

Rett stiftet ved avtale?

Omfatter tinglysningsloven § 23 fusjoner og fisjoner?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 560
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 14883 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| <u>2</u> | <u>BEGREPSAVKLARING</u> | <u>4</u> |
| <u>3</u> | <u>KORT OM FUSJON OG FISJON</u> | <u>6</u> |
| <u>4</u> | <u>STIFTES DET RETT VED FUSJON OG FISJON?</u> | <u>7</u> |
| 4.1 | Innledning | 7 |
| 4.2 | Rettslig utgangspunkt | 8 |
| 4.3 | Kontinuitetsprinsippet | 12 |
| 4.4 | Hensynene bak tinglysningsloven § 23 og aksjelovens regler om fusjon og fisjon | 17 |
| 4.5 | Aksjelovens kreditorvern ved fusjon og fisjon | 19 |
| 4.6 | Rettspraksis' klarhetskrav ved endring av rettsvernsreglene | 22 |
| 4.7 | Reelle hensyn | 24 |
| 4.8 | Hva ligger i uttrykket "overdragende selskaps kreditorer"? | 27 |
| 4.9 | Nærmere om den formelle overføring av eierposisjoner ved fusjon og fisjon | 30 |
| 4.10 | Delkonklusjon | 34 |
| <u>5</u> | <u>OMFATTES FUSJONER OG FISJONER AV AVTALEBEGREPET I TINGLYSINGSLOVEN § 23?</u> | <u>35</u> |
| 5.1 | Utgangspunkt | 35 |
| 5.2 | Spesielt om fisjon ved nystiftelse | 36 |
| 5.3 | Hva ligger i ordet "avtale" i tinglysningsloven § 23? | 40 |

| | | |
|------------|------------------------------------|-----------|
| 5.4 | Sammenfatning og konklusjon | 43 |
| 6 | <u>KILDEREGISTER</u> | 44 |
| 6.1 | Lover | 44 |
| 6.2 | Forarbeider | 44 |
| 6.3 | Domsregister | 44 |
| 6.4 | Rundskriv | 45 |
| 6.5 | Uttalelser | 45 |
| 6.6 | Litteraturliste | 45 |

1 Innledning

Etter tinglysningsloven § 23 må en "rett som er stiftet ved avtale", for å stå seg overfor konkurs, være innført i dagboken senest dagen før konkurseråpningen. Oppgavens tema er hvorvidt bestemmelsen gir hjemmel til å ekstingvere eiendomsrett til fast eiendom når denne er overført som ledd i fusjon eller fisjon, uten at hjemmeloverføringen er tinglyst.

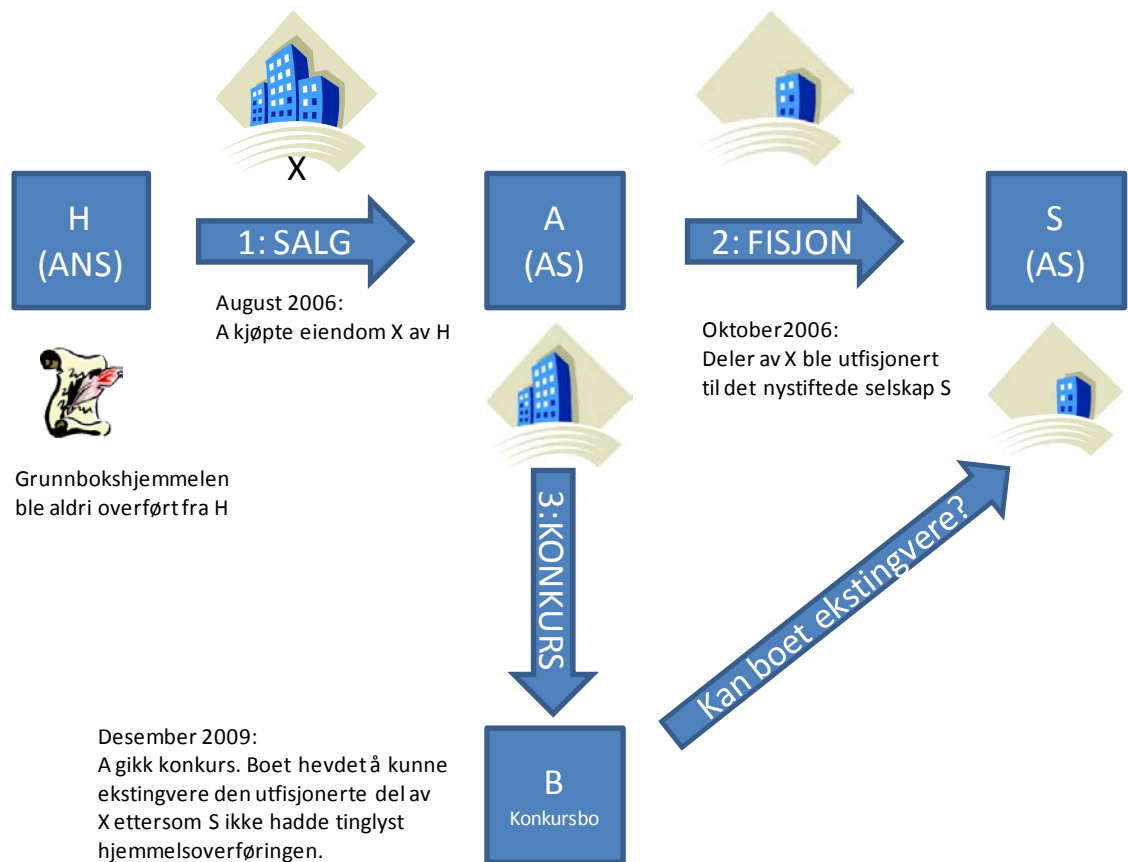
I en nylig avsagt dom i Oslo tingrett, heretter omtalt som Trondheimsveieendommen^{1,2}, konkluderte tingretten med at tinglysningsloven § 23 ikke gir hjemmel for kreditorekstinksjon når fast eiendom er overdratt som ledd i en fusjon eller fisjon. Saksforholdet var som følger:

Et ansvarlig selskap H solgte en eiendom til A AS. Transaksjonen ble ikke tinglyst og grunnbokshjemmelen til eiendommen ble således værende registrert på H. Det ble utstedt ugjenkallelig generalfullmakt fra H til A som gav A full disposisjonsrett over eiendommen. Som ledd i en fisjon ble deler av eiendommen utfisjonert til S AS. Denne disposisjonen ble heller ikke tinglyst og generalfullmakten ble værende uforandret hos A. Firma S seksjonerte på et senere tidspunkt den utfisjonerte eiendomsmassen i 9 næringsseksjoner og heller ikke dette ble tinglyst. Firma A gikk så konkurs og dets konkursbo B benyttet generalfullmakten til å overføre hjemlene til næringsseksjonene til boet og tok beslag i disse. På bakgrunn av at S ikke hadde tinglyst sitt erverv hevdet konkursboet, under henvisning til tinglysningsloven § 23, at seksjonene var gjenstand for kreditorekstinksjon. Kort oppsummert var situasjonen på konkurstidspunktet at firma H fortsatt stod som hjemmelshaver til eiendommen og firma S var reell eier av næringsseksjonene. Situasjonen kan skisseres opp slik:

¹ TOSLO-2010-6909. Trondheimsveien 139 AS var konkursdebitor.

² Dommen er anket.

Saksforholdet i Trondheimsveiendommen:



Tingretten kom til at tinglysingsloven § 23 ikke hjemlet rett til å ekstingvere eiendomsretten, både fordi det ikke kunne sies å ligge en avtale til grunn for fisjonen, ettersom denne skjedde ved nystiftelse av det overtakende selskap, og fordi det ved fusjon og fisjon ikke kunne anses å ha bli stiftet noen rett. Tingretten støttet seg i stor grad på juridisk teori, og i grunnlaget for sin avgjørelse er retten mer refererende enn drøftende. Særlig ble forholdet mellom de hensyn tinglysingsloven § 23 skal ivareta og de hensyn aksjelovens regler om fusjon og fisjon skal ivareta sparsommelig, og noe ensidig behandlet.

En konsekvens av tingrettsdommen er at man på denne måten kan oppnå rettsvern uten å måtte betale dokumentavgift ved overføring av fast eiendom mellom selskaper. Hvis et selskap H skal selge en eiendom det ikke har grunnbokshjemmel til kan selskapet gjennom fisjon overføre eiendommen til et nystiftet selskap A. I tråd med tingrettsdommen får det utfisjonerte selskap A rettsvern mot Hs kreditorer i og med

fisjonen. Eiendommen kan så omsettes gjennom salg av aksjene i A. Dette vil ikke utløse dokumentavgift ettersom det er selve hjemmelsoverføringen som utløser denne.³

Hvis resultatet i dommen blir stående må det sies å være gode nyheter for aktører i eiendomsbransjen som har lang tradisjon for best mulig å tilpasse omsetning av eiendommer i forhold til skatte- og avgiftsreglene. Et stadig tilbakevendende problem i så måte er hvorvidt man kan etablere rettsvern uten å utløse dokumentavgift. De vanligste tilpasningene hittil har vært bruk av blanco skjøte og generalfullmakt, samt omsetning av eiendommer ved hjelp av såkalte tomme hjemmelsselskaper.

Bruk av blanco skjøte er vanlig i forbindelse med utviklingsprosjekter. En utvikler (A) kjøper en eiendom med tanke på rehabilitering eller ombygging og snart videre salg. Avhender (H) av eiendommen utsteder skjøte, men det fylles ikke inn noen kjøper og transaksjonen tinglyses ikke. Hensikten er å ikke utløse dokumentavgift to ganger på kort tid, tinglysing skjer først når den endelige eier (S) har kjøpt av utvikleren. For å unngå at H disponerer over eiendommen i strid med As rettigheter tinglyses en urådighetserklæring til fordel for A. Videre utstedes en generalfullmakt som gir A full rettslig rådighet over eiendommen slik at A kan disponere over eiendommen i forhold til for eksempel offentlige myndigheter og andre tredjemenn. Risikoen for A er konkurs hos H. Ettersom ervervet ikke er tinglyst er ikke A beskyttet mot Hs kreditorer. Ved bruk av blanco skjøte er det derfor en forutsetning for en reell risikovurdering at man har en viss kjennskap til Hs økonomi. Hvis H selv ikke har hatt hjemmelen til eiendommen løper A en risiko hvis konkurs åpnes hos tidligere eiere av eiendommen, tilbake til sist tinglyste hjemmelsoverføring.⁴

Et hjemmelselskap er et selskap hvis eneste formål er å inneha hjemmelen til en eiendom, altså det formelle eierskapet til eiendommen. Det reelle eierskapet til eiendommen er hos et eget eierselskap. Som regel er hjemmelselskapet eiet i sin helhet av selskapet som eier eiendommen. Bakgrunnen for denne delingen av det formelle og reelle eierskap skyldes tilpasninger til tidligere skatte- og avgiftsregler: Hvis reell eier også var hjemmelshaver hadde man to valg ved salg av eiendommen. Det første alternativet var å selge alle aksjene i selskapet som eide eiendommen. Hvis eiendommen hadde steget i verdi ville dette utløse gevinstbeskatning på 28 %. Det andre alternativet var å selge selve eiendommen. For å oppnå rettsvern måtte kjøper da tinglyse hjemmelsoverføringen, som for kjøper ville utløse dokumentavgift. Ved å splitte det formelle og reelle eierskapet kunne man isteden selge eiendommen ut av eierselskapet og samtidig selge alle aksjene i hjemmelselskapet. For selger innebar dette gunstigere

³ Stortingets årlige skattevedtak er grunnlaget for dokumentavgiften. Dersom det vedtas at det skal svares dokumentavgift gjelder dokumentavgiftsloven, dokumentavgiftsforskriften og dokumentavgiftsvedtaket. I følge dokumentavgiftsloven § 6 inntreer dokumentavgiftsplikten ved tinglysing av ”dokumentet”. Med ”dokumentet” siktes det til et dokument som gir uttrykk for ”ubetinget eiendomsershverv”, jf. tinglysingsloven § 14 andre ledd. Dette vil typisk være et skjøte, men også en kjøpekontrakt og kvittering for betalt kjøpesum kan gi uttrykk for et slikt ubetinget eiendomsershverv.

⁴ Rettsgrunnlaget for dette er tinglysingsloven § 23, jf. Rt. 2008.586 som omtales nærmere under pkt. 4.2.

skatteregler og kjøper fikk kontroll over hjemmelen til selskapet. Salget av hjemmelselskapet utløser ikke dokumentavgift.

Etter innføringen av fritaksmetoden⁵ har ikke eiendomsselskapene samme incentiv til å splitte det reelle og formelle eierskapet. Det vanlige er nå at det opprettes et eget selskap som både er eier og hjemmelsinnehaver, ofte omtalt som et "single purpose vehicle" (SPV). Dette selskapet er igjen eiet av et annet selskap kontrollert av samme aksjonær(gruppe). Ved omsetning av eiendommen selges aksjene i SPV og dette utløser ikke gevinstbeskatning for selgende selskap. Når eiendom omsettes på denne måten skjer det ingen endring i det formelle eierskapet. Det er det samme rettssubjekt, selskapet hvor aksjene er solgt, som eier eiendommen. Av denne grunn kan ikke transaksjonen tinglyses, og det er heller ikke nødvendig for kjøpers rettsvern mot avhenders konkursbo.⁶

Selv om reglene er endret og det ikke er like vanlig å splitte det reelle og formelle eierskapet er det fortsatt en stor andel næringseiendommer hvor hjemmelen er skilt ut i et eget selskap. Etter Rt. 2008.586 er det av mange antatt at dette innebærer en ikke ubetydelig risiko. Ved omsetningen av eiendommen har ikke kjøper tinglyst sitt erverv, men skaffet seg kontroll over hjemmelen ved å kjøpe alle aksjene i hjemmelselskapet. Den nye eieren løper derfor risiko hvis det tas utlegg eller åpnes konkurs hos tidligere eiere av eiendommen.

Trondheimsveiendommen er anket og det endelige resultatet vil kunne medføre vesentlige endringer for den kommersielle omsetning av eiendommer. Jeg vil gjennom oppgaven gå nærmere inn på forholdet mellom tinglysingsloven § 23 og reglene som regulerer fusjon og fisjon. I den anledning vil de sentrale spørsmålene være hvorvidt overføring av fast eiendom i forbindelse med fusjon og fisjon innebærer en rettsstiftelse og om det til grunn for denne rettsstiftelsen ligger en avtale i tinglysingsloven § 23s forstand.

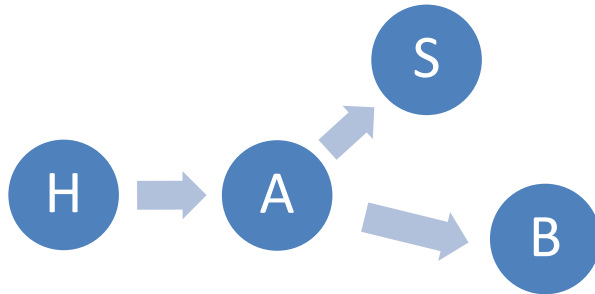
2 Begrepsavklaring

Noen begreper går igjen og disse forklares mest effektivt utenfor den sammenhengen de brukes i oppgaven. Det samme gjelder bokstavene som identifiserer partene i konfliktsituasjonene.

