitetsprinsipp som er nedfelt i aksjeloven § 13-2 (1). Hans oppfatning er at en slik oppsplitting "neppe kan være riktig", og at avgjørelsen generelt sett "ikke [kan] strekkes for langt".¹¹⁸ Dette er jeg enig i.

Oppsummert er det ikke klart hvilket rettsgrunnlag avgjørelsen om å skille mellom rettigheter og forpliktelser som rettsvirkning på brudd på overdragelsesforbud ved fusjon bygger på. Ved brudd på avtaleklausuler er utgangspunktet i norsk rett at det må rettes misligholdskrav mot medkontrahenten, herunder hevingskrav dersom avtalen skal bortfalle helt. I lys av dette, og den øvrige kritikken som er rettet mot dommen, er det grunn til å spørre om ankeutvalgets avgjørelse vil bli lagt til grunn i fremtidige avgjørelser.

¹¹⁶ Se Andenæs (2016) s. 592 og 595.

¹¹⁷ LH-2010-23648-2, under drøftelsen av hovedkravet.

¹¹⁸ Andenæs (2016) s. 592.

DEL IV

1.0 ALMINNELIGE AVTALERETTSLIGE INNSIGELSER MOT FUSJON

1.1 Misligholdskrav

Dersom det gjennom tolkning eller utfylling ikke kan etableres et overføringsforbud i forholdet mellom selskap A og medkontrahenten, blir spørsmålet hvilke rettigheter alminnelige kontraktsrettslige regler gir medkontrahenten ved fusjon. Forarbeidenes utgangspunkt er som påpekt at universalsuksesjon ikke representerer et mislighold med hensyn til selskap A sine kontrakter.¹¹⁹ Dette er en sentral forutsetning for at lovens kontinuitetsregler skal fungere som tiltenkt. Utenfor de avtaleregulerte tilfellene av overføringsforbud, kan det derfor vanskelig tenkes at gjennomføring av fusjon i seg selv kan gi grunnlag for misligholdskrav overfor selskap B.

Annerledes stiller det seg for misligholdskrav som medkontrahenten hadde overfor selskap A *før* fusjonen. Det kan for eksempel hende at selskap A ikke overholdt en kredittforpliktelse overfor medkontrahenten. En lojal etterlevelse av kontinuitetsprinsippet tilsier at mangelskrav medkontrahenten hadde overfor selskap A, også må kunne gjøres gjeldende mot selskap B.

Videre kan man tenkte seg at fusjonen bringer med seg endringer av de forutsetninger som lå til grunn ved avtaleinngåelsen, slik at avtalen faller bort etter læren om bristende forutsetninger.

1.2 Læren om bristende forutsetninger

1.2.1 Forutsetningslæren i fusjon

Læren om bristende forutsetninger er et ulovfestet grunnlag for endring av kontraktsrettslige forpliktelser ved uventet endrede forhold.¹²⁰ Vilkårene for dette er at forutsetningen har vært

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201; Aarbakke (2017) s. 786-787; Andenæs (2016) s. 595.

¹²⁰ Forutsetningslæren ble først omtalt av den tyske rettsteoretikeren Windscheid i 1850, men bygger på rettstanker som kan spores tilbake helt til romanistisk rettsteori. I nyere tid er forutsetningslæren i vesentlig

1) motiverende for avtaleinngåelsen, 2) synbar for motparten og 3) at det etter en helhetsvurdering anses rimelig at motparten bærer risikoen for forutsetningen.¹²¹ Disse vilkårene omtales i det følgende som kausalitets-, synbarhets-, og relevanskravet.

Hovedregelen er at avtaler skal "holdis i alle deris Ord og Puncter", og at hver avtalepart bærer risikoen for sine egne forutsetninger.¹²² Etter avtalelovens forarbeider skal forutsetningslæren anvendes med varsomhet, og "*det skal mye til for at domstolene vil godta at det foreligger en relevant bristende forutsetning*".¹²³ Det skal ikke være kurant å tre ut av en bindende avtale, og forutsetningslæren må dermed betraktes som en snever unntaksregel.

