



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Hjemmelselskaper og rettsvern

Om etablering av rettsvern mot kreditorbeslag uten at det foretas alminnelig overskjøting av fast eiendom

—

Herman Haug Stieng

Liten masteroppgave i rettsvitenskap 15. desember 2017



INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	NÆRMERE OM HJEMMELSSKAPSSTRUKTUREN	2
1.2.1	<i>Hvorfor oppstod bruken av hjemmelsselskaper?</i>	2
1.2.2	<i>Innføringen av fritaksmetoden</i>	4
1.2.3	<i>Hjemmelsselskapenes aktualitet i dag</i>	5
1.3	METODISKE UTFORDRINGER.....	5
1.4	PLAN FOR VIDERE FREMSTILLING	8
2	RETTSVERNSREGLENE FOR FAST EIENDOM	8
2.1	FORHOLDET MELLOM HJEMMELSHAVER OG REELL EIER.....	8
2.2	KREDITORENES BESLAGSRETT	10
2.2.1	<i>Noen utgangspunkter</i>	10
2.2.2	<i>Dekningsloven § 2-2</i>	11
2.3	RETTSVERNSREGLENE	13
2.3.1	<i>Legislative hensyn</i>	13
2.3.2	<i>Tinglysingslovens bestemmelser</i>	15
2.4	REGLENE OM DOKUMENTAVGIFT	16
3	NÆRMERE OM KREDITORENES BESLAGSRETT VED KJØP AV HJEMMELSSKAP	17
3.1	PROBLEMSTILLING	17
3.2	Rt. 1999 s. 247.....	18
3.2.1	<i>Sakens bakgrunn</i>	18
3.2.2	<i>Sakens rettslige side</i>	19
3.2.3	<i>Avgjørelsens betydning for hjemmelsselskapene</i>	20
3.3	Rt. 2008 s. 586.....	20
3.3.1	<i>Sakens bakgrunn</i>	20
3.3.2	<i>Sakens rettslige side</i>	21
3.3.3	<i>Avgjørelsens betydning for hjemmelsselskapene</i>	22
4	KREDITORENES BESLAGSRETT VED FUSJON	24
4.1	NOEN UTGANGSPUNKTER	24
4.2	REGLENE OM FUSJON.....	25
4.2.1	<i>Hva er en fusjon?</i>	25
4.2.2	<i>Nærmere om overføringen av formelle posisjoner</i>	27
4.3	FORHOLDET MELLOM FUSJON OG RETTSVERNSREGLENE.....	28
4.3.1	<i>Noen utgangspunkter</i>	28
4.3.2	<i>HR-2017-33-A</i>	29
4.3.3	<i>Nærmere om kontinuitetsprinsippet</i>	32
4.3.4	<i>Vurdering</i>	37
4.4	GIR FUSJON AV HJEMMELSSKAP OG EIENDOMSSKAP RETTSVERN VED KONKURS ELLER UTLEGG?	38
4.4.1	<i>Nærmere om problemstillingen</i>	38
4.4.2	<i>Hjemmelsselskapet er overdragende selskap</i>	38
4.4.3	<i>Hjemmelsselskapet er overtakende selskap</i>	44
5	KILDEREGISTER	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen omhandler risikoen for manglende rettsvern ved overdragelse av fast eiendom der hjemmelen til eiendommen ligger i et hjemmelsselskap. Videre skal avhandlingen behandle muligheten for å etablere rettsvern mot kreditorbeslag i slike situasjoner, uten at det foretas alminnelig overskjøting. Problemstillingen omfatter også fusjon av selskapet som eier eiendommen og hjemmelsselskapet.

Den norske tinglysingsordningen åpner for at den reelle eieren av en fast eiendom ikke nødvendigvis står oppført som eier i grunnboka.¹ Det er frivillig å tinglyse hjemmelsoverføring, og det er mange eksempler på at tinglysing har blitt unnlatt for å spare dokumentavgift.² Man har i stedet valgt ulike andre arrangementer for å oppnå beskyttelse mot beslag fra tidligere eieres enkelte kreditorer eller konkursbo. Et eksempel på slikt arrangement er bruk av hjemmelsselskaper. Ved flere anledninger har aktørenes alternative forsøk på å sikre seg mot kreditorekstinksjon resultert i domstolsbehandling. Senest i januar 2017 avsa Høyesterett dom (HR-2017-33-A) i en sak hvor den ene parten bevisst hadde unnlatt å sørge for tinglysing av sine erverv. Det var ikke tvilsomt at unnlattelsen skjedde for å spare dokumentavgift.