⁵ Fritaksmetoden innebærer i korthet at aksjeinntekter som tilfaller et selskap som aksjonær som hovedregel er fritatt for beskatning (f.o.m. 2009 ble det besluttet at 3% av de skattefrie inntektene skal beskattes med 28%, hvilket innebærer at slike inntekter beskattes effektivt med 0,84%).

⁶ Det er likevel ikke alltid en slik løsning er det økonomisk mest gunstige. Regler om avskrivning og nedskrivning kan gjøre at det lønner seg å selge eiendommen som sådan fremfor å selge SPV, selv om det utløser dokumentavgift.

Skjemaet H – A – S – B, identifikasjon av partene:



Innen den dynamiske tingsretten er dette en vanlig oppstilling for å identifisere partene i de potensielle konfliktsituasjonene. H er As hjemmelsmann, altså den A utleder sin rett fra. Hvis A overdrar til S noe som han på grunn av sitt forhold til H ikke har rettslig rådighet over oppstår det som kalles en hjemmelsmannskonflikt.

Hvis A først overdrar et gode til S og så til B oppstår det som kalles en dobbeltsuksesjonskonflikt. S og B er As suksessorer. Begrepet suksessor har sitt utspring i ordet suksesjon som blant annet betyr det samme som rekkefølge. Et annet ord for suksessor er rettsetterfølger. Med suksessor siktes det altså til den eller de som avleder sin rett fra A. I modellen forutsettes det at S sin rettsstiftelse i tid kommer før Bs. I denne oppgaven er det som nevnt denne konfliktsituasjonen som behandles og S er avtaleerhverver, mens B er As kreditor.

Reell og formell eier:

Med reell eier siktes til den eller de som etter det underliggende rettsforhold faktisk eier eiendommen. Med formell eier siktes det til den eller de som til en hver tid står oppført i grunnboken som eier. For eksempel: Firma A selger en eiendom til firma S. Etter en risikovurdering velger firma S ikke å tinglyse hjemmeloverføringen. I denne situasjonen er det S som er reell eier, men på grunn av at hjemmeloverføringen ikke er tinglyst er A fortsatt den formelle eier.⁷

⁷ Dette er en kortversjon av faktumet som lå til grunn i tvisten som ble avgjort av Follo Tingrett den 14.12.2009 (dommen omtales som Wistex eller SMS-Fabrikken). A gikk konkurs og boet tok beslag i eiendommen. Kjøper gikk til sak mot konkursboet, men tapte. Tingretten viser til tinglysingsloven § 23, rettspraksis og juridisk teori til støtte for sin avgjørelse.

Rettsvern og rettsvernsakt:

Begrepet rettsvern forstås lettere ved at man deler opp og snur om på det sammensatte ordet: vern (for sin) rett. Begrepet er sentralt i den dynamiske tingsretten og er et uttrykk for at man har et definitivt vern for den retten man har ervervet. Når A selger noe til S er det viktig for S at det ikke kommer en tredjeperson B inn i bildet som også krever rett til det samme formuesgodet. B kan tenkes å være en av As fordringshavere, eller en person som kjøper det samme formuesgodet av A, i tid etter S. For at S skal oppnå rettsvern må han gjennomføre en rettsvernsakt. Rettsvernsakten avhenger av hva som er ervervsgrunnlaget og hva slags formuesgode det er tale om. Tinglysning eller markering av ervervet ved andre ytre kjennetegn er vanlige rettsvernsakter.⁸ For rettsvern mot avhenderens konkursbo når formuesgodet som er overdratt er fast eiendom, er rettsvernsakten tinglysning, jf. tinglysningslovens § 23. Er rettsvernsakten ikke gjennomført står den ervervede retten i fare for å bli ekstingvert, eller utslettet, av konkurrerende rettsstiftere.

3 Kort om fusjon og fisjon

Fusjon og fisjon innebærer henholdsvis sammenslåing eller deling av virksomheter. For aksje- og allmennaksjeselskaper finnes regler om fusjon og fisjon i aksje- og allmennaksjelovens kapitler 13 og 14. Disse bestemmelsene er i det vesentligste identiske og av fremstillingstekniske hensyn vil jeg, hvis ikke annet uttrykkelig fremkommer, heretter kun omtale aksjeselskaper. Felles for fusjon og fisjon er at samtlige eller deler av et selskaps (det overdragende selskap) eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til et annet selskap (det overtakende selskap) mot at aksjonærene i det overdragende selskap som vederlag mottar aksjer⁹ i det overtakende¹⁰ selskap.

⁸ Andenæs (2009) s. 244

⁹ Eventuelt slike aksjer med et tilleggsvederlag som ikke må overstige 20 % av det samlede vederlaget, jf. aksjeloven §§ 13-2 og 14-2

¹⁰ Ved fisjon kan vederlaget også være aksjer i det overdragende selskap, jf. aksjeloven § 14-2

Bakgrunnen for fusjonsreglene knyttes først og fremst til kontinuitet og europeisk rettsharmoni.¹¹ Reglene om fisjon er yngre enn reglene om fusjon og har sin bakgrunn primært i at fusjonsreglenes begrunnelse og innhold også egner seg på visse typer deling av selskap.¹²

Formålet med aksjelovens regler om fusjon og fisjon er å gi hjemmel for å kunne gjennomføre sammenslåing eller deling av selskaper til tross for protesterende mindretallsaksjonærer og medkontrahenter. Etter alminnelige formues- og selskapsrettslige regler skal en aksjonær ikke måtte godta tvungen ombytting av sine aksjer og en kreditor skal ikke måtte godta tvungent skifte av debitor. Videre kan det tenkes at enkelte eiendeler og rettigheter etter alminnelige regler ikke kan overføres mellom selskaper. Også her kan reglene om fusjon og fisjon hjemle overførsel. Kort oppsummert åpner reglene for en forenklet sammenslåings- eller delingsprosess for selskaper. Ved utforming av reglene har hensynet til bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk effektivitet veid tyngre enn hensynet til den enkelte mindretallsaksjonær og kreditor. Mindretallsaksjonærer og kreditorer er til gjengjeld gitt vern ved at reglene om fusjon og fisjon bygger på et prinsipp om kontinuitet. Dette kontinuitetsprinsippet innebærer at det overdragende selskapets rettsforhold overføres til, og videreføres av, det overtakende selskapet.

4 Stiftes det rett ved fusjon og fisjon?

4.1 Innledning

Et ikke upraktisk eksempel på et formuesgode som kan overføres ved fusjon eller fisjon er fast eiendom. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt dette innebærer at det stiftes rett i relasjon til tinglysningsloven § 23. Hvorvidt fusjon og fisjon også omfattes av bestemmelsens avtalebegrep kommer jeg tilbake til i oppgavens pkt. 5.

¹¹ Giertsen (1999) s. 27

¹² Aksjeloven av 1976 lovregulerte ikke fisjoner. Dette ble tatt inn i loven ved vedtakelse av någjeldende aksjelov fra 1997.

4.2 Rettslig utgangspunkt

Rettsvernsakten for fast eiendom følger av tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum:

”For at en rett som er stiftet ved avtale skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen utenfor de tilfelle som er nevnt i § 21 tredje ledd og § 22 være innført i dagboken senest dagen før konkursåpningen”.^{13,14}

Bestemmelsen gjelder rettsstiftelser i fast eiendom og for at bestemmelsen skal komme til anvendelse må det etter ordlyden være tale om en ”rett som er stiftet”. At noe stiftes, eller opprettes, kan naturlig forstås som en endring av en allerede etablert tilstand. I normalsituasjonen vil dette være at det mot vederlag skal gis totale eller begrensede rettigheter til en fast eiendom, og det er denne rettsstiftelsen som må tinglyses for at kjøper skal være vernet mot ekstinksjon fra selgers kreditorer. Tinglysingsloven § 12, som regulerer hvilke rettsstiftelser i fast eiendom som kan anmerkes i grunnboken, kan gi en nærmere veiledning til forståelsen av § 23: ”Såfremt ikke annet er bestemt ved lov, kan et dokument bare anmerkes i grunnboken når det går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom i embedskretsen”. Alternativene i bestemmelsen er utvilsomt noe overlappende, men med unntak av alternativet ”anerkjenne” synes essensen å være at ethvert dokument som innebærer en endring vedrørende rettigheter i en fast eiendom kan tinglyses. Som eksempel på at rett *ikke* stiftes er for eksempel et navneskifte, enten hos et personlig eller juridisk rettssubjekt. Det reelle og formelle eierforholdet er det samme før og etter navneendringen. Ytterligere et eksempel hvor det ikke stiftes noen rett i relasjon til tinglysingsloven er hvis samtlige aksjer i et selskap, som både er reell og formell eier av en fast eiendom, selges. En slik transaksjon verken kan eller skal tinglyses.¹⁵ Det er riktignok en annen eierkrets som kontrollerer selskapet som eier eiendommen, men både det formelle og reelle eierskapet til eiendommen er hos samme subjekt, selskapet hvor aksjene er omsatt. Endelig vil det ikke i en fusjon eller fisjon, hvor det

¹³ Rettsvernsregelen er et supplement til hovedregelen om kreditorenes belagsrett som reguleres av dekningsloven § 2-2: ”Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.”

¹⁴ Unntakene fra bestemmelsen behandles under pkt. 5

¹⁵ Høgetveit (2009) s. 259. Fra sitert sted brukes riktignok overdragelse av aksjer i et hjemmelsselskap som eksempel, men det samme gjelder når aksjeselskapet er både formell og reell eier. Selve aksjeervertet oppnår rettsvern gjennom egne regler om dette.

overtakende selskapet er et allerede eksisterende selskap som fra før av besitter eiendommer, stiftes noen rett i forbindelse med fusjonen eller fisjonen som må tinglyses for å få rettsvern. Eiendommen er også her fortsatt hos samme rettighetssubjekt.

Et spørsmål er om tinglysingsloven § 23 gjelder uavhengig av om konkursdebitor er innehaver av grunnbokshjemmelen til eiendommen eller ikke. At konkursdebitor ikke er hjemmelshaver kan typisk skyldes at en eiendom har vært avhendet fra H til A uten at dette har blitt tinglyst. A er da blitt reell eier, men grunnbokshjemmelen er fortsatt hos H. A selger så eiendommen videre til S, som heller ikke tinglyser sitt erverv. Nå sitter S som reell eier, H har grunnbokshjemmelen og As tid som eier er forbi, uten at han noensinne har hatt grunnbokshjemmelen til eiendommen. Et tilsvarende scenario gjaldt i Trondheimsveiendommen, men problemet ble ikke diskutert der. Ordlyden i § 23 tilsier at alle rettsstiftelser som grunner på avtale må tinglyses for å få rettsvern, det fremkommer ikke at det er et krav at selger er hjemmelshaver.

I Rt. 1999.247 (Bygg og Trelast) tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til problemet. Riktignok var dette et tilfelle hvor en enkeltforfølgende kreditor tok utlegg i en eiendom som S hadde ervervet av A og som A aldri hadde hatt grunnbokshjemmelen til, men begrunnelsen er like relevant enten man er i tinglysingsloven § 20 eller § 23.¹⁶ Utleggsforretningen ble opphevet av utvalget med følgende begrunnelse:

”Tinglysingsloven § 20 kan ikke forstås slik at kreditor har beslagsrett i en fast eiendom for krav mot tidligere eier som ikke har tinglyst sin adkomst, i et tilfelle hvor eiendommen er overdratt til og tatt i bruk av en annen. Det er i forhold til hjemmelshavers kreditorer at hensynet til notoritet og rettsvern medfører at den reelle eier ikke vinner fram med mindre ervervet er tinglyst senest dagen før utlegget.”¹⁷

En slik praktisering av reglene innebærer en innskrenkende tolkning og vil føre til at konkursskyldnere som har eiendommer uten også å ha grunnbokshjemmelen vil kunne hevde å ha videresolgt eiendommen for å unndra denne fra boet.¹⁸ Avgjørelsen er kritisert i teorien.¹⁹

¹⁶ Andenæs (2009) s. 254

¹⁷ Rt. 1999.247. Dommens s. 250

¹⁸ Skoghøy (2003) s. 57

¹⁹ Skoghøy l.c., Andenæs l.c., Falkanger (2007) s. 602

I Rt. 2008.586 (Fagutleie) ble problemstillingen på nytt behandlet av Høyesterett. Denne gangen var det et konkursbo som tok beslag i en eiendom som A aldri hadde hatt grunnbokshjemmelen til, og som var videresolgt til S før boåpningen. Kjøper av eiendommen påberopte seg dommen fra 1999 og Høyesterett kommenterte denne dommen innledningsvis. Ut over dette ble ikke dommen ytterligere kommentert, men Høyesterett konkluderte med at tinglysing er nødvendig selv om konkursskyldneren ikke har hatt grunnbokshjemmelen. Høyesterett la avgjørende vekt på notoritetssynspunkter, med støtte i tidligere rettspraksis og teori:

”Formålet med § 23 er imidlertid å sikre notoritet i forhold til kreditorer og andre tredjemenn ved konkurs eller tvangsakkord. Dette tilsier at bestemmelsen gjelder alle rettsstiftelser som kan tinglyses uavhengig av om debitor er hjemmelshaver. Også rettspraksis underbygger at hensynet til notoritet gjør at § 23 og tilsvarende rettsvernsregler bør forstås etter sin ordlyd, jf. Rt-1997-1050 på sidene 1054-1055 og Rt-1998-268 på sidene 274-275. En annen løsning ville åpne for omgåelser ved at debitor påstår å ha videresolgt eiendom i de tilfeller eget erverv ikke er tinglyst, jf. Skoghøy: Panteloven, andre utgave side 57.”²⁰

Kort tid etter Rt. 2008.586 ble en ny utleggssak tatt opp i Gulating lagmannsrett, RG 2008.1335. Lagmannsretten la da til grunn samme rettsoppfatning som i Rt. 1999.247 under henvisning til at Høyesterett i Rt. 2008.586 hadde reservert seg i forhold til utleggssituasjonen. Andenæs mener dette er en avgjørelse som ikke bør opprettholdes i fremtidige saker.²¹

Gjeldende rett, både hva gjelder enkeltforfølgende og fellesforfølgende kreditorer, er altså at rettsvernsreglene i utgangspunktet kommer til anvendelse ved alle rettsstiftelser i fast eiendom, uavhengig av om avhenderen er innehaver av grunnbokshjemmelen eller ikke.

Spørsmålet blir så hvorvidt det ved fusjon og fisjon, hvor eiendom overdras fra overdragende til overtakende selskap, skal anses å bli stiftet en rett som fordrer tinglysing for å oppnå rettsvern mot overdragende selskaps kreditorer, eller overdragende selskaps rettsforgjengeres kreditorer. Utgangspunktet for vurderingen er aksjelovens bestemmelser om fusjon og fisjon, og hva man kan lese ut av disse om formuesoverføring i forbindelse med slike disposisjoner. Aksjeloven § 13-2 første ledd angir fusjonsreglenes virkeområde:

²⁰ Rt. 2008.586. Dommens premiss nr. 34.