Det er mye som indikerer at forutsetningslæren er aktuell ved fusjon. I tillegg til gjentatte antakelser om dette i litteraturen, fremholdes det i forarbeidene at "fusjon i enkelte tilfeller vil representere en vesentlig bristende forutsetning", og at dette gir hevingsrett.¹²⁴

Ordvalget i forarbeidene, om av den bristende forutsetningen må være «vesentlig», kan indikere en forhøyet terskel for anvendelse av forutsetningslæren ved fusjon sammenlignet med den alminnelige terskelen for læren. Dette kan forklares av fusjonsinstituttets mål om å oppnå en samlet videreføring av formuen til selskap A. Som vist i del III er det intet til hinder for at kontinuitetsprinsippet kan påvirke terskelen for anvendelse av avtalerettslige prinsipper. På den andre siden tilsier hensynet til demokratisk legitimitet at det skal utvises varsomhet med å trekke betydningsfulle terskelslutninger fra enkeltord og -fraser i forarbeidene.

Lovfestingen av avtaleloven § 36 i 1981 førte til at flere teoretikere stilte spørsmål om forutsetningslæren ville bli overflødig som rettsgrunnlag.¹²⁵ Spørsmålet ble til dels besvart

utstrekning omtalt og videreutviklet i nordisk rettslitteratur. Læren er dessuten forutsatt og beskrevet i flere lovforarbeider, blant annet NOU 1979: 42 s. 36 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven (...) s 36.

¹²¹ Forutsetningslæren er tatt opp og beskrevet på denne måten av Høyesterett i flere saker i nyere rettspraksis. Den sentrale avgjørelsen er Rt. 1999. s. 922 (Salhus flytebro), hvor Høyesterett lot en entreprenør bære risikoen for at et sveisearbeid ble vesentlig dyrere enn hva byggherren hadde forutsatt. Senere har forutsetningslæren kommet på spissen i både Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) og Rt. 2014 s. 866 (Fjord1), uten at retten har funnet grunnlag for avtalerevisjon.

¹²² Jf. NL 5-1-2, samt sikker ulovfestet rett.

¹²³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven (...) s. 36.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202; Aamelfot (2015) s. 27; Liland (1992) s. 90.

¹²⁵ Avtaleloven § 36 fikk sitt nåværende innhold i 1983. For en omfattende diskusjon av forutsetningslæren sammenlignet med avtaleloven § 36, se G Woxholt i «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36» i Jussens Venner 03/2000.

ved Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro), hvor et flertall (3) anvendte forutsetningslæren som rettsgrunnlag.¹²⁶ Avgjørelsen indikerer at forutsetningslæren fremdeles har en plass etter gjeldende rett, parallelt med avtl. § 36.

En separat drøftelsen av medkontrahtenters påberopelse av avtaleloven § 36 overfor selskap B ved fusjon, vil imidlertid strekke for langt. Min vurdering er at forutsetningslæren er fremdeles er det mest relevante rettsgrunnlaget for bortfall av kontraktsforpliktelser etter gjennomført fusjon.¹²⁷ I alle tilfelle vil momentene som gjennomgås i det følgende ha tilsvarende relevans ved anvendelse av avtaleloven § 36 som hevings- eller lempingsgrunnlag.

Spørsmålet blir dermed om og i hvilken utstrekning en medkontrahtent kan påberope fusjon som en relevant bristende forutsetning, med den virkning at medkontrahtenten kan fri seg fra avtalen med selskap B. Diskusjonen forutsetter at det ikke finnes et overføringsforbud som omfatter fusjon i forholdet mellom medkontrahtenten og selskap A, da dette uten videre vil føre til enten bortfall av As forpliktelser eller at A får en hevingsrett overfor B.¹²⁸