Fremveksten av selskaper som eiere av fast eiendom, har medført at selskapsrettslige institutter som fusjon og fisjon stadig får større betydning for rettsspørsmål av tradisjonelt tingsrettslig karakter. I HR-2017-33-A var et sentralt spørsmål for Høyesterett om overføring av fast eiendom ved selskapsrettslig fisjon omfattes av tinglysingsloven § 23.³ For å unngå dragsuget av en konkurs, stiller tinglysingsloven § 23 nemlig krav om at den som erverver fast eiendom ”ved avtale”, må registrere sin rett i grunnboken senest dagen før konkursåpningen. Den som ikke tinglyser, risikerer å få sin eiendomsrett ekstingvert av konkursboet. Regelen er forankret i hensynet til å unngå kreditorsvik.⁴

¹ For en inngående fremstilling av tinglysingsordningen og andre registreringsordninger, se Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2012 s. 569 flg.

² Se nærmere om dokumentavgiften i punkt 2.4.

³ Lov 7. juni 1935 om tinglysing (tinglysingsloven eller tingl.).

⁴ De sentrale hensyn bak rettsvernsreglene behandles i punkt 2.3.1.

Når fast eiendom eller grunnbokshjemmelen til fast eiendom overføres til et nytt selskap som følge av selskapsrettslige omorganiseringer, kan det imidlertid tenkes at andre hensyn må tas i betraktning. Dette viser seg eksempelvis i særreglene om beregning av dokumentavgift ved slike overføringer. I Justisdepartementets rundskriv G-06/2005 er det lagt til grunn at fusjoner og fisjoner blir gjennomført på grunnlag av selskapsrettslige regler som bygger på kontinuitetsbetraktninger.⁵ På denne bakgrunn skal det ikke betales dokumentavgift der fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon eller fisjon. Kontinuitetsprinsippets rekkevidde og hvilken betydning det har for kreditorenes rett til å ta beslag i eiendom, blir tematisert i avhandlingens del 4 nedenfor.

Oppgavens tema kan plasseres rettslig i krysningen mellom tingsrett og selskapsrett. Sentralt står særlig forholdet mellom kreditorenes beslagsrett, rettsvernsreglene, selskapsrettslige omorganiseringer (fusjon og fisjon) og reglene om dokumentavgift. Jeg har inntrykk av at det kan være utfordrende å navigere i det foreliggende rettskildebildet. Avhandlingen tar derfor sikte på å gi et helhetlig bilde av sammenhengene mellom de ulike regelsettene. I bunn ligger en balansering av etablerte rettsvernshensyn og prinsipielle kontinuitetsbetraktninger i selskapsretten. Høyesterett berørte flere spørsmål i denne kategorien i HR-2017-33-A, men det er likevel grunn til å tro at det er behov for nærmere avklaringer. Spørsmålet om en fusjon av hjemmelsselskap og eiendomsselskap gir overtakende selskap rettsvern mot kreditorbeslag, har så vidt jeg vet ikke vært oppe for domstolene.⁶

1.2 Nærmere om hjemmelsselskapsstrukturen

1.2.1 Hvorfor oppstod bruken av hjemmelsselskaper?

Eierskap til næringseiendom skifter struktur i takt med innholdet av de rettsregler som regulerer de ulike sidene av eiendomsoverdragelser og eierskapet som sådan. Transaksjonene

⁵ Justisdepartementets rundskriv G-06/2005 av 21. juni 2005, ”Den tinglysmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning” (rundskriv G-06/2005).

⁶ Temaet er tidligere behandlet i juridisk litteratur i Erik Langseth, ”Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?”, *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2014, s. 83-91 og delvis av Hans Fredrik Marthinussen, ”«Forusstranda»: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshverd og formuerettslige metodespørsmål”, *Jussens Venner* vol 52, 2017, s. 67-97 (Forusstranda), samt av Stig Berge og Reidar Myhre, ”Konkursboets beslagsrett ved fisjon”, *Revisjon og regnskap*, 2. Utgave, 2017, s. 25-34.

er sjeldent helt like, og det finnes derfor ingen bestemt fremgangsmåte ved valg av gjennomføringsmetode. Aktørene må foreta ulike konsekvensvurderinger innenfor regelverkets rammer med sikte på å finne en løsning i det konkrete tilfellet. I det følgende gis en gjennomgang av bakgrunnen for den såkalte *hjemmelsselskapsstrukturen*.