²¹ Andenæs (2009) s. 255: ”Etter mitt syn må Rt 2008.586 således ses som en fravikelse av den rettsoppfatning som ble lagt til grunn i 1999-avgjørelsen [Rt. 1999.247], og være retningsgivende også i relasjon til tingl. § 20. Avgjørelsen i RG 2008.1335 bør derfor ikke opprettholdes i fremtidige saker.”

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

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

Tilsvarende bestemmelse finnes i § 14-2 for fisjoner, med nødvendige modifikasjoner for å tilpasse at fisjon innebærer deling og ikke sammenslåing. Lovens ordlyd sier at overtakende selskap skal overta eiendeler fra det overdragende selskapet. Når et selskap overtar en eiendel fra et annet selskap er det naturlig å si at det har skjedd en endring vedrørende eierforholdet til vedkommende formuesgode. Dette taler for at det foreligger en rettsstiftelse ved fusjoner og fisjoner. Bestemmelsen regulerer riktignok kun virkeområdet for fusjonsreglene, den nærmere lovreguleringen av selve eiendomsovergangen er gjort i § 13-16 om ikrafttredelse av fusjonen som regulerer virkningene av at fusjonen blir registrert i Foretaksregisteret. Bestemmelsen gjelder også for fisjon, jf. § 14-8 første ledd. Når fusjonen er registrert er etter § 13-16 første ledd nr. 3 ”det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser (er) overført til det overtakende selskapet”. Etter § 13-17 første ledd, som gjennom § 14-8 er gitt samme virkning for fisjoner, kan det overdragende selskapet etter registrering i Foretaksregisteret ”etter alminnelige regler overføre formelle posisjoner som eier eller rettighetshaver til eiendeler som har tilhørt et overdragende selskap”. Bestemmelsen i § 13-17 innebærer at det kun er det reelle eierskapet som overføres i og med registrering av fusjonen, de formelle posisjoner som eier må overføres etter alminnelige regler. For overføring av hjemmel til fast eiendom skjer dette i utgangspunktet gjennom tinglysning av skjøte eller annet hjemmelsdokument.²²

Når fusjonen eller fisjonen er registrert har altså det overtakende selskap fått overført de eiendeler det etter fusjons- eller fisjonsplanen skulle overta. Til grunn for overføringen ligger en fusjons eller fisjonsavtale. Omfatter avtalen fast eiendom medfører gjennomføringen av fisjonen eller fusjonen en reell overdragelse av denne fra et subjekt til et annet, og loven presiserer videre hvordan det formelle eierskapet kan overføres. Sett i sammenheng med ovenstående gjennomgang av tinglysningslovens virkeområde er

²² Mer om den tinglysningsmessige fremgangsmåten ved fusjon og fisjon under pkt. 4.9

det nærliggende å si at eiendomsoverdragelse ved fusjon eller fisjon innebærer en rettsstiftelse i fast eiendom som må tinglyses for å etablere rettsvern for det overtakende selskapet.

4.3 Kontinuitetsprinsippet

Som tidligere nevnt bygger lovreguleringen om fusjoner og fisjoner på et prinsipp om kontinuitet. Hovedtanken er at fusjon og fisjon ikke skal tillegges rettsvirkninger som normalt vil inntre ved ordinær overføring av rettigheter og forpliktelser, og spørsmålet er om dette også gjelder i forhold til tinglysingsloven § 23. Kontinuitetsprinsippet har ingen entydig juridisk definisjon, og av denne grunn er det ikke alltid uproblematisk å slå fast når kontinuitetsvirkninger skal inntre. Prinsippet kommer ikke klart til uttrykk i aksjeloven, men fremgår indirekte av §§ 13-2 og 14-2. For at fusjons og fisjonsreglene skal få anvendelse er det et krav om kontinuitet både hva angår overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser og til kontinuitet på eiersiden gjennom regler om vederlaget. Giertsen omtaler dette som forpliktelseskontinuitet, eiendels- og rettighetskontinuitet og eierkontinuitet. Eiendels- og rettighetskontinuiteten innebærer at det overtakende selskapet trer inn i det overdragende selskaps posisjoner som eier og rettighetsinnehaver.²³

Kontinuitetsprinsippet omtales nærmere i forarbeidene til loven:

”Det grunnleggende prinsipp som fusjonsinstituttet er bygget på, er at en sammenslutning av to eller flere aksjeselskaper skal kunne skje ved kontinuitet i alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner-, og slik at det ikke skjer noen endringer i de verdsettelse som kan danne basis for beslutninger om utdeling av midler fra selskapet til aksjeeierne, som ikke kunne ha skjedd om de selskaper som deltar i fusjonen hadde fortsatt som egne selskaper.

Kontinuitetsprinsippet danner grunnlaget for å ta bort rettslige hindringer for endringer og omstillinger i næringslivet som ofte vil foreligge ellers, ...”.

Selv om kontinuitetsprinsippet legges til grunn, er det ikke gitt at det må følges konsekvent. Det er nødvendig å vurdere om det kan være grunn til å oppstille særregler for begrensede problemer”.^{24,25}

²³ Giertsen (1999) s. 30

²⁴ NOU 1992: 29 s. 197

Fra forarbeidene til aksjeloven av 1976, som fusjonsinstituttet i stor grad bygger på, tas følgende reservasjon fra en ubetinget bruk av kontinuitetsprinsippet:

”De aksjerettslige regler om fusjon vil måtte vike for bestemmelser i andre lover som tillegger fusjonen andre virkninger enn aksjeloven selv. Dette er et synspunkt som særlig får betydning i forhold til rettigheter av offentligrettslig karakter, f.eks, konsesjoner og tillatelser.”²⁶

Det grunnleggende formålet med fusjons- og fisjonsinstituttet er etter forarbeidene å legge til rette for endringer og omstillinger i næringslivet. I stedet for at selskaper som skal slås sammen først må avvikles og så slå seg sammen i et nystiftet selskap, godtar man under nærmere betingelser at alle eller deler av et selskaps rettigheter og forpliktelser overføres til et annet, uten at det anses å ha skjedd en realisasjon. Hvorvidt dette innebærer at det ikke skal anses å bli ”stiftet” rettigheter i forbindelse med formuesoverføringer mellom de involverte selskapene gir ikke forarbeidene klart svar på. ”Kontinuitet i alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner” kan forstås som en rett og plikt til å videreføre disse posisjoner i forhold til selskapenes medkontrahtenter. Hvorvidt det også siktes til at overføring av eiendomsrett skal skje uten at det skal anses å ha skjedd noe identitetsskifte i rettighetsposisjonene gir ikke forarbeidene klart svar på. Særlig at det uttrykkelig sies at reglene om fusjon vil kunne måtte vike for bestemmelser i andre lover gjør at forarbeidene ikke i tilstrekkelig grad avklarer hvorvidt fusjons- eller fisjonsserverv rammes av tinglysningsloven § 23.

Ut over Trondheimsveiendommen foreligger det ikke rettspraksis om forholdet mellom tinglysningsloven § 23 og aksjelovens regler om fusjon og fisjon. I relasjon til kontinuitetsprinsippet uttalte tingretten:

”Fusjon og fisjon blir gjennomført på grunnlag av regler i aksjeloven som bygger på kontinuitetsbetraktninger. Synspunktet her er at fusjon og fisjon innebærer en fortsettelse av det overdragende selskap, som kreditor må finne seg i uten å kunne påberope seg at det har funnet sted et debtorskifte.”²⁷

²⁵ Ved innføring av lovregulert fremgangsmåte for fisjon i aksjeloven av 1997 er kontinuitetsprinsippet også gjort gjeldende for fisjoner jf. NOU 1992: 29 s. 200: ”I likhet med fusjonsreglene bør fisjonsreglene utformes på basis av et kontinuitetsprinsipp. Overtakende selskap bør i størst mulig grad tre inn i det overdragende selskaps posisjoner med hensyn til eiendeler, rettigheter forpliktelser m.v. ... Det er generelt hensiktsmessig at fisjonsreglene så vidt mulig er parallelle til fusjonsreglene. Helt ut kan dette likevel ikke gjennomføres, idet en fisjon reiser enkelte spørsmål som ikke har paralleller ved fusjon.”

²⁶ Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 202

²⁷ TOSLO-2010-6909. Dommens s. 8.

Slik kontinuitetsprinsippet her omtales skal fusjon og fisjon anses som en ”fortsettelse av det overdragende selskap”. Hvis man legger denne forståelsen og rekkevidden av prinsippet til grunn skal en fusjon eller fisjon nærmest likestilles med et navnebytte. I så fall, og i tråd med dommens resultat, vil det være riktig å si at det ikke stiftes noen rett. Dommen fokuserer noe ensidig på hensynene bak aksjelovens regler og det sies lite om forholdet til tinglysingslovens bakenforliggende hensyn. Det kunne med fordel blitt viet mer plass til de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Denne ene tingrettsdommen bidrar ikke i nevneverdig grad til å avklare spørsmålet.

Rekkevidden av kontinuitetsprinsippet er også behandlet i juridisk teori. Andenæs omtaler kontinuitetsprinsippet som en juridisk konstruksjon som innebærer at det ikke skjer noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahtenter, det overdragende selskapet anses å fortsette i det overtakende selskapet.²⁸ Giersten omtaler kontinuitetsprinsippet slik:

”Kontinuitetsbegrepet er en felles betegnelse for en rekke regler som forutsetter at det overtakende foretaket trer inn i det overdragende foretakets rettsforhold.’ Dette er spesialregler i forhold til alminnelige regler om bl.a. personsifte. Rettslige kontinuitetsvirkninger – det overtakende foretakets inntreden i det overdragende foretakets rettsforhold – er ofte en faktisk forutsetning for at det overdragende foretakets virksomhet skal kunne bli ført videre av det overtakende.”²⁹

En konsekvent gjennomføring av prinsippet innebærer i følge Augdahl at sammenslutningen ”behandles som en endring m.h.t. forvaltningen og ikke en overdragelse”.³⁰ Disse uttalelser taler også for at man skal ”overse” de formelle rettsvirkninger som skjer ved fusjon og fisjon. I realiteten har en eiendom blitt overført fra selskap A til selskap B, men man legger til grunn at ikke har skjedd noen endringer hva gjelder til eiendomsretten. Men som det fremgår av forarbeidene skal ikke nødvendigvis prinsippet følges konsekvent. I forhold til andre lover er det som nevnt ikke gitt at fusjonsreglene slår igjennom overfor disse, dette vil bero på en tolkning av vedkommende lov. Også i forhold til medkontrahtenter er det ikke alltid gitt at fusjonsreglene hjemler rett til overføring av rettigheter. Fusjon kan innebære en vesentlig bristende forutsetning, og man kan også inngå uoverdragelige avtaler hvor

²⁸ Andenæs (2006) s. 580

²⁹ Giertsen (1999) s. 28. Noter unnlatt her.

³⁰ Augdahl (1946) s. 543 note 3

uoverdrageligheten særskilt skal gjelde ved fusjon og fisjon. I en nylig avsagt dom i Høyesterett blir det vist til Andenæs om dette³¹:

”Prinsippet om at også uoverdragelige rettigheter følger med ved fusjon, viker for avtale og særlige lovbestemmelser. Tolkningen av den enkelte avtale eller lov må skje på bakgrunn av kontinuitetsprinsippet, slik at det er naturlig å kreve særlige holdepunkter for at uoverdrageligheten også omfatter fusjon.”³²

Etter dette kan kontinuitetsprinsippet oppsummeres til for det første å innebære en plikt til videreføring av eiendeler, rettigheter og eierposisjoner. Dette er en forutsetning for at selskapene skal kunne oppnå de fordelene som sammenslåing eller deling etter fusjons- og fisjonsreglene innebærer. Videre innebærer kontinuitetsprinsippet en utvidet rett, i forhold til øvrig lovgivning, til å overføre forpliktelser, rettigheter og eiendeler. Dette har en side både til selve overførbarheten og de rettsvirkninger som inntreer ved selve overføringen. Som eksempler på slike rettigheter nevner forarbeidene arbeidsavtaler, forhandlerkontrakter, husleieavtaler og liknende.³³ Den utvidete retten begrenses imidlertid av øvrig lovgivning og avtaler, som begge må tolkes i lys av kontinuitetsprinsippet når innholdet skal fastlegges.

For nærmere å fastlegge rekkevidden av kontinuitetsprinsippet kan det være hensiktsmessig å se hvordan dette er løst i øvrig lovgivning.

Når det gjelder kontinuitet i relasjon til skatteloven anses fusjon og fisjon ikke som realisasjon av eiendeler, jf. skatteloven § 5-1, jf. kapittel 9, jf. §§ 11-2 og 11-4, og kan derfor som hovedregel gjennomføres uten skattlegging av selskapene og aksjonærene. Den nå lovfestede bestemmelsen ble første gang slått fast gjennom rettspraksis, og det at de overdragende selskaper ble videreført av det overtakende syntes å ha vært sentralt for avgjørelsen. I Rt. 1922.436 (dissens 4:3) ble således ikke en fusjon ansett som et salg:

”Naar 4 næringsdrivende som her gaar sammen for under et at fortsætte sin næringsdrift for fremtiden, kan ikke den ene siges at sælge til anden. ... At sige, at hver av parterne solgte, vil her være en ren fiktion og intet andet.”³⁴

³¹ Rt. 2010.918. Dommens premiss nr. 26. Dommen siterer ikke Andenæs direkte.

³² Andenæs (2006) s. 604. Noter unnlatt her.

³³ Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 201

³⁴ Rt. 1922.436. Sitert fra Overretten som Høyesteretts flertall i det vesentligste tiltrådte.