Overordnet er forutsetningslæren som bortfallsgrunn i fusjon klart mest aktuell for *naturalkreditorer*.¹²⁹ For pengekreditorer – som har krav på en generisk ytelse – er det normalt av mindre betydning om det er selskap A eller B som betaler.¹³⁰ Pengekreditorer kan dessuten få stilt "betryggende sikkerhet" i selskap B, jf. aksjeloven § 13-15 (2). Giertsen antar at slik sikkerhetsstillelse langt på vei vil stenge for at fusjon kan anses som en relevant bristende forutsetning med hensyn til pengekreditorer.¹³¹

Det kan for øvrig tenkes unntak også fra dette, for eksempel hvor en pengekreditor av prinsipielle grunner ikke vil motta midler fra selskap B i selskap As sted. Et eksempel kan være at selskap A er sponsor for en medkontrahtent, som da blir pengekreditor. Dersom selskap B stilles som ny part i sponsoravtalen, men medkontrahtenten ikke vil stå for Bs

¹²⁶ Se Rt. 1999 s. 922 på s. 932. Flertallet antok at forutsetningslæren hadde selvstendig betydning i kommersielle kontrakter, hvor det i større grad kunne påvises forutsetninger mellom partene. I disse tilfellene var det mindre plass til "generelle rimelighetsbetraktninger", noe som ble ansett som kjerneområdet til avtaleloven § 36. Merk at flertallet presiserte at saken ikke egnet seg for å ta stilling til forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 på et generelt grunnlag.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202; Aamelfot (2015) s. 27; Liland (1992) s. 90. Se også Rt. 2010 s. 918 – avsagt etter vedtakelsen av avtaleloven § 36 – men som likevel kun viste til bortfall etter forutsetningslæren.

¹²⁸ Se diskusjonen rundt hvilken rettsvirkning som må velges i oppgaven del III punkt 2.

¹²⁹ Slik Giertsen (1999) s. 285, riktignok tilknyttet fisjon; Liland (1992) s. 90.

¹³⁰ Forutsatt at det ikke er noe å utsette på Bs betalingsevne og -vilje.

¹³¹ Se Giertsen (1999) s. 285 og Andenæs (2017) s. 456.

produkter eller tjenester utad, vil dette etter omstendighetene kunne anses som en relevant bristende forutsetning. Tilsvarende er tilfelle der en pengekreditor hadde en forutsetning om *etisk eller bærekraftig drift* i selskapet som brister i og med fusjonen.

Diskusjonen i det følgende vil konsentrere seg om naturalkreditors adgang til å påberope forutsetningslæren etter fusjon. Analysen vil knyttes opp mot hvert enkelt av lærens vurderingstema.

1.2.2 Kausalitet

Kausalitetskravet innebærer at forutsetningen i vesentlig grad må ha virket motiverende for avtaleinngåelsen. Vurderingstemaet er om løftegiveren "med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte", jf. Rt. 1999 s. 922.¹³² Denne uttalelsen viser at det må foreligge årsakssammenheng mellom forutsetningen og avtaleinngåelsen.¹³³ Kausalitetskravet omtales undertiden som *vesentlighetskravet*, noe som fremhever betydningen av at den aktuelle forutsetningen må ha vært en fremtredende eller dominerende årsak til avtaleinngåelsen.¹³⁴

I fusjonstilfelle beror motivasjonsvilkåret på i hvilken grad medkontrahenten opererte med en forutsetning om at kontraktspartene ikke ville ombyttes. Etter uttalelsen i Rt. 1999 s. 922 må det være tilstrekkelig at medkontrahenten ikke ville inngått avtalen med kunnskap om den forestående fusjonen.

En første kategori hvor partskonstellasjonen er sentral, er kontrakter som krever spesifikk kompetanse hos selskapet. Det kan tenkes at driften i selskapet legges om etter gjennomført fusjon, slik at den aktuelle kompetansen ikke lengre kan tilbys. Eksempelvis kan et selskap som produserte skipsskrog før fusjon senere bytte sitt kjerneområde til produksjon av oljeriggmateriell. I så fall er det nærliggende at fusjonen har ført til at en forutsetning som var *motiverende* for at avtalen ble inngått har bristet.