Skattemessige implikasjoner har tradisjonelt vært en sterk drivkraft for struktureringen av eierskap til næringseiendom. Konsekvensene kan være ulike for kjøper og selger, men alle aktørene må forholde seg til de enhver tid gjeldende regler for beskatning og skattesatser. Normalt går det et skille mellom overdragelser som utløser umiddelbar beskatning, og overdragelser hvor beskatning ikke utløses. I praksis har man ofte stått overfor to ulike transaksjonsformer: Enten direkte overdragelse av eiendommen fra et aksjeselskap til et annet (innmatssalg), eller ved overdragelse av aksjer i selskapet som eier eiendommen.⁷

Utgangspunktet er at enhver fordel vunnet ved realisasjon av formuesobjekter i en virksomhet anses som skattepliktig inntekt, jf. skatteloven §§ 5-30 og 5-1.⁸ Med realisasjon siktes det her til overføring av eiendomsrett mot vederlag, jf. sktl. § 9-2 første ledd. Frem til innføringen av *fritaksmetoden* som del av skattereformen fra 2004-2006, gjaldt en tilsvarende regel ubetinget for realisasjon av aksjer, jf. skatteloven § 10-31 første ledd.⁹ For selger var det derfor ikke av noen avgjørende betydning om eiendommen ble overdratt ved innmatssalg eller som resultat av aksjesalg – begge alternativer innebar en skattepliktig gevinst.¹⁰

For kjøper kunne valget av transaksjonsform imidlertid få stor betydning. Ved kjøp av alle aksjene i et selskap, overtok han alle selskapets eiendeler med eksisterende bokførte og skattemessige verdier, og gikk således glipp av retten til å avskrive eiendommen basert på virkelig verdi.¹¹ Ved kjøp av innmat fikk kjøper derimot fastsatt nye skatteposisjoner ut fra den nye inngangsverdien på eiendommen i selskapets balanse.¹² Han fikk derfor en

⁷ Jf. tilsvarende fremstilling i Frederik Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, 5. utgave, Oslo 2010 s. 652-666 (Zimmer mfl.).

⁸ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven eller sktl.).

⁹ Se Skattedirektoratets melding nr. 4/06, 13 mars 2006.

¹⁰ Skatteyteren tilkjennes fradragsrett for tap ved realisasjon, jf. hhv. skatteloven §§ 9-4 og 10-31 andre ledd. Dette gjelder likevel ikke for selskapsaksjonærer etter fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd, se pkt. 1.2.2 nedenfor.

¹¹ Eiendommens virkelige verdi er normalt sett vesentlig større enn nedskrevet skattemessig verdi.

¹² Se Zimmer mfl. (2010), s. 656-657.

skattemessig fordel som følge av et bedre avskrivningsgrunnlag.¹³ Ulempen for kjøper var imidlertid at overskjøting av eiendommen utløste dokumentavgift.

Næringsaktørene så derfor muligheten til å strukturere eierskapet på følgende måte: Man kjøpte en næringsseiendom ved innmatssalg uten å tinglyse overdragelsen. Deretter kjøpte man alle aksjene i det ”tomme” selskapet, slik at man fikk kontroll på grunnbokshjemmelen og samtidig sparte dokumentavgift for tinglysing. På denne måten kunne man selge eiendom mellom selskaper, uten å tinglyse, og samtidig overføre aksjene i det tomme selskapet – *hjemmelsselskapet* – for å gi ny kjøper kontroll på grunnbokshjemmelen.¹⁴ I lys av Rt. 1999 s. 247 anså man risikoen for kreditorbeslag ved denne metoden som minimal.¹⁵

1.2.2 Innføringen av fritaksmetoden

Fritaksmetoden ble innført ved lov 10. desember 2004 nr. 77 om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv. Regelen kommer til uttrykk i skatteloven § 2-38 og innebærer at nærmere bestemte skatteyttere, blant annet selskapsaksjonærer, er fritatt for beskatning av gevinst og utbytte på aksjer.¹⁶ Tilsvarende har selskapet ikke fradragsrett for tap på slike investeringer. Formålet med fritaksmetoden er å forebygge kjedebeskatning av selskapsoverskudd.¹⁷