Det at skattemessige posisjoner videreføres ved fusjon og fisjon er i samsvar med formålet bak fusjons og fisjonsreglene, nettopp å fjerne hindringer for ellers ønskelige sammenslutninger. Det kan ikke være tvil om at dette har bidratt til den omfattende utbredelsen av omorganiseringer ved fusjon og fisjon.³⁵

Et annet tolkingsspørsmål i forhold til annen lovgivning er hvorvidt eiendomsoverdragelse ved fusjon og fisjon skal anses som et ”ervert” etter eierseksjonsloven. Etter § 22 tredje ledd kan ingen erverve mer enn to boligseksjoner i et sameie. Det gjelder unntak for ekspropriasjon, arv, forskudd på arv eller tilfeller hvor kreditor erverver seksjoner for å redde sin fordring som er sikret med pant i seksjonen. Ut over dette gir verken ordlyd eller forarbeider veiledning på hvorvidt fusjon eller fisjon skal anses som ervert i relasjon til loven. Justisdepartementets lovavdeling har blitt forelagt spørsmålet, og i tolkningsuttalelsen³⁶ fremgår det at formålet med eierseksjonslovens bestemmelse er å spre eiendomsretten. Lovavdelingen påpeker at det er vanskelig å ta stilling til hvordan man skal løse ”et så teknisk spørsmål som fusjon” ut fra en så vagt formulert formålsbetragtning. Imidlertid la Lovavdelingen til grunn at det ved fusjon og fisjon ikke skal anses å skje et ervert på bakgrunn av at det er de samme eierinteresser som videreføres. I uttalelsene fremgår det at det ikke foreligger klare holdepunkter for den ene eller andre løsning. Som støtteargument for at det ikke skal anses å foreligge ervert vises det til at det ved fusjon og fisjon tinglysmessig er tilstrekkelig å tinglyse firmaattest og at dette ikke utløser tinglysingsgebyr og dokumentavgift.³⁷

I forhold til konsesjonslovgivning kan det oppstå spørsmål om fusjon skal anses som et ervert. I følge Aarbakke må dette løses i den alminnelige konsesjonslovgivning:

”Svaret beror på (en tolkning av) den enkelte konsesjon og på (en tolkning av) den lov som regulerer konsesjonen. I mangel av særregler som sier annet, gjelder som alminnelig regel at konsesjon og lignende ikke kan overføres, jf. T. Eckhoff: Forvaltningsrett, Oslo

³⁵ Giertsen (1999) s. 31

³⁶ JDLOV-1989-2996 og JDLOV-2006-1551. Førstnevnte tolkningsuttalelse er gitt under aksjeloven av 1976 som ikke lovregulerte fisjoner. Den andre uttalelsen er avsagt under gjeldende aksjelov og det antas nå at heller ikke fisjoner skal anses som ervert i relasjon til eierseksjonsloven § 22 tredje ledd.

³⁷ Jf. Rundskriv G-2005-6. Mer om dette under pkt. 4.9

1982 s. 299 flg. Konesjonen faller altså bort, og spørsmålet om konesjon til det overtakende selskap er i prinsippet en ny sak.”³⁸

Med andre ord er hovedregelen for konesjoners vedkommende at kontinuitet ikke gjelder.

Kontinuitetsprinsippets gjennomslagskraft varierer altså fra rettsområde til rettsområde. I forhold til lover som selv ikke løser spørsmålet må dette løses ut fra tilgjengelige tolkingsmomenter hvor hensynene bak fusjons- og fisjonsreglene må veies opp mot de interesser den andre lov skal ivareta.

Etter ovenstående gjennomgang lar det seg foreløpig ikke trekke en entydig konklusjon om kontinuitetsbetraktninger tilsier at overdragelse av eiendom i forbindelse med fusjon og fisjon skal anses som en rettsstiftelse i relasjon til tinglysingsloven § 23, eller om transaksjonen i denne relasjonen ikke skal tillegges rettsvirkninger.

4.4 Hensynene bak tinglysingsloven § 23 og aksjelovens regler om fusjon og fisjon

Etter en naturlig forståelse av ordlyden både i tinglysingsloven og aksjeloven er det som nevnt gode holdepunkter for å si at fusjon og fisjon omfattes av tinglysingsloven § 23. Lovenes forarbeider omtaler ikke forholdet til hverandre, det nærmeste man kommer er reservasjonen for at kontinuitetsprinsippet skal kunne måtte stå tilbake for annen lovgivning som tillegger fusjonen eller fisjonen rettslige virkninger. For å ta stilling til hvorvidt kontinuitetsprinsippet også slår igjennom overfor tinglysingsloven § 23 er det derfor nødvendig å foreta en nærmere sammenlikning mellom de to lovenes bakenforliggende hensyn, hvilke interesser de skal ivareta og hvordan interessene faktisk ivaretas.

Bakgrunnen for aksjelovens regler om fusjon og fisjon er som nevnt å tilrettelegge for forenklede selskaps sammenslåinger, eller delinger, som av både bedriftsøkonomiske og samfunnsøkonomiske grunner er ønskelige. Som tidligere sitert fra forarbeidene

³⁸ Aarbakke (1987) s. 181

fremgår det der at formålet med kontinuitetsprinsippet er å ta bort rettslige hindringer som ofte vil foreligge ved endringer og omstillinger i næringslivet.³⁹

Formålet med tinglysingsloven § 23 er å beskytte konkursdebitors kreditorer på konkurstidspunktet. Når disse ikke trenger å respektere en ikke tinglyst eiendomsoverdragelse foretatt av konkursdebitor A til fordel for S skyldes ikke dette at A fortsatt er legitimert som hjemmelshaver, men at S sitt erverv mangler nødvendig notoritet og derfor ikke har oppnådd rettsvern.

Tinglysingsloven § 23 sørger for notoritet vedrørende disposisjoner gjort av konkursskyldnere i tiden før konkursen. Både tidspunktet for disposisjonen og disposisjonens innhold gis notoritet ved tinglysing. Til tross for at erverver S ikke har tinglyst kan det godt tenkes at han likevel kan føre fullgodt bevis for at eiendomsoverdragelsen har vært reell og lojal. I et slikt tilfelle vil den utvidede beslagsretten kunne betegnes som urimelig. Men lovgiver har bevisst valgt faste objektive regler for effektivt å kunne sette en stopper for oppkonstruerte formuesoverføringer ut fra As formuessfære. Det er lett for en konkursskyldner å hevde at eiendeler i hans besittelse på beslagstiden er solgt videre til en tredjeperson i tiden før konkursen. Ofte vil dette være disposisjoner som ikke kan karakteriseres som svikaktige, og det kan også være tilfeller hvor det bare er uklart hva som er avtalt. Men når man er i en presset situasjon og ser konkursen nærme seg blir den personlige hederlighet satt på en hard prøve.⁴⁰ For å unndra midler fra kreditorene vil debitor kunne hevde at verdier på hans hånd allerede er overført til en tredjeperson, ved hjelp av oppkonstruerte avtaler, eller antedateringer for å unngå omstøtelsesreglene. Tinglysingsloven § 23 setter en stopper for dette. I tillegg til å gi notoritet for debitors disposisjoner gjør tinglysingen at disposisjonen oppnår publisitet. Dette gjør at kreditorene effektivt kan følge med på de disposisjoner skyldneren gjør, slik at de kan iverksette nødvendige tiltak for å sikre sine interesser hvis debitors handlemåte indikerer en sterkt svekket økonomi.

³⁹ NOU 1992: 29 s. 197

⁴⁰ Brækhus (1998) s. 41

§ 23 gjelder rettsstiftelser foretatt av A til fordel for S. Totale eller begrensede rettigheter til fast eiendom er altså på vei ut av As formuessfære. Faren for kreditorsvik er vesentlig større i en slik situasjon enn når det gjelder eiendeler som er i As besittelse som påstås å tilhøre As hjemmelsmann H. I sistnevnte situasjon vil det være utfordrende å dikte opp en troverdig forhistorie vedrørende eierforholdet til formuesgodet. Sjansen for at den tidligere eier H vil være med på en oppkonstruert historie er også mindre enn når A kan velge fritt hvem som er den angivelige nye eier. Her kan S alliere seg med de av sine forbindelser med minst motforestillinger mot å være med på et uhederlig opplegg.⁴¹ Videre vil det som regel være snakk om kort tid siden den påståtte transaksjonen, noe som gjør det vanskelig å motbevise at transaksjonen er reell.

En avklaring rundt debtors rettsstiftelser kunne man også løst med alminnelige bevisregler, men i norsk rett har man altså valgt å stille opp bestemte krav til notoritet. Er en rett vedrørende fast eiendom ikke innført i dagboken senest dagen før konkursåpning, trenger ikke konkursboet respektere denne retten.

Dette viser at det til grunn for tinglysningsloven § 23 ligger et klart definert formål og bestemmelsen er et resultat av vel overveide hensyn. Videre er det ingen åpenbar konflikt med de formål som ligger til grunn for aksjelovens regler om fusjon og fisjon. I hvert fall er selve tinglysningsprosessen i dag så ukomplisert at den ikke kan karakteriseres som et hinder for gjennomføring av fusjon eller fisjon. En annen ting er at dokumentavgiften kan være så høy at den kan anses som et hinder av betydning, men ved fusjon eller fisjon er det fritak for denne avgiften.⁴² Disse forhold taler for at det ikke gjøres unntak for tinglysningsloven § 23 ved overdragelse av fast eiendom i forbindelse med fusjon og fisjon.

4.5 Aksjelovens kreditorvern ved fusjon og fisjon

På den annen side har også aksjeloven regler som ivaretar kreditorenes interesser i forbindelse med fusjon og fisjon. Spørsmålet blir så om disse bestemmelsene på en

⁴¹ Falkanger (2007) s. 488

⁴² Mer om dette under pkt. 4.9

tilfredsstillende måte ivaretar de samme interesser som tinglysningsloven § 23 skal ivareta.

Aksjeloven har i kapittel 13 bestemmelser om kreditorvern i forbindelse med fusjon, som gjennom § 14-7 også er gjort gjeldende for fisjon. Av fremstillingsmessige årsaker skriver jeg, såfremt reglene er identiske, kun fusjon i det følgende. Når fusjonsplanen er godkjent skal kreditorene varsles og få anledning til å fremme innsigelser før fusjonen kan tre i kraft. Etter § 13-13 skal det senest en måned etter at fusjonsplanen er vedtatt av kompetent organ sendes melding om dette til Foretaksregisteret. Meldingen danner grunnlag for kreditorvarselet. Foretaksregisteret skal så kunngjøre beslutningene i Brønnøysundregistrenes elektroniske kunngjøringspublikasjon, og to ganger med minst en ukes mellomrom i en avis som er alminnelig lest på selskapets forretningssted, jf. § 13-14 første og andre ledd. Samme bestemmelse gir kreditorene en frist på to måneder til å fremme innsigelser mot fusjonen etter at denne er kunngjort i Brønnøysundregistrene. Fremmes innsigelser fra noen av kreditorene kan disse på nærmere angitte vilkår få betaling eller stilt sikkerhet for sine krav, jf. § 13-15. I § 14-11 andre og tredje ledd er det gitt en egen bestemmelse om kreditorvern ved fisjon. Ved fisjon deles som nevnt selskapets aktiva mellom flere selskaper. Etter bestemmelsene blir de deltakende selskaper solidarisk forpliktet for det overdragende selskaps forpliktelser. Etter andre ledd hefter selskapene solidarisk for forpliktelser som var oppstått før fisjonen, men som etter fusjonsplanen ikke lar seg gjøre å fastslå hvilket av selskapene som hefter for. Etter tredje ledd hefter selskapene solidarisk for en forpliktelse som et av de deltakende selskapene ikke gjør opp for, når det etter fusjonsplanen skulle heftet for denne forpliktelsen. Ansvarer er begrenset oppad til et beløp tilsvarende den nettoverdien selskapet ble tilført ved fisjonen. På denne måten får kreditorene i det overdragende selskapet fortsatt dette selskapets eiendeler som mulige beslagsobjekter, selv om de er spredd på flere selskaper. Videre har man bestemmelser om revisorbekreftelse av fusjonsplanen, jf. § 13-10 tredje ledd og åpningsbalanse for det overtakende selskapet, jf. § 13-6 første ledd pkt. 7.

Kreditorbegrepet i aksjeloven, i forbindelse med kreditorvarsel ved fusjon, finner man i § 13-14 første ledd. Det er "selskapenes kreditorer" som skal varsles. Det vil si eksisterende kreditorer i de eksisterende selskaper som skal delta i fusjonen.

Bestemmelsene gir i forhold til selve fusjonsprosessen et godt kreditorvern og det er derfor naturlig at en kreditor, som har fått det overtakende selskap som debitor, og som ikke har hatt innsigelser mot fusjonen, ikke skal kunne kreve særlig dekningsrett i midler som har blitt overdratt til det overtakende selskapet etter at fusjonen har trådt i kraft. Ved fisjon hvor det overdragende selskapet skal fortsette å eksistere gir ikke løsningen seg like lett. Problemet melder seg når kreditorene i det overdragende selskap krever fortrinnsrett til dekning i eiendeler som er overdratt til det overtakende selskapet. For forpliktelser som stammer fra fisjonstidspunktet har vi aksjeloven § 14-11, se rett over. Men det kan godt tenkes at det etter fisjonen har vært en fullstendig utskiftning av gjelden i det overdragende selskapet, og det kan også tenkes at det på fisjonstidspunktet ikke var noen kreditorer involvert i det hele tatt. Hvorvidt overdragende selskaps kreditorer i disse situasjonene skal kunne kreve dekning i formuesgoder overført i forbindelse med fisjonen gir ikke aksjeloven noe svar på, og problemstillingen er heller ikke omtalt i forarbeidene.

Kreditorene som beskyttes gjennom aksjelovens regler om fusjon og fisjon er altså de kreditorene som gjennom fusjonen eller fisjonen må akseptere tvungent debitorskifte. Kreditorene som beskyttes gjennom tinglysningsloven § 23 er konkursskyldnerens kreditorer på konkurstidspunktet. Med andre ord er de to lovenes kreditorbegreper vidt forskjellige. Det samme er hensynene som ligger til grunn for kreditorvernet i de to lovene. Riktignok gir aksjelovens bestemmelser om kreditorvarsel og revisorbekreftelser en viss notoritet, som er det sentrale hensynet bak tinglysningsloven § 23, men ikke like god notoritet som ved tinglysning. At Foretaksregisteret publiserer generalforsamlingens beslutning om fusjon eller fisjon hindrer ikke at de bakenforliggende dokumentene endres i ettertid, eller gis uklart innhold. Særlig ved fisjon, hvor det overdragende selskapet består etter fisjonen, kan slike situasjoner oppstå. Ved tinglysning er det et klarhetskrav til innhold i dokumentet som skal tinglyses, og det er ikke mulig å endre dette i ettertid. Og selv om man skulle mene at det oppnås notoritet ved fusjon og fisjon så krever ikke tinglysningsloven bare notoritet, den krever notoritet gjennom tinglysning.⁴³

⁴³ Brækhus (1967) s. 4. Uttalelsen gjelder spørsmålet hvorvidt dommer som fastslår at en avtale gir grunnlag for eiendomserverv må tinglyses, ettersom dommer gir fullgod notoritet.

Når verken aksjeloven eller dens forarbeider behandler forholdet til tinglysingsloven § 23 er det naturlig å stille spørsmål om rettsvernsproblematikken som kan oppstå er oversett av lovgiver eller om det ikke har vært ment å gjøre endringer i forhold til rettsvernsregelen for fast eiendom. Det er alltid problematisk å trekke sikre konklusjoner basert på lovgivers taushet, men hvis meningen hadde vært å gjøre endringer på et så innarbeidet rettsområde ville dette trolig ha fremgått i aksjelovens forarbeider. Av denne grunn er det nærliggende å forstå tausheten slik at det ikke har vært meningen at aksjelovens regler om fusjon og fisjon skal kunne virke som et substitutt for den rettsvernsakten som følger av tinglysingsloven § 23.