For det annet kan kontrakten være knyttet til nærmere bestemt nøkkelpersonell i selskap A.¹³⁵ I forbindelse med en fusjon, som ofte er foranlediget av en *fisjon*, kan det tenkes at

¹³² Rt. 1999 s. 922 på s. 931.

¹³³ Slik Lilleholt (2017) s. 250.

¹³⁴ *ibid.*

¹³⁵ Denne kategorien er naturligvis overlappe den første i noen grad.

vedkommende arbeidsforhold har blitt omplassert. Avtalens forutsetning om personlig oppfyllelse tilsier da at motivasjonsvilkåret er oppfylt. I litteraturen er mye brukte eksempler blant annet arkitekt-, advokat- og kunstnertjenester.¹³⁶

Forarbeidene til aksjeloven viser til overføring av lisensavtaler ved fusjon som eksempel en situasjon hvor forutsetningslæren kan komme på spissen.¹³⁷ En lisensavtale er en avtale om at lisenstakeren lovlig kan utnytte en oppfinnelse – en digital løsning, en fysisk patent eller annet – som lisensgiveren disponerer, mot et nærmere fastsatt vederlag. Lisensavtaler utformes på personlige vilkår som blant annet reflekterer lisenstakerens tiltenkte bruk, økonomiske stilling og hensynet å hindre spredning av forretningshemmeligheter. Betingelsene for lisensavtaler er dermed i mange tilfeller så vidt personlige at det er nærliggende at motivasjonskravet er oppfylt.

Andre relevante momenter under motivasjonskravet kan være hensyn til å oppnå goodwill, hensyn til medkontrahentens moralfølelse og hensyn til å beskytte bedriftshemmeligheter. Det kan imidlertid ikke være tilstrekkelig at parten *foretrekker* å ha selskap A som medkontrahent fremfor selskap B; terskelen for avtalerevisjon etter forutsetningslæren tilsier at det må kreves en fyllestgjørende forretningsøkonomisk begrunnelse.

1.2.3 Synbarhet

Kravet om synbarhet innebærer at motparten må ha visst om, eller burde ha visst om, forutsetningen og dens motiverende virkning for avtaleinngåelsen.¹³⁸ Hvis det partene hadde en stilltiende enighet om at en bestemt forutsetning var motiverende for avtalen, svekker dette betenkelighetene ved å senere avvikle avtalen dersom forutsetningen ikke manifesterer seg.¹³⁹

Synbarhetskravet formuleres som "*kunne innse*" i stedet for "*innså*", all den tid det ikke kreves at faktisk kunnskap sannsynliggjøres. En slik regel ville vært vanskelig å praktisere.

¹³⁶ Brækhus II (1970) s. 171, riktignok i tilknytning til konkursboets inntredelsesrett. Det underliggende hensynet om kontrakter av personlig karakter er imidlertid tilsvarende.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper s. 202.

¹³⁸ Hagstrøm (2011) s. 260.

¹³⁹ Lilleholt (2017) s. 250.

Vurderingen skal i stedet gjøres ut fra en normert aktsomhetsterskel, hvor spørsmålet er hva som ville vært synbart for en normal og forstandig person under avtaleinngåelsen.¹⁴⁰

I fusjonstilfelle bunner synbarhetsvilkåret ut i et spørsmål om den som representerte selskap A ved avtaleinngåelsen forsto eller burde forstått at medkontrahtenten i vesentlig grad var motivert av at det ikke ville skje et partsbytte ved fusjon eller annen foretaksintegrasjon. Behandlingen av dette spørsmålet må gjøres på bakgrunn av de hensyn og typetilfeller som nevnes under diskusjonen av motivasjonskravet over. I jo sterkere grad kontrakten forutsetter personlig oppfyllelse, desto større grunn er det til å hevde at vilkåret om synbarhet er oppfylt.

Vurderingen av synbarhet må knyttes til forholdene ved avtaleinngåelsen. Det vil si at en forutsetning som ikke var til stede til å begynne med, men som har blitt til gjennom festet kontraktspraksis mellom partene, i utgangspunktet ikke oppfyller synbarhetsvilkåret.