Fritaksmetoden endret incentivet for separat overdragelse av eiendom og tilhørende hjemmelsselskap. For å utnytte skattefritaksregelen, tilpasset man eierstrukturene på selgersiden slik at aksjene i eiendomsselskapet ble eid av såkalte holdingselskaper. Eiendommen ble deretter overdratt til kjøper ved salg av aksjene. Når eiendommen og grunnbokshjemmelen ble værende i samme selskap, var det heller ikke behov for tinglysing

¹³ Gjeldende (og dagjeldende) avskrivningssatser for fast eiendom er inntil 2 prosent for forretningseiendom, inntil 4 prosent for bygg/anlegg og hoteller mv. og inntil 10 prosent for tekniske installasjoner, jf. hhv. skatteloven § 14-43 første ledd bokstav i, h og j.

¹⁴ Med ”kontroll” menes i denne sammenheng *økonomisk kontroll*. Kjøperen kunne fullt ut kontrollere hjemmelsselskapets økonomiske forhold og på denne måten sørge for at selskapet ikke gikk konkurs.

¹⁵ Dommen blir nærmere omtalt i punkt 3.2.

¹⁶ Se paragrafens første ledd bokstav a.

¹⁷ Jf. Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 6. utgave, Oslo 2009 s. 304.

av overdragelsen.¹⁸ Etter aksjeloven § 4-13 andre ledd er melding til selskapet tilstrekkelig for å etablere rettsvern for kjøp av aksjeandeler.¹⁹ Ved beregning av kjøpesummen for aksjene i selgerens eiendomsselskap, ble det normalt gitt en skatterabatt som kompensasjon for tapte fremtidige avskrivninger på eiendommen.

1.2.3 Hjemmelsselskapenes aktualitet i dag

De færreste ser nok fordeler ved å etablere et hjemmelsselskap i dag. Etter innføringen av fritaksmetoden og en klar rettesnor fra Høyesterett, har andre eierskapsstrukturer overtatt. Mange sitter likevel på hjemmelsselskapsstrukturer fra tidligere. Det vil medføre betydelige kostnader å foreta avgiftspliktige overføringer av eiendommene for alle som tidligere innrettet seg på en ”risikofri” investering. I tillegg kommer at mange som sitter på hjemmelsselskap i dag, mest sannsynlig ikke er kjent med den risikoen de faktisk tar.

Problematikken rundt bruk av hjemmelsselskaper er altså primært aktuell for de allerede etablerte strukturene. Det er viktig å belyse den rettslige risikoen som hjemmelsselskapsstrukturer medfører. Samtidig er det interessant å analysere de grep som i dag blir foretatt for å redusere risikoen. Hjemmelsselskapene befinner seg midt i skjæringspunktet mellom de kryssende regelsettene som ble nevnt i punkt 1.1. ovenfor. Ved fusjon av et hjemmelsselskap, vil det oppstå spørsmål om rettsvern, kontinuitet og dokumentavgift.

1.3 Metodiske utfordringer

Faget dynamisk tingsrett omtales undertiden som reglene om tredjemannsvern.²⁰ I motsetning til ordinære topartsforhold, hvor avtalepartene foretar en kontrollert overføring av ytelse mot ytelse i henhold til avtalen, kjennetegnes tredjemannskonflikter av at to eller flere

¹⁸ Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 s. 586 ble kjøp av hjemmelsselskaper også alminnelig forbundet med høyere risiko for kreditorbeslag enn man tidligere antok. Mer om dommen i punkt 3.3 nedenfor.

¹⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven eller asl.).

²⁰ Se for eksempel Falkanger og Falkanger (2012), s. 549 og Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene – om formuesrettslige argumentasjonsmønstre*, Bergen 2016 s. 43 (”Tredjemannsproblemene”).

”konkurrerer” om rettigheter i ett og samme formuesgode. Slike konflikter oppstår ofte fordi et rettssubjekt har disponert over et formuesgode utover den rett han eller hun selv har. Det kan trekkes et hovedskille mellom tilfeller hvor retten er begrenset på grunn av forholdet til rettsforgjengeren og tilfeller hvor retten har blitt disponert til fordel for flere, eksempelvis ved et dobbeltsalg. Utgangspunktet er for begge forekomster at ingen kan overføre større rett enn han selv har.²¹ Hvilke regler som kommer til anvendelse, beror både på konflikttypen og hvilke parter som er involvert. Denne avhandlingen begrenser seg til tilfeller hvor minst en av partene er *kreditor*.²²