4.6 Rettspraksis' klarhetskrav ved endring av rettsvernsreglene

Rettspraksis har lagt til grunn at det må fremgå klart av lov og forarbeider hvis lovgiver har ment å gjøre unntak fra rettsvernsreglene.

Et eksempel er Rt. 1994.1447 (Huseby-Flatås). Spørsmålet var hvorvidt konkursloven § 99 annet ledd nr. 3 kan brukes til å sette til side et vedtak som bygger på tinglysingsloven § 23. Etter bestemmelsen kan skifteretten omgjøre et vedtak av boorgan som er "åpenbart urimelig". Høyesterett slo først fast at ordlyden ikke gir noen begrensning for rekkevidden av bestemmelsen. Ut over dette viste Høyesterett til at drøftelser i forarbeider, teori og rettspraksis er kortfattede og ikke gir noen grenseoppgang for hva bestemmelsen omfatter. Etter dette konkluderte Høyesterett:

"Jeg er kommet til at konkursloven § 99 annet ledd nr 3 må forstås slik at den ikke kan brukes til å sette til side vedtak som bygger på en klar rettsvernsbestemmelse som tinglysingsloven § 23. Rekkevidden av § 99 annet ledd nr 3 må ses i sammenheng med lovens øvrige bestemmelser om forholdet mellom kreditorene, boets organer og skifteretten."⁴⁴

Selv om ordlyden taler klart for en adgang til å tilsidesette vedtak på bakgrunn av urimelighet, ble det avgjørende moment for Høyesterett at det ikke fremgår klart at det har vært meningen å innskrenke rekkevidden av tinglysingsloven § 23.

⁴⁴ Rt. 1994.1447. Dommens s. 1450

Ytterligere et eksempel til illustrasjon er Rt. 1995.1122. Saken gjaldt utlegg, men ettersom regelkonflikten gjaldt prioritetsreglene i tinglysningsloven § 20 og 21 er dommen også illustrerende i forhold til tinglysningsloven § 23. Spørsmålet var her om tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 første ledd kun regulerer den praktiske fremgangsmåten når utlegg skal tas eller om den gjelder som et unntak til rettsvernsreglene i tinglysningsloven. Tvangsfullbyrdelsesloven § 7-13 første ledd lyder:

”Utlegg kan tas i ikke-realregistrert løsøre og verdipapirer som er i saksøktes besittelse, dersom det ikke sannsynliggjøres at en annen er eier. Det samme gjelder realregistrerte formuesgoder, finansielle instrumenter registrert i et verdipapirregister, aksjer og adkomstdokumenter til leierett eller boret til husrom som saksøkte er registrert eller meldt som eier av.”

For den aktuelle problemstillingen kan følgende trekkes ut av bestemmelsen: Utlegg kan tas i fast eiendom som saksøkte har grunnbokshjemmel til, dersom det ikke sannsynliggjøres at en annen er eier. Lagmannsretten kom til at debitor kunne hindre utlegg i eiendom som han har hjemmel til hvis det sannsynliggjøres at den er overdratt til en annen. Kjæremålsutvalget viste i sin drøftelse til praksis under tvangsfullbyrdelsesloven av 1915. Den eldre loven hadde ingen tilsvarende bestemmelse, men det var sikker praksis under den eldre lov at ”en erverver av fast eiendom med utinglyst skjøte ikke har rettsvern mot selgerens utleggshaver.”⁴⁵ Videre viste utvalget til forarbeidene som, særlig for § 7-13 første ledd andre punktum om fast eiendom, er knappe. Det fremgår i forarbeidene at bestemmelsen er ment som en presumsjonsregel, men forholdet til den tidligere praksis er ikke kommentert. Av rettspraksis om den nye bestemmelsen forelå ingen konkrete saker, men det ble vist til en uttalelse i Rt. 1994.1447 som omtaler § 7-13 som en bestemmelse som regulerer ”hvordan namsmannen mer praktisk skal gå frem når utlegg skal tas, ikke forholdet til rettsvernsreglene.”⁴⁶ Endelig viste utvalget til tvangsfullbyrdelseslovens kommentarutgave som også omtaler bestemmelsen som en presumsjonsregel, og at denne regelen suppleres av enkelte rettsvernsregler som innebærer at fordringshaverne undertiden stilles sterkere hvor skyldneren har overdratt et formuesgode. Etter denne gjennomgangen konkluderte utvalget slik:

⁴⁵ Rt. 1995.1122. Dommens s. 1125

⁴⁶ Rt. 1994.1447. Dommens s. 1451

”Som redegjort ovenfor var det før den nye loven sikker rett at en kreditor ikke behøvde å respektere en overdragelse når erververen manglet rettsvern. Etter utvalgets syn må bestemmelsen tolkes i lys av denne rettsvernsregel som følger av lang og fast praksis. Det generelle forbehold for sannsynliggjøring av tredjemanns eiendomsrett kan således ikke gjelde ved overdragelse av fast eiendom hvor erververen ikke har tinglyst rett. *Noe annet ville medføre en vesentlig endring i rettstilstanden som ikke ses overveiet i lovforarbeidene* [min utheving].”⁴⁷

Samme problemstilling kom på nytt opp i Rt. 1997.1698. I forhold til anvendelsesområdet til § 7-13 uttalte kjæremålsutvalget:

”Tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 annet ledd jf § 7-13 jf dekningsloven § 2-2 regulerer primært adgangen til å få utlegg i forhold til debitor. Adgangen til å få utlegg i forhold til tredjemenn, som kjøperne i dette tilfelle, reguleres i tillegg av blant annet de alminnelige rettsvernsregler, her tinglysingsloven § 20 jf § 23.”⁴⁸

Kjæremålsutvalget viste som begrunnelse for sin avgjørelse til kjennelsen avsagt i Rt. 1995.1122 og kommentarutgaven til tvangsfullbyrdelsesloven.

Rettsvernsinstituttet er så sterkt innarbeidet at det virker som om Høyesterett har inntatt den holdning at hvis lovgiver har ment å endre på dette, så må det komme uttrykkelig klart frem i lov og forarbeider. Som gjennomgått tidligere er ikke dette tilfellet for forholdet mellom aksjelovens regler om fusjon og fisjon og tinglysingsloven § 23.

I likhet med eksemplene i den ovennevnte praksis vil det innebære en vesentlig endring av gjeldende rett hvis overdragelse av fast eiendom skal kunne oppnå rettsvern uten noen form for anmerkning i grunnboken.⁴⁹ Dette taler med tyngde for at kontinuitetsprinsippet skal vike for rettsvernsbestemmelsen i tinglysingsloven § 23.

4.7 Reelle hensyn

Rettsvernsreglene har vært gjenstand for kritikk på grunn av at de til tider leder til resultater som umiddelbart fremstår som urimelige. Som nevnt åpnes det ikke for bevisvurderinger, det eneste som er av betydning er hvorvidt adekvat rettsvernsakt er

⁴⁷ Rt. 1995.1122. Dommens s. 1125

⁴⁸ Rt. 1997.1698. Dommens s. 1700

⁴⁹ Tinglysing av hjemmelsoverføring, eller notering av bekreftelse på gjennomført fusjon eller fisjon, jf. pkt 4.9

foretatt før konkursåpningen og dette lar seg slå fast uten vurderinger. Falkanger⁵⁰ og Røsæg⁵¹ har tatt til orde for at det i enkelte situasjoner bør kunne åpnes for bevisvurdering hvor S ikke har sikret seg rettsvern for sitt erverv fra A, når A blir utsatt for kreditorforfølging. Hvis for eksempel S har kjøpt og betalt en eiendom, men ikke tinglyst overdragelsen, og så brukt denne som sin egen over lang tid er det vanskelig å være uenig i at det ved konkurs hos selger A 10 år senere ikke skulle være mulig å kunne føre bevis for eiendomsretten. Det samme ville man kunne anført på et fusjons eller fisjonstilfelle. Men loven er ikke slik, det er ikke rom for å tillegge verken eiertid eller resultatets godhet vekt.

På den annen side er det ikke gitt at resultatet etter en totalvurdering nødvendigvis er så urimelig som det kan se ut ved første øyekast. Man kan enkelt unngå å havne i en situasjon hvor ens ervervede rett står i fare for å bli gjort til gjenstand for kreditorbeslag. Og selv om det er lett å holde fokus på de såkalte urimelige resultatene som fra tid til annen dukker opp er det viktig å huske på den interessegruppen reglene skal ivareta, nemlig kreditorene. Ved å ha slike renskårne rettsvernsregler forebygges kreditorskadelige disposisjoner, og kreditorene spares for prosesser vedrørende eierforhold i enkelttilfeller. Og ikke bare er dette en fordel for kreditorene, dette innebærer også at man unngår unødvendig belastning av rettsapparatet. Røsæg stiller i sin artikkel riktignok spørsmål om reglene faktisk er prosessbesparende i og med at de ”leder til så hårreisende resultater at det stadig prosederes på dem”.⁵² Dette er et poeng, men det kan neppe være tvil om at antall saker brakt inn for domstolene ville vært betydelig større ved bruk av alminnelige bevisregler.

Rettspraksis underbygger at rettsvernsreglene skal anvendes etter sin ordlyd og at det ikke er rom for å legge vekt på reelle hensyn uansett hvor urimelig resultatet måtte fremstå. Høyesterett har i flere avgjørelser sett bort fra det uomtvistelige faktum og utelukkende forholdt seg til hvorvidt rettsvernsakten er gjennomført eller ikke.

⁵⁰ Falkanger (1990)

⁵¹ Røsæg (2010)

⁵² Røsæg (2010) s. 256

Rt. 1997.1050 (Momentum) (dissens 3:2) gjaldt manglende rettsvern for verdipapirer, men er likevel av interesse ettersom rettsvernsreglene prinsipielt er like for fast eiendom. Om forholdet mellom rettsvernsbestemmelsene og et ønske om et rimelig resultat uttalte Høyesterett:

”Den ankende part synes å anføre at rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven § 5-3 og tinglysingsloven § 23 generelt kan tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt, og det ikke foreligger noen kredittgivning. Som førstvoterende mener jeg at dette ikke kan føre frem. Det klare utgangspunktet er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene”.⁵³

Dette syn er fulgt opp i Rt. 1998.268 (Dorian Grey). Saken gjaldt rettighetene til salgssummen av et båtvrak. For å oppnå rettsvern overfor selgers konkursbo må frivillig stiftet rett være innført i dagboken senest dagen før konkurs, jf. sjøloven § 25. Selv om det forelå fullgod notoritet over den frivillige rettsstiftelse og det ikke var mulighet for kreditorsvik i den aktuelle situasjonen, var det avgjørende for Høyesteretts resultat at retten ikke var innført i dagboken på konkurstidspunktet:

”Spørsmålet blir så om det kan tenkes ulovfestede unntak fra kravet om registrering i sjøloven § 25 første ledd i tilfeller hvor det avtalebaserte erverv langt på vei ivaretar de sentrale hensyn bak registreringskravet, særlig notoritetshensynet og betydningen av å unngå kreditorsvik. Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske grensedragninger. Hensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.”⁵⁴

Endelig kan det nevnes at Høyesterett også i Rt. 2008.586 (Fagutleie), omtalt under pkt. 4.2, understreker behovet for at rettsvernsreglene må forstås og følges etter sin ordlyd.

Reelle hensyn taler for at rettsvernsreglenes gjennomslagskraft skal være lik på tvers av forskjellige rettsområder. Det er ingen reelle hensyn som taler for innskrenkende tolking av tinglysingsloven § 23 i forbindelse med fusjon og fisjon. Snarere tvert i mot ettersom det her er tale om profesjonelle aktører som må antas å ha gode forutsetninger

⁵³ Rt. 1997.1050. Dommens s. 1054-1055

⁵⁴ Rt. 1998.268. Dommens s. 275

og motiver for å sette seg inn i de regler som kan virke inn på de disposisjoner de måtte planlegge, og de eierinteresser de søker å beskytte.

4.8 Hva ligger i uttrykket ”overdragende selskaps kreditorer”?

I Trondheimsveiendommen brukes uttrykket ”overdragende selskaps kreditorer” uten nærmere å angi hva som ligger i denne formuleringen:

”Etter rettens vurdering kan det imidlertid verken ved fisjon eller fusjon innfortolkes et krav om formell hjemmelsoverføring for at det overtakende selskap skal ha rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer.”⁵⁵

Dommen legger til grunn at overtakende selskap, ved overdragelse av fast eiendom gjennom fusjon eller fisjon, ikke trenger å etablere rettsvern i henhold til tinglysingsloven § 23, overfor overdragende selskaps kreditorer. Til støtte for dette synet viser tingretten til juridisk teori som også bruker det samme uttrykket. Om formell overføring av eierposisjoner ved fusjon og fisjon, jf. aksjeloven § 13-17 første ledd sier Andenæs:

”Bestemmelsen synes å forutsette at det må finne sted en formell hjemmelsoverføring til det overtakende selskap før dette igjen kan overføre hjemmelen til tredjemann. Det er formentlig dette som ligger i at det overtakende selskap ’etter alminnelige regler’ kan overføre formelle posisjoner.”⁵⁶

I fortsettelsen sier han:

”Imidlertid er det neppe lovens forutsetning at en formell overføring til det overtakende selskap er nødvendig for å gi dette rettsvern i forhold til det *overdragende selskaps kreditorer m.v.*[min utheving]. Spørsmålet kan melde seg hvis det overdragende selskaps kreditorer krever fortrinnsrett til dekning i eiendeler som er overført fra det overdragende selskap. En slik fortrinnsrett etter at fusjonen er trådt i kraft, gir loven ikke hjemmel for.”⁵⁷

Aksjeloven og allmennaksjelovens kommentarutgave bygger sine uttalelser om samme bestemmelse i stor grad på Andenæs:

”Som fremholdt av *Andenæs* s 453 er det neppe nødvendig med formell hjemmelsoverføring for at det overtakende selskap skal ha rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer mv. Derimot vil det overtakende selskap ha behov for å

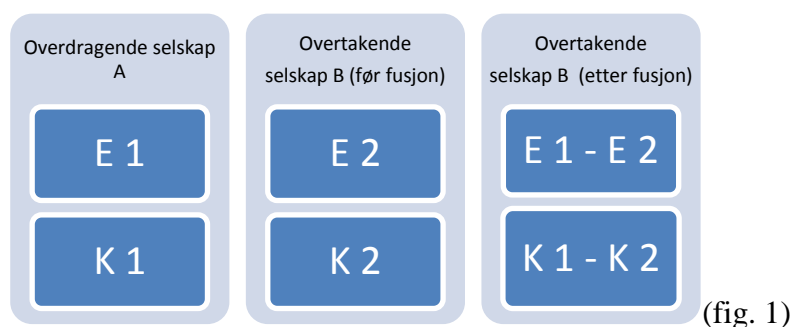
⁵⁵ TOSLO-2010-6909. Dommens s.8.