I teorien er det trukket et skille mellom *typeforutsetninger* og *personlige forutsetninger*.¹⁴¹ Typeforutsetninger er antakelser som er typiske for den aktuelle kontraktstypen. Alle vet at en avtale om leveranse av melk forutsetter at bondens kuer er i normal forfatning. Personlige forutsetninger eksisterer på subjektivt nivå, og krever en eksplisitt tilkjenneivelse for å oppnå synbarhet. En forutsetning om at en låneforpliktelse overfor et selskap skal være uoverdragelig, må anses som en slik personlig forutsetning. Den vil ikke oppfylle synsbarhetsvilkåret uten at forutsetningen er gitt til kjenne.

Kategoriene er imidlertid grove, og realiteten blir dermed at desto mindre typisk en forutsetning er for typetilfellet, desto større krav stilles til at medkontrahtenten gir forutsetningen til kjenne. At foretak undertiden opp- eller nedskaleres som følge av sammenslåing eller annen omorganisering, er noe de fleste i omsetningslivet må forholde seg til. Dette tilsier at den som påberoper bristende forutsetninger har en vanskelig bevisbyrde når det skal sannsynliggjøres at hans forutsetningen om fravær av fusjon var synbar.

¹⁴⁰ Aktsomhetskravet må antakelig, i tråd med alminnelige regler, relativiseres etter livsområde, kompetanse og forholdene ellers, slik Lilleholt (2017) s. 251.

¹⁴¹ Hagstrøm (2011) s. 262.

1.2.4 Relevans

Endelig krever forutsetningslæren at forutsetningen er *relevant*. Under relevanskravet skal det gjennomføres en bred helhetsvurdering av hvilken av partene som med rimelighet må bære risikoen for den forutsetningen som har bristet.¹⁴² I denne vurderingen kan et utall av faktorer få betydning. Etersom det foreligger en lovfestet adgang til fusjon, og fusjon prinsipielt sett er ønskelig ut fra hensyn til omsetningslivet, tilsier dette en høy terskel for at fusjon skal utgjøre en *relevant* bristende forutsetning.

Et moment i relevansvurderingen er hvorvidt avviket fra forutsetningen var påregnelig. Overordnet sett kjenner de fleste til at aksjeselskaper fra tid til annen initierer vekstprosedyrer for å sikre seg større markedsandeler eller en mer effektiv drift. Dette tilsier at fusjon, i alle fall i en viss utstrekning, er *påregnelig*, og at avtaleparter som ikke har inntatt overføringsforbud som hovedregel må bære den risikoen en fusjon representerer.

På et konkret nivå vil enhver indikasjon på at selskap A akter å initiere fusjon, tilsi at forutsetningsbristen var påregnelig, og dermed ikke *relevant*. Motsatt vil fravær av indikasjoner på fusjon, herunder inngåelse av langvarige kontrakter som forutsetter personlig oppfyllelse, kunne tale for at fusjonen innebærer en relevant brist i forutsetningene.

Ved avtaler mellom yrkeskompetente parter vil det ofte forutsettes kjennskap til fusjonsinstituttet. Et eksempel på dette kan utledes av avgjørelsen i HR-2017-1664-U, nevnt over. I dommen måtte eieren av en del av et næringslokale, som påviselig hadde en viss kjennskap til fusjonsinstituttet, selv bære risikoen for at en avtalt forkjøpsrett regulerte salg, men ikke fusjon.¹⁴³

Et ytterligere moment i relevansvurderingen er størrelsen på det inntrådte tapet.¹⁴⁴ Løftegiveren må tåle en viss kontraktsrisiko, men vil i større grad skjermes mot de urimelig byrdefulle tapene. I denne vurderingen vil det trolig spille inn hvorvidt de fusjonerende

¹⁴² Slik formulert i Rt. 1999 s. 922: «Hvilken av partene (...) er nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte?».