Ved fastlegging av innholdet i en avtale mellom to parter, har domstolene tradisjonelt lagt partenes felles forståelse for avtalens innhold til grunn så langt denne lar seg konstatere.²³ Dette gir rom for balanserte løsninger på uforutsette problemstillinger som en objektiv og tekstlojal tolkning av avtalen ikke åpner for.²⁴ I tillegg gir avtaleloven § 36 domstolene adgang til å revidere avtalen dersom det ville være urimelig å gjøre den gjeldende.²⁵

Domstolene har imidlertid lagt seg på en langt mer restriktiv linje når det gjelder tolking av rettsvernsregler. I Rt. 1997 s. 1050 uttalte Høyesterett:

”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.”

Høyesterett har fulgt opp og presisert dette standpunktet ved flere anledninger.²⁶ De liberale tolkningsprinsippene i avtaleretten erstattes av firkantede regler uten rom for skjønn eller konkrete vurderinger. Som begrunnelse fremhever Høyesterett hensynet til å unngå

²¹ Prinsippet kommer til uttrykk i lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova) § 25, men er ansett å være et grunnleggende prinsipp for overføring av rettigheter i alle formuesgoder.

²² Kreditor er en betegnelse på innehaveren av et formuerettslig krav, for eksempel et pengekrav eller en nærmere bestemt ytelse (varer, el.). Undertiden benyttes uttrykket *fordringshaver*, se for eksempel Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, 2. utgave, Bergen 2011 s. 19.

²³ Se for eksempel Høyesteretts uttalelse i Rt. 2002 s. 1155 (på s. 1159), om at en påviselig felles forståelse mellom kontraktspartene må legges til grunn i rettsforholdet mellom dem.

²⁴ Jf også Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 42.

²⁵ Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

²⁶ Se Rt. 1997 s. 645, Rt. 1998 s. 268 og senest HR-2017-33-A (avsnitt 32).

rettsusikkerhet og tvister, samt hensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning.²⁷ Dette skal bidra til økt rettssikkerhet i form av forutberegnelighet for aktørene i kredittlivet.²⁸ Marthinussen peker også på at den som skal kjøpe en fast eiendom, typisk en forbruker som står foran sitt livs største investering, har et klart behov for å vite når han eller hun trygt kan betale.²⁹ Det samme behovet har næringslivsaktøren som har ervervet en eiendomsrett og satt sin formue på spill.

Metodisk synes derfor utgangspunktet å være at lovfestede rettsvernsbestemmelser skal tas på ordet. Det er tilsynelatende lite rom for utvidende tolkninger selv om øvrige rettskilder taler for å fravike en rent språklig forståelse av lovteksten. En utfordring for rettsanvenderen er derfor hvilket gjennomslag dette tolkningsprinsippet skal gis i rettsspørsmål som berører flere rettsområder og som kan tenkes å bygge på andre hensyn og grunnprinsipper.

Selskapslovgivningen kan i korte trekk betegnes som en regulering av selskapene og deres rettsforhold.³⁰ Formålet med å opprette et selskap er først og fremst å drive økonomisk virksomhet, jf. forutsetningsvis selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav a, jf. § 1-1 første ledd.³¹ En sentral fordel med å drive virksomhet gjennom et selskap er muligheten til å begrense det økonomiske ansvaret. Slik sett er selskapene viktige verktøy for aktørene i næringslivet, samt et praktisk virkemiddel for å fremme økonomisk vekst og effektivitet. Med den utstrakte bruken av selskaper i næringslivet, har selskapslovgivningen stor innvirkning på rammene for hvordan næring utøves i dag.³² Lovreguleringen har imidlertid ikke til formål å begrense omsetning eller økonomisk effektivitet. Tvert i mot skal lovgivningen mer overordnet legge til rette for å drive næringsvirksomhet. Når rettsanvenderen står overfor et rettsspørsmål som berører selskapers virksomhet, er hensynet til en praktisk løsning derfor viktig å ivareta.

²⁷ Se henholdsvis Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1998 s. 268.

²⁸ Se. Rt. 1997 s. 645 og Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 46.

²⁹ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 46.

³⁰ Se også Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2016 s. 21.

³¹ Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

³² De to sentrale lovene er aksjeloven og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven eller asal.).