⁵⁶ Andenæs (2006) s. 601

⁵⁷ Andenæs l.c.

skaffe seg formell hjemmel til eiendeler mv for at det selv skal kunne disponere over dem i forhold til tredjeperson.”⁵⁸

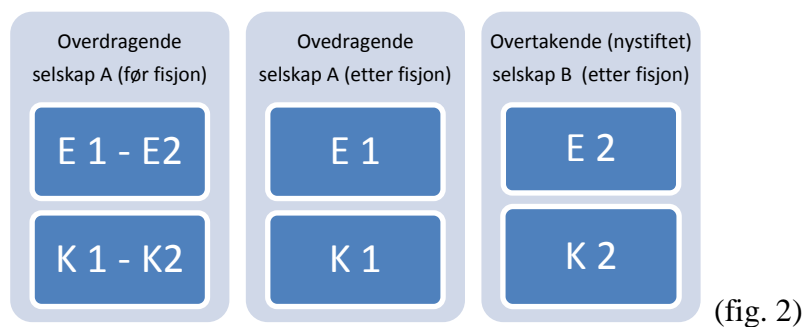
Det skiller her mellom overføring av formelle posisjoner for å kunne disponere rettslig over formuesgodet og for å oppnå rettsvern i forhold til overdragende selskaps kreditorer. Hvordan ”overdragende selskaps kreditorer m.v.” skal forstås er ikke uten videre klart. Sett i sin sammenheng kan det være nærliggende å forstå Andenæs dit hen at han omtaler følgende situasjon:



Selskap A skal fusjoneres inn i selskap B. Før fusjonen har begge selskapene hver sin eiendom (E1 og E2) og hver sine kreditorer (K1 og K2). Når fusjonen er gjennomført er begge eiendommene samlet i selskap B. Kreditor 1 har nå fått ny debitor, selskap B. Det er naturlig å forstå Andenæs og kommentarutgaven dit hen at etter at fusjonen har trådt i kraft kan ikke K1 kreve fortrinnsrett til dekning i E1, uavhengig av om B har overført de formelle eierposisjoner. K1 må for å søke dekning for sine fordringer stille på lik linje med K2. Dette synes umiddelbart også å være en rimelig løsning og i tråd med det kreditorvernet aksjeloven gir.

Ved fusjoner hvor det overdragende selskap ikke skal oppløses kan som nevnt, under pkt. 4.5, uttrykket ”overdragende selskaps kreditorer” få en litt annen betydning. Til illustrasjon:

⁵⁸ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 832



Figuren viser en liknende situasjon som i Trondheimsveiendommen. Spørsmålet er om K 1 i overdragende selskap A (etter fisjon) kan kreve fortrinnsrett til dekning i E 2 som er overført til det nystiftede selskap B, når formell overføring ikke er skjedd. Tingretten har som nevnt besvart dette benektende. Dette innebærer en lik forståelse av uttrykket ”overdragende selskaps kreditorer” som illustrert ved figur 1. Hvis det mellom fisjonstidspunktet og beslagstidspunktet ikke har vært noen endringer på kreditorsiden i overdragende selskap A kan man med rette hevde at dette også er en god regel. Men ikke sjeldent vil det skje endringer på kreditorsiden. Det kan som nevnt også tenkes at det på fisjonstidspunktet ikke var noen kreditorer i det overdragende selskapet. Konsekvent praktisert vil en slik regel i disse tilfeller uansett utelukke beslag i fast eiendom som er overført i forbindelse med fisjonen, uavhengig av om overtakende selskap har sørget for formell overføring av eierposisjonen.

Ytterligere en konfliktsituasjon har vi hvor overdragende selskaps rettsforgjenger går konkurs og overtakende selskap ikke har gjennomført formell overføring av eiendomsretten. I Trondheimsveiendommen hadde ikke det overdragende selskapet (A) hjemmelen til eiendommen, denne ble aldri overført i forbindelse med kjøpet fra den opprinnelige eieren (H). Når A gikk konkurs kunne som nevnt ikke konkursboet ekstingvere eiendomsretten fra overtakende selskap (S). Hva så hvis H hadde gått konkurs? I en slik situasjon ville ikke A hatt rettsvern overfor H sitt konkursbo, hvis eiendommen fortsatt var hos A. Videre er det helt klart at heller ikke S ville hatt rettsvern overfor H sitt konkursbo hvis S hadde gjennomført et ordinært kjøp av eiendommen fra A uten å tinglyse hjemmeloverføringen⁵⁹. Hvorvidt S på grunn av at overføringen er skjedd ved fusjon eller fisjon oppnår rettsvern også over for Hs

⁵⁹ Dette følger av tinglysingsloven § 23, jf. Rt. 2008.586 (gjengitt under pkt. 4.2)

konkursbo, til tross for manglende hjemmelsoverføring, drøftes ikke i Trondheimsveiendommen.

I Norsk lovkommentars nettutgave har Matre kommentert Andenæs sine uttalelser om rettsvern i forhold til overdragende selskaps kreditorer:

”Andenæs s. 601 antar aksjeloven ikke krever formell overføring til det overtakende selskap for å gi dette rettsvern i forhold til det overdragende selskaps kreditorer mv. Spørsmålet må løses med utgangspunkt i rettsvernsreglene for det aktuelle formuesgode. Eksempelvis følger det av gjeldsbrevloven § 29 tredje ledd at det overtakende selskap ikke trenger å utøve rettsvernsakten (underretning til debitorerne) for å få rettsvern for sin rett til de overdratte fordringer.”⁶⁰

Matre legger altså til grunn at rettsvernsakten skal følges, så fremt ikke det er gjort eksplisitt unntak fra dette.

Det er ikke åpenbart at Andenæs og Aarbakke med begrepet ”overdragende selskaps kreditorer” sikter til situasjonen som er beskrevet i figur 2, og situasjonen hvor overdragende selskaps rettsforgjenger går konkurs. Det at de ikke drøfter nærmere hvilken endring i rettsvernsreglene dette ville innebære taler for at de kun uttaler seg om situasjonen hvor overdragende selskap oppløses og kreditorerne, etter å ha fått overtakende selskap som debitor, søker fortrinnsrett til dekning i de overførte formuesgoder (figur 1). Tingretten synes imidlertid å legge et videre meningsinnhold i ”overdragende selskaps kreditorer” enn dette. Uansett kan verken teorien eller tingrettsdommen på dette punkt være avgjørende i spørsmålet om det ved fusjon eller fisjon etableres rettsvern for det overtakende selskap, uten formell overføring av eierposisjonen, i forhold til de situasjoner som her er gjennomgått.

4.9 Nærmere om den formelle overføring av eierposisjoner ved fusjon og fisjon

Aksjeloven skiller mellom reel overføring av eiendeler i § 13-16 første ledd nr 3 og formell overføring i § 13-17 første ledd. De formelle eierposisjonene overføres med andre ord ikke automatisk sammen med de reelle eierposisjonene. I NOU 1992:29 under omtale av aksjeloven § 13-17 første ledd sies det at ”det overtakende selskap kan

⁶⁰ Matre (2010) note 2204

utferdige skjøter, transportere gjeldsbrev m.v. for så vidt angår overdragende selskaps eiendeler. Bestemmelsen er i tråd med praksis under aksjeloven.”⁶¹ Hva angår det reelle eierskiftet skjer dette gjennom universalsuksesjon ved fusjonen: I én operasjon overføres forpliktelser, rettigheter og eiendeler. Men loven hjemler altså ikke formell universalsuksesjon. Dette er vurdert i forarbeidene hvor det stilles spørsmål om ”eiendeler skal kunne overføres samlet rent formelt, eller om formell overføring må skje etter reglene for de enkelte typer eiendeler, f.eks slik at hjemmel til fast eiendom må overføres ved skjøte.”⁶² Enkelte land har ordninger også med formell universalsuksesjon, men ettersom vi ikke har ordninger for dette her i landet ønsket man å benytte det systemet man allerede hadde. Det fremgår med andre ord klart i forarbeidene at meningen er at formell overføring må skje etter reglene for de enkelte typer formuesgoder og for fast eiendom skjer dette gjennom tinglysing av skjøte eller annet dokument som gir uttrykk for et ubetinget eiendomserverv.

Etter tidligere praksis måtte det *overdragende* selskapet, hvis dette hadde grunnbokshjemmelen som eier eller rettighetshaver til en fast eiendom, overføre denne posisjonen til det overtakende selskap ved at ”styret i det overdragende selskap utsteder et dokument som gir uttrykk for et ubetinget eiendomserverv (skjøte) eller rettighetserverv.”⁶³

På den annen side har Justisdepartementet uttalt at det ikke bør stilles krav om formell overskjøting ved fusjon av aksjeselskaper. Dette fremgår av rundskriv G-1990-37, som senere er erstattet av rundskriv G-2005-6: ”Den tinglysingsmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning”.⁶⁴ I stedet for formell overskjøting legger departementet til grunn at det er tilstrekkelig at fusjonen registreres i grunnboken ved notering av bekreftelse på at foretaket er innfusjonert i et annet. Bakgrunnen for dette er i følge departementets oppfatning at det ikke foreligger hjemmelsoverføring ved fusjon foretatt med hjemmel i aksjelovens fusjonsregler. Det presiseres i rundskrivet at ”notering av slik bekreftelse ikke gir grunnlag for å ilegge tinglysingsgebyr.” Videre fremgår av rundskriv G-1990-37 at Finansdepartementet på

⁶¹ NOU 1992:29 s. 206

⁶² NOU 1992:29 s. 197

⁶³ Aarbakke (1987) s. 181

⁶⁴ Meningen med det yngre rundskrivet er å likebehandle fusjoner og fisjoner også i relasjon til den tinglysingsmessige fremgangsmåten. Da G-1990-37 kom var ikke fisjoner lovregulert og man anså ikke at de samme hensyn gjorde seg gjeldene for fisjoner som for fusjoner. Da fisjonsprosessen ble lovregulert i aksjelovene av 1997 var det forutsatt at reglene om fusjon og fisjon skulle være parallelle så langt det er mulig.

bakgrunn av Justisdepartementets vedtak ”har ... bestemt at det ... heller ikke skal kreves dokumentavgift på grunnlag av bekreftelse fra Foretaksregisteret i forbindelse med fusjoner etter aksjelovens kap. 14.”

At det ikke skal anses å foreligge hjemmelsoverføring forklares i G-2005-6 med at fusjoner og fisjoner bygger på selskapsrettslige regler som igjen bygger på kontinuitetsbetraktninger. Det overdragende selskapet anses å fortsette i det overtakende selskapet. Rundskrivet omtales i litteraturen som en presisering av hvordan formelle eierposisjoner skal overføres. I aksjelovens og allmennaksjelovens kommentarutgave står det:

”At formelle posisjoner overføres etter alminnelige regler, innebærer for eksempel at fordringer må overføres ved transport; aksjer må overføres ved melding til selskapet som angitt i § 4-12, jf Augdahl s 396. Tidligere gjaldt dette også for fast eiendom, som derfor måtte overføres ved skjøte. Med grunnlag i Justisdepartementets rundskriv G-37/90 betraktes imidlertid nå en fusjon etter aksjeloven kapittel 13 tinglysningsmessig som en endring av foretaksnavn og ikke som en overføring av eiendomsretten til det (de) overdragende selskap(er)s faste eiendommer. Det er dermed i slike tilfeller tilstrekkelig med en anmerkning i grunnboken av en firmaattest som bekrefter at det overdragende selskap er fusjonert og avregistrert i Foretaksregisteret, se O F Harbek/E Solem: Lov om tinglysing, 9 utg v T Austenå, Oslo 1990 s. 118-119. Tilsvarende må formentlig gjelde ved andre registreringsordninger, som skipsregisteret og verdipapirregisteret.”⁶⁵

Giertsen tar opp det samme temaet og sier følgende om overføring av formelle eierposisjoner:

”For fast eiendom har nyere praksis lagt til grunn at formell overskjøting ikke er påkrevd. Justisdepartementet fremhevet i rundskriv G-37/90 ’at det må være tilstrekkelig at fusjonen registreres i grunnboken ved notering av bekreftelse på at foretaket er innfusjonert i et annet. Slik bekreftelse kan utstedes av Foretaksregisteret ved særskilt henvendelse’. Dette betyr at kontinuitetsprinsippet i en viss grad er slått igjennom m.h.t. den formelle overføringen.”^{66,67}

Både rundskrivet og litteraturen kan forstås slik at det ikke skal anses å foreligge hjemmelsoverføring. Hvis man skal ta dette på ordet og si at det ikke foreligger hjemmelsoverføring taler dette for at enhver form for formell overføring skulle være unødvendig, og at det dermed er oppstilt unntak fra aksjeloven § 13-17 første ledd. Men både rundskrivet og litteraturen sier at det er et krav om notering av bekreftelse på

⁶⁵ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 832

⁶⁶ Giertsen (1999) s. 30 note 22

⁶⁷ Slik også Andenæs (2006) s. 601

gjennomført fusjon eller fisjon i grunnboken, og det er derfor mer naturlig å forstå dette som en presisering av hvordan den formelle overføring skal skje. Begrepsbruken i rundskrivet er således ikke helt konsekvent, men det kan altså vanskelig forstås som et regelrett unntak fra § 13-17 første ledd. Denne forståelsen legger også Matre til grunn i Norsk Lovkommentars nettutgave, hvor han kommenterer Giertsens ovenstående uttalelse om at kontinuitetsprinsippet til en viss grad har slått igjennom med hensyn til den formelle overføring:

”Eksempelet illustrerer imidlertid neppe mer enn at en registreringsteknisk kan velge å gjennomføre den formelle overgang ved å endre rettighetssubjektet tilsvarende som ved firmaendring, fremfor å registrere en overføring mellom overdragende og overtakende selskap. I begge tilfeller utløser fusjonen en formell endring av rettighetssubjekt.”⁶⁸

Rundskrivet må etter dette forstås som en presisering av den tinglysmessige fremgangsmåten ved overføring av eiendommer i forbindelse med fusjon og fisjon. Den praktiske gjennomføringen skjer på tilsvarende måte som ved navneendring, men med den vesentlige forskjellen at det faktisk har skjedd en endring i rettighetssubjektet.

Det er nærliggende å anta at hensikten med rundskrivet har vært å gi fritak for tinglysningsgebyr og dokumentavgift ved transaksjon av fast eiendom i forbindelse med fusjon og fisjon. Dette er i tråd med formålet bak fusjons- og fisjonsreglene om å fjerne hindringer for ellers ønskelige omstruktureringer i næringslivet. Dette harmonerer også med andre avgiftsfritak ved fusjon og fisjon, for eksempel gjelder det kontinuitet for merverdiavgift ved overdragelse av virksomhet jf. merverdiavgiftsloven § 6-14: ”Omsetning av varer og tjenester som ledd i overdragelse av en virksomhet eller deler av denne til en ny innehaver, er fritatt for merverdiavgift.”⁶⁹ I tilknytning til dette uttaler Giertsen at praksis har forutsatt kontinuitet for dokumentavgift.⁷⁰ Også for omregistreringsavgift for kjøretøyer er det i Stortingets årlige vedtak om omregistreringsavgift gitt fritak for avgiften ved fusjon mellom aksjeselskaper, jf. vedtakets § 2 bokstav k.⁷¹

I forskrift om omregistreringsavgift er toll- og avgiftsdirektoratet gitt kompetanse til å gi utfyllende bestemmelser til gjennomføring av forskriften, jf forskriften § 9. I direktoratets

⁶⁸ Matre (2010) note 2204

⁶⁹ For at fritaket skal oppnås må en rekke nærmere angitte betingelser være til stede. Det favner for vidt å komme inn på disse her.