¹⁴³ HR-2017-1664-U avsn. 35. Rett nok handlet ikke denne saken om bristende forutsetninger, men snarere om objektiv avtaletolkning. Det underliggende spørsmålet om hva som med rimelighet kunne forventes av en yrkeskompetent part i forbindelse med fusjon, er imidlertid tilsvarende.

¹⁴⁴ I Rt. 1999 s. 922 på s. 931 uttalte førstvoterende at «Et element i denne samlede vurderingen er (...) størrelsen av det tap som oppsto (...). Et visst tap må entreprenøren tåle (...)» mens «(...) et særlig omfattende tap kan bli en selvstendig grunn for å tillegge en bristende forutsetning relevans».

selskapene kunne klandres for medkontrahentens tap. En slik regel vil i tillegg virke preventivt, ettersom den oppfordrer til at fusjon foranlediges av grundig gjennomgang av selskaperes kontraktsforhold ("due diligence").

Rettspraksis viser at vilkårene om kausalitet og synbarhet gjerne vil anses som inngangsvilkår, dvs.; vil anses oppfylt uten dypere drøftelser.¹⁴⁵ Dette åpner for at momenter som har betydning under kausalitet- og synbarhetskravet senere kan trekkes inn i en mer helhetlig vurdering av relevanskravet. Det som er nevnt over om kontraktsforholdets egenart, tilknytning til nøkkelpersonell, etikk og hensyn til ivaretagelse av bedriftshemmeligheter, vil dermed ha tilsvarende betydning i den helhetlige relevansdrøftelsen.

Samlet sett indikerer drøftelsene at det finnes visse kontraktstyper hvor fusjon kan anses som en relevant bristende forutsetning for medkontrahentene til selskap A. Likevel tilhører dette sjeldenhetene. Foruten utgangspunktet om at avtaler skal holdes, er dette begrunnet av at fusjonsinstituttet 1) er allment kjent og 2) forutsetter en konsekvent overholdelse av kontinuitetsprinsippet for å fungere som tiltenkt.

¹⁴⁵ Se for eksempel Rt. 2010 s. 1345, avsn. 65, første setning.

DEL V

1.0 OPPSUMMERENDE BETRAKTNINGER

Oppgaven har drøftet flere spørsmål knyttet til medkontrahentene til selskap A sin rettsstilling ved fusjon.

Redegjørelsen for fusjonsreglene i del II var av deskriptiv karakter, men reiste et spørsmål om aksjelovens kreditorvern etter §§ 13-14 og 13-15 kunne omfatte realkreditorer. Oppfatningen min er at lovteksten, med sin nåværende utforming, vanskelig kan tolkes til å omfatte realkreditor. Drøftelsen av reelle hensyn indikerte likevel at flere grunner kan tale for at realkreditorer bør gis et lovfestet vern, hvilket vil kreve en lovendring. I alle tilfeller vil loven med fordel kunne gjøres tydeligere på hvorvidt "fordring" er ment å omfatter reelle krav.

Drøftelsene i del III punkt 1 diskuterte betydningen av kontinuitetsprinsippet for tolkning og utfylling av overføringsforbud i forbindelse med fusjon. Kort sagt innebærer kontinuitetsprinsippet at det skal atskillig til for at avtaler som ikke nevner fusjon som opphørsgrunn kan tolkes til å omfatte fusjon, noe avgjørelsen i HR-2017-1664-A illustrerer. Dommen inneholder likevel en viss åpning for innfortolkning av fusjon som opphørsgrunn dersom den konkrete fusjonen i tilstrekkelig grad minner om et salgstilfelle.

Oppgavens del III punkt 2 har diskutert rettsvirkning av fusjon gjennomført i strid med et overføringsforbud. I valget mellom rettsvirkningene *automatisk bortfall* eller *retting av hevingskrav*, indikerer ankeutvalgets avgjørelse i Rt. 2010 s. 918 at førstnevnte skal legges til grunn. Min oppfatning er at denne løsningen kan slå uheldig ut i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold, hvor den potensielt kan føre til vanskelige grensedragnings spørsmål og urimelige løsninger. Det er grunn til å stille spørsmål ved om samme løsning vil legges til grunn i fremtidige tilfeller.