⁷⁰ Giertsen (1999) s. 33. Under henvisning til rundskriv G-1990-37.

⁷¹ Gjengitt i rundskriv nr. 5/2010 Mo

kommentarer punkt 17 presiseres at fritaket kun gjelder ved fusjon: "Fritaket gjeld ikkje delingar av aksjeselskap slik som fisjonar eller "fisjons-fusjonar". I slike høve kan ikkje dei same omsyna som er nemt over gjere seg gjeldande, då begge desse organisasjonsformene tek utgangspunkt i ei oppsplitting og ikkje ei vidareføring av dei opphavlege eigarformene og eignedelane." Dette kan ikke tas til inntekt for at det også skal opereres med et skille mellom fisjon og fusjon når det gjelder dokumentavgiften. Det fremgår klart i rundskrivet at fusjoner og fisjoner skal behandles likt på dette området. Det vil være mer nærliggende at det også ved fisjoner gis fritak for omregistreringsavgiften hvis man skal harmonisere de to relativt like avgiftene.

En naturlig forståelse av rundskriv G-2005-6 er at det forutsettes at det overdragende selskapet selv er hjemmelshaver. Bakgrunnen for rundskrivet må som nevnt være et kontinuitetssynspunkt hva gjelder avgiftsposisjonen til det overdragende selskapet. Hvis dette selskapet selv ikke har hjemmelen til eiendommen som overføres, kan ikke eiendommen avgiftsfritt overføres ved fusjon eller fisjon til et annet selskap.

I Trondheimsveiendommen hadde ikke det overdragende selskapet hjemmel til eiendommen, denne lå hos overdragende selskaps rettsforgjenger. Ettersom fremgangsmåten ved overføringen av formell eierposisjon ved fisjon og fusjon er at det skal innleveres bekreftelse fra foretaksregisteret på at overdragende selskap er innfusjonert (evt. fisjonert) i et annet, ville ikke dette latt seg gjøre i denne saken. Selskapet som hadde hjemmelen til eiendommen var ikke del i fisjonen. Tingretten viste til at det i rundskrivet var sagt at det ved fusjon og fisjon ikke er nødvendig med formell overskjøting, men at det er tilstrekkelig at fusjonen eller fisjonen blir registrert i grunnboken. Ut over dette nevnes ikke at overtakende selskap ikke hadde fått notert slik bekreftelse, men resultatet var som nevnt at overtakende selskap gjennom fisjonen likevel oppnådde rettsvern mot overdragende selskaps kreditorer.

Kort oppsummert er det på bakgrunn av rundskriv G-2005-6, for formell overføring av eierposisjoner til fast eiendom som er overført ved fusjon eller fisjon, tilstrekkelig å notere i Grunnboken en bekreftelse fra Foretaksregisteret på at fusjon eller fisjon er gjennomført. Dette utløser ikke tinglysningsgebyr og dokumentavgift. Rundskrivene tar ikke opp, og bidrar ikke til å løse, spørsmålet om forholdet mellom tinglysningsloven § 23 og aksjelovens regler om fusjon og fisjon. Det kan ikke utledes verken av teksten eller de bakenforliggende hensyn at meningen har vært å gjøre unntak fra rettsvernsbestemmelsen.

4.10 Delkonklusjon

Aksjelovens regler om fusjon og fisjon ivaretar ikke de hensyn som ligger til grunn for tinglysningsloven § 23, og det er vanskelig å utlede klare holdepunkter for at det er ment å gjøre unntak fra bestemmelsen. Særlig det forhold at bestemmelsen er så klar i sin

ordlyd og den måten den har blitt praktisert over lang tid tilsier at hvis det hadde vært meningen å endre rettstilstanden på dette området ville aksjeloven og dens forarbeider gitt en klarere veiledning i denne retning. Etter dette må konklusjonen bli at rettsstiftelser i fast eiendom som skjer i forbindelse med fusjon og fisjon i utgangspunktet rammes av tinglysningsloven § 23.

5 Omfattes fusjoner og fisjoner av avtalebegrepet i tinglysningsloven § 23?

5.1 Utgangspunkt

For at tinglysningsloven § 23 skal komme til anvendelse er det ikke tilstrekkelig at det er stiftet en rett, et ytterligere vilkår er at retten er ”stiftet ved avtale”.⁷² Spørsmålet blir så om fusjoner og fisjoner er disposisjoner som har utspring i avtale.

Fusjon og fisjon innebærer som nevnt en sammenslåing eller deling av selskaper og dette kan skje på flere måter. Ved fusjon kan et selskap tas opp i et annet, såkalt opptaksfusjon, eller flere selskaper kan slås sammen i ett nystiftet selskap, såkalt fusjon ved nystiftelse. Én fisjonsform er at et selskap deles og den utskilte delen tas opp av et annet eksisterende selskap. Sistnevnte omtales ofte som fisjonfusjon, men prosessen reguleres av fisjonsreglene i aksjeloven kapittel 14. Felles for de hittil omtalte fusjons- og fisjonsformene er at det er flere involverte selskaper som må godkjenne fusjons- eller fisjonsplanen.

Proessen som leder frem til fusjons- eller fisjonsvedtak kan i korthet sammenfattes slik: Ved fusjon utarbeider styrene i de fusjonerende selskapene en felles fusjonsplan jf. aksjeloven § 13-3 første ledd, og ved fisjon ved overføring til eksisterende selskap utarbeides fisjonsplan av styrene i de selskapene som skal delta i fisjonen jf. § 14-4

⁷² Det er gjort eksplisitt unntak fra bestemmelsen for de rettsstiftelser som følger av § 21 tredje ledd og § 22. Unntaket i § 21 tredje ledd gjelder ”rettsstiftelse som skjer gjennom forbehold ved avhendelse eller annen eiendomsovergang”. § 22 oppstiller unntak fra tinglysningskravet for visse panteretter, og stiftelse og overdragelse av kortvarige bruksrettigheter. Disse unntakene er ikke relevante for oppgaven og vil derfor ikke bli forfulgt videre her.

andre ledd. Kompetansen til å godkjenne fusjonsplanen ligger som hovedregel hos generalforsamlingene i de fusjonerende selskaper jf. § 13-3 andre ledd. Ved fisjon ved overføring til eksisterende selskap gjelder det samme, jf. § 14-6 første og andre ledd. Avtalen er inngått når alle selskapene har godkjent forslaget.⁷³ Om selve avtaleforholdet ved fusjon og fisjoner med mer enn ett selskap involvert fremgår det i Aksjeloven og allmennaksjelovens kommentarutgave:

”En fusjon [og fisjon hvor flere selskaper er involvert] vil alltid måtte bygge på en fusjonsavtale [evt. fisjonsavtale], og det er denne som bestemmer selskapenes innbyrdes rettigheter og forpliktelser. Partene i en fusjonsavtale er ett (eller flere) overdragende selskaper(er) og et overtakende selskap. [Partene i en fisjonsavtale er et overdragende selskap, og ett (eller flere) overtakende selskap(er).]”⁷⁴

Giertsen legger til grunn en tilsvarende forståelse av avtaleforholdet:

”Det er de deltakende selskapene – overdragende og overtakende selskap – som er parter i en fusjons- eller fisjonsavtale. Avtalens innhold er den godkjente fusjons- eller fisjonsplanen.”⁷⁵

De hittil gjennomgåtte fusjons- og fisjonsformer må etter dette sies å bygge på avtale.

5.2 Spesielt om fisjon ved nystiftelse

Fisjon kan også skje ved deling av et selskap, hvor den utskilte delen av virksomheten skal overføres til ett eller flere nystiftede selskap(er). Endelig kan fisjon innebære at et selskap deles i sin helhet mellom to eller flere nystiftede selskaper. Disse fisjonsformene omtales henholdsvis som fisjon ved nystiftelse og likvidasjonsfisjon⁷⁶. Fisjonsplanen utarbeides ved slike fisjoner av styret i selskapet som skal deles, jf. § 14-4 første ledd, og beslutning om å vedta fisjon treffes av generalforsamlingen i selskapet som skal deles, jf. § 14-6 første ledd. De overtakende selskaper stiftes i anledning fisjonen og kan således ikke være en del av selve fisjonsprosessen. En naturlig forståelse av dette er at fisjoner ved nystiftelse og likvidasjonsfisjoner er ensidige disposisjoner besluttet alene av det overdragende selskaps organer.

⁷³ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 793 ”Fusjonsavtalen anses inngått når fusjonsplanen er forelagt for og godkjent av de deltakende selskapers generalforsamlinger, jf § 13-3 annet ledd.”

⁷⁴ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 781 og 851

⁷⁵ Giertsen (1999) s. 51

⁷⁶ En likvidasjonsfisjon vil kunne involvere et allerede eksisterende overdragende selskap, i så fall vil fisjonen i denne relasjonen bygge på en avtale.

I Trondheimsveiendommen, hvor fisjonen var gjennomført ved nystiftelse, kom tingretten til at tinglysingsloven § 23 ikke var anvendelig. I tillegg til de tidligere gjennomgåtte holdepunkter for dette resultatet var det etter tingrettens mening heller ikke naturlig å si at det foreligger avtale ved slike selskapsrettslige disposisjoner:

”Retten bemerker at fisjonen i dette tilfellet ensidig ble besluttet av generalforsamlingen i Trondheimsveien 139 AS i tråd med bestemmelsen i aksjeloven § 14-6 første ledd. Fisjonen bygger følgelig ikke på noen avtale mellom to eller flere selskaper.”⁷⁷

Til støtte for sitt syn viste tingretten til uttalelser i juridisk teori. I kommentarutgaven til aksjeloven og allmennaksjeloven omtales fisjon ved nystiftelse som en disposisjon som har grunnlag i en ensidig beslutning:

”I motsetning til situasjonen ved fusjon, trenger ikke en fisjon involvere mer enn ett eksisterende selskap – det overdragende selskap (dvs. det selskapet som skal deles). Dette har sammenheng med at det eller de overtakende selskapene kan stiftes i anledning fisjonen, jf. [aksjeloven] § 14-3 annet ledd. I slike tilfeller vil fisjonen ikke bygge på en avtale mellom to eller flere selskaper, men ha sitt grunnlag i en ensidig beslutning av det overdragende selskaps organer.”⁷⁸

I likhet med kommentarutgaven sier også Giertsen at fisjon ved nystiftelse kan skje uten at det ligger noen avtale mellom flere selskaper til grunn for disposisjonen, nettopp fordi beslutningen om fisjon vedtas alene av det overdragende selskaps organer:

”I en fisjon ved nystiftelse kan ett overdragende selskap stifte det overtakende selskapet. Bare ett selskap er i så fall involvert, og dermed foreligger ingen avtale.”⁷⁹

I likhet med en naturlig forståelse av aksjeloven støtter også juridisk teori opp under synspunktet at fisjon, hvor det overdragende selskap stiftes i anledning fisjonen, ikke bygger på en avtale.

Et betimelig spørsmål er om man bør operere med et skille mellom selve fisjonsprosessen og fisjonsavtalen. Det er holdepunkter for at det faktisk opprettes et avtaleforhold også ved fisjon ved nystiftelse. Det fisjonerende selskapets styre utarbeider en fisjonsplan og redegjørelse for denne. På bakgrunn av denne informasjonen skal generalforsamlingen vedta hvorvidt fisjon skal gjennomføres eller ikke. Så langt i fisjonsprosessen er kun det overdragende selskapet involvert. Men i det

⁷⁷ TOSLO-2010-6909. Dommens s. 7

⁷⁸ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s.851

⁷⁹ Giertsen (1999) s. 22 (Tingretten refererer ikke til Giertsen i dommen)

øyeblikket fisjonen vedtas er den umiddelbare virkningen at det overtakende selskapet stiftes, med de rettigheter og forpliktelser dette medfører. Dette følger av aksjeloven § 14-6 første ledd, jf. § 13-3 tredje ledd, jf. § 2-9. Etter § 14-6 gis § 13-3 tredje ledd tilsvarende virkning på fisjon som fusjon. § 13-3 tredje ledd lyder: ”I et overdragende selskap har godkjenningen også virkning som tegning av de aksjene som skal mottas som vederlag fra det overtakende selskapet.” Etter § 2-9 er et selskap å anse som stiftet når alle stifterne har undertegnet stiftelsesdokumentet. Det følger av henvisningen i aksjeloven § 14-4 til § 13-7 at fisjonsplanen må inneholde forslag til stiftelsesdokument for det overtakende selskap. Beslutning om å godkjenne fisjonsplanen i det overdragende selskap vil altså samtidig innebære stiftelse av det overtakende selskap⁸⁰, og tegning av aksjer i dette.

Etter aksjeloven § 14-8, jf. § 13-16 første ledd nr 2. er en av virkningene av at fisjonen registreres at ”overtakende selskap er stiftet”. I følge Andenæs kan denne bestemmelsen ikke tas på ordet. Stiftelsen av overtakende selskap er skjedd i og med vedtakelse av fisjonsplanen, registrering av fisjonen innebærer bare at stiftelsen trer i kraft (blir endelig).⁸¹ Dette må forstås som tilsvarende virkninger som ved registrering av et nystiftet selskap etter kapittel 2.

Det er i det hele en forutsetning for at fisjon skal kunne gjennomføres at det er involvert mer enn ett selskap. Dette ligger i fisjonsbegrepets natur: Ett selskaps rettigheter, eiendeler og forpliktelser skal deles på flere selskaper. Selv om det ved det forberedende arbeidet og ved fisjonsbeslutningen kun er involvert ett selskap, er det fra og med tidspunktet for beslutningen involvert minst ett selskap til. Det er naturlig å anse dette selskapet som avtalepart i fisjonsavtalen, jf. ovennevnte sitat fra aksjelovens kommentarutgave og Giertsen om at fisjonsavtalens innhold er den godkjente fisjonsplanen.

I følge Giertsen og kommentarutgaven er det som nevnt de deltakende selskaper som er part i fusjons- eller fisjonsavtalen. Om forholdet til aksjeeiere og kreditorer sier Giertsen at ”Aksjeeiere, kreditorer og andre som står i et rettsforhold til et av selskapene er kontraktsrettslig å anse som tredjemenn.”⁸² Og videre: ”Kreditorerne og aksjeeierne

⁸⁰ Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 866, og Andenæs (2006) s. 614

⁸¹ Andenæs (2006) s. 599

⁸² Giertsen (1999) s. 51. Tilsvarende i Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave (2004) s. 781

kan bygge rett på avtalen mellom selskapene. Dette er dermed en tredjemannsavtale”.⁸³ På dette punkt skiller aksjetegning ved fusjon og fisjon seg fra aksjetegning ved nystiftelse av et selskap etter alminnelige regler. I normalsituasjonen oppstår det et avtaleforhold mellom aksjetegnerne på den ene siden og stifterne/selskapet på den andre siden. Tegnerne plikter å yte innskudd og tegnerne/selskapet plikter å utstede aksjer.⁸⁴

De rettighetene aksjonærene og kreditorene har etter fusjons- eller fisjonsavtalen er juridisk bindende for selskapene, det er ikke bare en uforpliktende fordel som avtalepartene (selskapene) kan omgjøre ved å endre avtalen seg i mellom. Disse tredjemannsrettighetene må også oppstå ved fisjon ved nystiftelse. Overfor det overdragende selskapet har det overtakende selskapet krav på innskudd i henhold til fisjonsavtalen, og aksjonærene i det overdragende selskapet har krav på vederlagsaksjer utstedt fra det overtakende selskapet. Til tross for at fisjonsbeslutningen fattes ensidig av generalforsamlingen i det overdragende selskapet er den umiddelbare konsekvensen av beslutningen at man er i en situasjon som har svært mye til felles med de øvrige fusjons- og fisjonsformene.

Etter ovenstående gjennomgang er det sterke holdepunkter for å si at fisjon ved nystiftelse skal anses å ha sitt utspring i en ensidig disposisjon. Ved å operere med et skille ved tidspunktet for fisjonsbeslutningen er det fortsatt riktig å si at det til grunn for fisjonsbeslutningen ikke ligger noen avtale. Men de dokumenter som danner grunnlaget for beslutningen, er de samme dokumenter som regulerer gjennomføringen av selve fisjonen. Herfra utledes rettigheter og forpliktelser for de involverte rettssubjekter. På bakgrunn av dette kan det også være naturlig å si at fisjon ved nystiftelse reguleres av en avtale, til tross for at beslutningen som ligger til grunn for avtalen er foretatt av ett selskaps generalforsamling.

⁸³ Giertsen (1999) s. 55

⁸⁴ Aarbakke (1989) s. 335

5.3 Hva ligger i ordet "avtale" i tinglysingsloven § 23?

Det kan stilles spørsmål om det faktisk er et krav etter tinglysingsloven § 23 at det til grunn for rettsstiftelsen foreligger en avtale i tradisjonell forståelse av ordet, eller om "avtale" kan ha et videre meningsinnhold her enn hva man til vanlig legger i ordet.

Tinglysingsloven inneholder ingen definisjon av dens avtalebegrep. En naturlig språklig forståelse av "avtale" er at minst to parter frivillig kommer til enighet om noe som for begge stifter rettigheter og/eller forpliktelser. Dette i motsetning til en rett stiftet ved en ensidig disposisjon, for eksempel et gaveløfte. Lovens forarbeider gir heller ingen klar definisjon av lovens avtalebegrep, men i omtale av rettsvernets inntog i tinglysningens historie sies det:

"Lovboken [N.L. 5-3-39] foreskriver tinglysning for de viktigste rettsstiftelser som grunner sig på avtale (frivillige rettsstiftelser) og krever tinglysning for at slike rettsstiftelser skal få rettsvern mot andre frivillige rettsstiftelser og mot 'innførsler' (tvungne rettsstiftelser)."⁸⁵

Avtale omtales, eller eksemplifiseres, her som frivillig rettsstiftelse, men det er vanskelig å utlede noe sikkert om hva som er ment. Tinglysingsloven skiller mellom forskjellige stiftelsesgrunnlag for rettigheter i fast eiendom. Det går et grunnleggende skille mellom de frivillige rettsstiftelser og de tvungne og lovbestemte rettsstiftelser. Eksempler på tvungne rettsstiftelser er utlegg og ekspropriasjon. Lovbestemte rettsstiftelser, jf. § 21 andre ledd, er for eksempel forkjøpsrett, odelsrett eller rettigheter stiftet gjennom reglene om husmorsameie. Bestemmelsen fritar også rettserver ved hevd fra tinglysning. Felles for de lovbestemte og tvungne rettsstiftelser er at de oppnår rettsvern i konkurs uten tinglysning. Riktignok må en del av disse erverv tinglyses for å være beskyttet mot godtroende tredjemann, men det skyldes hensynet til denne. Ervervene har nødvendig notoritet uten tinglysning og faren for kreditorsvik er liten.⁸⁶

Andenæs hevder at "Andre ervervsmåter enn avtale står seg som hovedregel overfor avhenderens konkurs uten tinglysning. Prinsippet gjelder således for lovbestemte rettigheter og hevdserverv."⁸⁷ Isolert sett kan dette forstås dit hen at han mener at § 23 må forstås etter sin ordlyd og at ensidige disposisjoner faller utenfor bestemmelsens

⁸⁵ Ot.prp.nr.9 (1935-1936) s. 2

⁸⁶ Brækus (1964) s. 517

⁸⁷ Andenæs (2009) s. 253

anvendelsesområde. I Trondheimsveiendommen ble nevnte sitat tatt til inntekt for denne forståelsen⁸⁸. Tingretten viste også til Rt. 2008.586 hvor det om § 23 uttales:

”Når det ses bort fra de lovbestemte unntak, fastslår § 23 første ledd første punktum generelt at avtalebestemte rettigheter må tinglyses senest dagen før åpning av konkurs for å kunne gjøres gjeldende ved konkurs.”⁸⁹

Sett i sin sammenheng er det imidlertid ikke åpenbart at verken Andenæs eller Høyesterett her uttaler seg om hva som ligger i ”avtale” i § 23s betydning. Uttalelsene er begge steder hentet fra en mer generell behandling av § 23, ikke fra en konkret behandling av hvorvidt bestemmelsen rammer enhver frivillig disposisjon eller kun disposisjoner som bygger på avtale.

Lovgiver har i nyere lovgivning som angir rettsvernsakten for andre realregistrerbare formuesgoder enn fast eiendom brukt uttrykket ”frivillig stiftet rett”. Dette gjelder blant annet sjøloven § 25 og luftfartsloven § 3-31 som begge innledningsvis lyder: ”For at en frivillig stiftet rett skal ha rettsvern i konkurs...”⁹⁰. Reglene er utformet etter mønster av tinglysingsloven og ”frivillig stiftet rett” svarer til uttrykket ”rett som er stiftet ved avtale” i tinglysingsloven § 23.⁹¹ Den samme forståelsen av uttrykket er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1998.268:

”Det er på det rene at ervervet ikke ble dagbokført før konkursåpningen, slik sjøloven § 25 første ledd krever for å oppnå rettsvern. Ankemotparten har anført at det her dreier seg om en ervervstype som ikke omfattes av uttrykket ”frivillig stiftet rett” i denne bestemmelsen. Nevnte uttrykk svarer til uttrykket ”stiftet ved avtale” i tinglysingsloven § 23, jf Innstilling VI fra Sjølovskomiteén side 59 under omtale av utkastets § 24. Assurandørens erverv av vraket er hjemlet i Planen § 102 første ledd. Jeg finner det ikke tvilsomt at Norsk Sjøforsikringsplan er å anse som en avtale i sjølovens forstand...”⁹²

Om tinglysingsloven § 23 hevder Fleischer at selv om loven benytter uttrykket ”stiftet ved avtale” så omfatter paragrafen ”... selvsagt også overdragelser debitor har foretatt før konkursen”.⁹³ Dette utdypes ikke ytterligere i artikkelen, men kan naturlig forstås som enhver frivillig disposisjon debitor har foretatt.

⁸⁸ Dommens side 7 og 8

⁸⁹ Rt. 2008.586. Dommens premiss nr. 32

⁹⁰ Også burettslagslova § 6-11 bruker tilsvarende begrep ”For at ein rett som byggjer på frivillig disposisjon...”.

⁹¹ Andenæs (2009) s. 269

⁹² Rt. 1998.268. Dommens s. 274

⁹³ Fleischer (1968) s. 298

At lovgiver ved utforming av nye, mer moderne lover, hvor de bygger på innarbeidet eldre rett, konsekvent bruker et annet uttrykk for de samme typetilfeller som lovene skal regulere, taler for at samme forståelse skal legges til grunn også i den eldre lov. Dette underbygges som vist også av rettspraksis og juridisk teori.

I NOU 1982:17 Ny tinglysingslov, som riktignok ikke har ført til vedtagelse av noen ny lov, brukes ikke uttrykket ”rett som er stiftet ved avtale”. Forslaget til den nye bestemmelsen om rettsvern i konkurs lyder: ”For at en frivillig stiftet rett skal ha rettsvern i konkurs, må retten være dagbokført senest dagen før konkursåpningen”.⁹⁴ Frivillig stiftet rett er ikke bare benyttet i selve forslaget til ny tinglysingslov, men brukes også av utvalget når det uttaler seg om den gjeldende tinglysingslovens § 23: ”Gjeldende lovs § 23 bestemmer imidlertid at den frivillige rettsstiftelse må være dagbokført senest dagen før konkursåpningen”.⁹⁵ Om forslaget til den nye bestemmelsen sier utvalget at den stort sett er samsvarende med den eksisterende § 23.⁹⁶ Hadde meningen vært å endre hvilke disposisjoner som fordrer rettsvern ved tinglysing er det nærliggende å anta at dette hadde fått en inngående drøftelse i utredningen, men utvalgets behandling av rettsvern overfor konkurs gir inntrykk av at rettstilstanden for det vesentligste skulle videreføres.

Det er i relasjon til rettsvernsspørsmålet uheldig, og neppe tiltenkt, å operere med et skille på hvorvidt det anses å ligge til grunn en avtale i ordets tradisjonelle betydning eller en frivillig stiftet rett. Ordlyden er riktignok klar og taler for at det faktisk må foreligge en avtale mellom flere parter. Men med tanke på hensynene som tinglysingsloven § 23 bygger på er det vel så stor grunn å la bestemmelsen gjelde ved alle frivillig stiftede rettigheter som ved rettigheter stiftet ved avtale. Hensynet til lik behandling av like tilfeller taler også for dette. Etter dette og ovenstående drøftelser må konklusjonen bli at avtalebegrepet i § 23 innholdsmessig svarer til uttrykket ”frivillig stiftet rett” slik det fremkommer i nyere lovgivning.

⁹⁴ NOU 1982:17 side 193

⁹⁵ NOU 1982:17 side 152

⁹⁶ NOU 1982:17 side 152

5.4 Sammenfatning og konklusjon

Det er klart at de fleste fusjoner og fisjoner bygger på avtale, og det er mye som taler for at fisjon ved nystiftelse også gjør det. Uansett vil fusjoner og fisjoner omfattes av tinglysingsloven § 23 ettersom enhver fusjon eller fisjon er en disposisjon basert på frivillighet.

Sett i sammenheng med konklusjonen under pkt. 4.10 vil fast eiendom som er overført ved fusjon eller fisjon kunne være gjenstand for kreditorekstinksjon når formell overføring⁹⁷ ikke har funnet sted.

⁹⁷ Enten tinglysing av hjemmeloverføringen eller notering i Grunnboken av bekreftelse fra Foretaksregisteret på at fusjon eller fisjon er gjennomført.

6 Kilderegister

6.1 Lover

- 1935 Lov om tinglysing (tinglysingsloven) av 7.juni 1935 nr. 2
- 1975 Lov om dokumentavgift (dokumentavgiftsloven) av 12.desember 1975 nr. 59
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8.juni 1984 nr. 58
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8.juni 1984 nr. 59
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26.juni 1992 nr. 86
- 1993 Lov om luftfart (luftfartsloven) av 11.juni 1993 nr. 101
- 1994 Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24.juni 1994 nr. 39
- 1997 Lov om eierseksjoner (eierseksjonsloven) av 23.mai 1997 nr. 31
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13.juni 1997 nr. 44
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13.juni 1997 nr. 45
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.mars 1999 nr. 14
- 2003 Lov om burettslag (burettslagslova) av 6.juni 2006 nr. 39
- 2009 Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) av 19.juni 2009 nr. 58

6.2 Forarbeider

- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs (Lovdata)
- NOU 1982:17 Ny tinglysingslov (Lovdata)
- NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper (Lovdata)
- Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) Om lov om tinglysing
- Ot.prp.nr.19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper (Lovdata)
- Innst. O. XIII (1935) Innstilling fra justiskomiteen til lov om tinglysning (Gyldendal rettsdata)

6.3 Domsregister

- Rt. 1922.436
- Rt. 1994.1447 (Huseby-Flatås)
- Rt. 1995.1122
- Rt. 1997.1050 (Momentum)
- Rt. 1997.1698
- Rt. 1998.268 (Dorian Grey)
- Rt. 1999.247 (Bygg og Trelast)
- Rt. 2008.586 (Fagutleie)
- RG. 2008.1335 (Gulating Lagmannsrett))
- TOSLO-2010-6909 (Trondheimsveiendommen)
- Follo tingretts dom av 14.desember 2009 (Wistex/SMS Fabrikken) (upublisert)

6.4 Rundskriv

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

G-1990-37 (Uten tittel)

5/2010 Mo Omregistreringsavgift 2010. Hentet fra:

(http://www.toll.no/templates_TAD/Article.aspx?id=120587&epslanguage=no)

6.5 Uttalelser

JDLOV-1989-2996 Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2006-1551 Justisdepartementets lovavdeling

6.6 Litteraturliste

Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentartutgave. Magnus Aarbakke ... [et al.] 2.utg. Oslo 2004

Andenæs, Mads Henry. Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper. 2. utg. Oslo 2006

Andenæs, Mads Henry. Konkurs. 3. utg. Oslo 2009.

Augdahl, Per. Aksjeselskapet etter norsk rett. 2. utg. Oslo 1946 (siteret fra Giertsen (1999) s. 28 note 13)

Brækhus, Sjur og Axel Hærem. Norsk Tingsrett. Oslo 1964.

Brækhus, Sjur. Gjelder tinglysingslovens § 23 for rettserverv fastslått i dom eller ved rettsforlik? I: Lov og Rett 1967, s. 116 (Lovdata)

Brækhus, Sjur. Omsetning og kreditt 3 og 4. Oslo 1998

Falkanger, Thor. Kreditorstinksjon og juridiske trosartikler. I: - den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm 70 år. Oslo, 1990. (Lovdata)

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. Tingsrett. 6.utg. Oslo 2007

Fleischer, Carl August. Tinglysning. I: Jussens Venner. 1968, s. 269 (Lovdata)

Giertsen, Johan. Fusjon og Fisjon. Bergen 1999.

Høgetveit, Borgar Berg og Stein Bråthen-Otterbech. Tinglysing. Oslo 2009

Matre, Hugo P. Kommentar til aksjeloven. I: Norsk lovkommentars nettversjon. [Siteret 6. juni 2010]

Røsæg, Erik. Fire kjetteriske tanker om kreditorstinksjon av avtaler om fast eiendom. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år. Oslo, 2010, s. 253-265

Skoghøy, Jens Edvin A. Panteloven 2.utg. Oslo 2003

Aarbakke, Magnus. Aksjetegning. Ugyldighet, mislighold og ansvar. I: TFR 1989, s. 333 (Lovdata)

Aarbakke, Magnus. Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål. I Jussens Venner. 1987, s. 153 (Lovdata)