Del IV har tatt for seg medkontrahentens kontraktsrettslige stilling ved fusjon under forutsetning om at kontrakten ikke er underlagt et overføringsforbud. Som drøftelsene har vist, er det kun i helt spesielle tilfeller at fusjon vil kunne anses som en relevant bristende forutsetning.

Lovregister

Arbeidsmiljøloven

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

Allmennaksjeloven

Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45.

Aksjeloven

Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44.

Aksjeloven 1910

Lov om aktieselskaper og kommandiaktieselskaper 19. juli 1910 nr. 1.

Aksjeloven 1976

Lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59.

Avtaleloven

Lov om slutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljserklæringer 31. mai 1918 nr. 4.

EØS-loven

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. 27. november 1992 nr. 109.

Foreldelsesloven

Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) 18. mai 1979 nr. 18.

Husleieloven

Lov om husleieavtaler 26. mars 1999 nr. 17

Konsesjonsloven

Lov om konsesjon og om forkjøpsrett for det offentlige ved erverv av fast eiendom 31 mai 1974 nr. 19

NL

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Litteraturliste

Bøker

Aamelfot, Torill Hasle, Bjørken, Stig Ingve, Bjørnslett, Sylvi m.fl., *Fusjon og fisjon; Skatt, regnskap, selskapsrett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2015.

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven; Lovkommentar*, 4. utg., Universitetsforlaget 2017.

Andenæs, Mads Henry ved Andenæs, Ole, Berge, Stig og Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 3. utg., Media 2016.

Arnholt, Carl Jacob, *Privatrett II: Avtaler*, Oslo 1964.

Augdahl, Per, *Aksjeselskapet etter norsk rett*, 3. utg., Wittunsen & Jensen 1959.

Boye, Knut, Meyer, Christine B. (red.), *Fusjoner og oppkjøp*, 1. utg., Cappelen Damm 2008.

Brækhus, Sjur, *Konkursrett: utvalgte emner*, Oslo universitetsforlag 1970.

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 6. utg., Gyldendal / Focus 2019.

Bråthen, Tore (red.), *Foretaksrett*, 4. utg., Ad Notam Gyldendal 1998.

Giertsen, Johan, *Fusjon og Fisjon*, 1. utg., Universitetsforlaget 1999.

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget 2009.

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011.

Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017.

Liland, Anders H., *Fusjon av selskaper*, 1. utg., Universitetsforlaget 1992.

Woxholt, Geir, *Avtalerett*, 10. utg., Gyldendal 2017.

Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 19 (1975-1976) Om lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven),

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

NOU 1979: 42 Forbrukertjenester.

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven.

Dommer

Rt. 1965 s. 140

Rt. 1998 s. 734

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2009 s. 480

LH-2010-23648-1

LH-2010-023648-2

Rt. 2010 s. 918

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2012 s. 1267

Rt. 2014 s. 866

HR-2017-1664-A

Direktiver

Generelt selskapsdirektiv

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

Fusjonsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/56/EF av 26. oktober 2005 om grenseoverskridende fusjoner av selskaper med begrenset ansvar.

Artikler

Aarbakke, Magnus, "Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål" i *Jussens Venner* 04/1987 (vol. 69).

Bråthen, Tore, "Mislykkede fusjonsforsøk" i *Magma, Econas Tidsskrift for Økonomi og Ledelse* 5/2002.

Kongsvik og Kleppe, "Fusjon og utløsning av forkjøpsrett i faste eiendom" i *Revisjon og regnskap*, 2017, 7. Utg., s. 24 – 25.

Woxholt, Geir, "Forutsetningslæren og avtaleloven § 36" i *Jussens Venner* 03/2000 (vol. 56).

Nettsteder

<https://www.europolov.no/rettsakt/generelt-selskapsrettsdirektiv-kodifisering/id-8766> (sist besøkt 1. juni 2020).

<https://estudie.no/synergieffekter/> (sist besøkt 1. juni 2020).