Siktemålet med rettsanvendelsen er å finne den beste løsning ut fra de rettskildene som er relevante for rettsspørsmålet.³³ Dette kan være utfordrende når rettsreglenes underliggende hensyn trekker i hver sin retning. I skjæringspunktet mellom rettsvernsspørsmål og spørsmål som berører selskapers virksomhet, kommer en slik spenning klart til syne. Rettsanvenderen kan velge å være konsekvent og fastholde en veletablert tolkningspraksis av rettsvernsbestemmelser. En slik tilnærming vil være i tråd med det metodiske utgangspunktet for løsningen av den slags rettsspørsmål. På den andre siden kan rettsanvenderen legge vekt på betydningen av selskapsrettslige prinsipper og hensyn, slik at løsningen på rettsspørsmålet blir en annen. Å overse denne problemstillingen vil under enhver omstendighet kunne bidra til mer rettsusikkerhet og ytterligere tvister i samme kategori.

1.4 Plan for videre fremstilling

Den videre fremstilling består av tre deler. I del 2 tematiseres rettsvernsreglene for fast eiendom. Sentralt her er blant annet reglene om tinglysing og kreditorenes beslagsrett. Del 2 tar sikte på å danne et bakteppe for veien videre. Deretter omhandler del 3 den nærmere risikoen for kreditorbeslag ved kjøp av hjemmelsselskap. Her vil jeg vise til høyesterettspraksis for å illustrere hvordan domstolene har anvendt rettsvernsreglene i ulike tilfeller hvor hjemmel og eiendom har skilt lag. Hovedtemaet i del 4 er kreditorenes beslagsrett ved fusjon. Del 4 omfatter en nærmere redegjørelse for forholdet mellom rettsvernsreglene og fusjonsreglene, samt en rettslig vurdering av om fusjon av hjemmelsselskap og eiendomsselskap gir kreditorvern.

2 Rettsvernsreglene for fast eiendom

2.1 Forholdet mellom hjemmelshaver og reell eier

De fleste har et forhold til konseptet eiendomsrett. Begrepet ”eiendomsrett” har ingen offisiell definisjon, men loven tilkjenner gir en rekke beføyelser overfor innehaveren av eiendomsretten til et formuesgode. I juridisk litteratur er beføyelsene systematisk kategorisert som utslag av

³³ Jf. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 152-153.

enten faktisk eller juridisk rådighet, og deles videre inn i positive og negative eierbeføyelser.³⁴ En sentral eierbeføyelse er retten til å omgjøre eiendomsretten i penger. Ved for eksempel et salg av eiendomsretten, overføres alle eierbeføyersene til en ny eier mot et vederlag. Tradisjonelt utgjør vederlagene for fast eiendom større summer enn for andre formuesgoder. For mange er kjøp av fast eiendom den største og kanskje viktigste investeringen som gjøres i livet. Med så store verdier på spill, ser man et tydelig behov for en regulering av eiendomsoverdragelser.

Grunnboken er Norges elektroniske eiendomsregister og føres av Statens kartverk med grunnlag i tinglysingsloven § 1. Med mindre annet er bestemt i lov, kan et dokument bare registreres – tinglyses – hvis det går ut på ”å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom”, jf. tingl. § 12. Ved å undersøke grunnboken skal det dermed være mulig å utlede hvilke rettigheter som er påheftet en eiendom, samt hvem som er rettighetshaver(e).³⁵ I denne avhandlingen vil det dreie seg om eierforholdene, altså om hvem som har *grunnbokshjemmel* til eiendommen.³⁶

Grunnbokshjemmel som eier har i utgangspunktet bare den grunnboken utpeker som eier, jf. tinglysingsloven § 14 første ledd. Bestemmelsen angir imidlertid ikke hvem som er den *reelle eieren* av eiendommen.³⁷ Tinglysingsloven har nemlig ingen regel om tinglysingsplikt ved eiendomsoverdragelser; enhver står fritt til å tinglyse sin rett. Likeledes har loven heller ingen definisjon av hva tinglysing innebærer. Ved å lese tinglysingslovens bestemmelser, kan man likevel utlede at det er knyttet ulike rettsvirkninger til rollen som hjemmelshaver, for eksempel regelen om at utstederen av et dokument som begjæres tinglyst, selv må ha grunnbokshjemmel eller samtykke fra hjemmelshaveren, jf. tingl. § 13 første ledd. Videre

³⁴ Se for eksempel Falkanger og Falkanger (2012), s. 41 og Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 11.

³⁵ Grunnboken er et register for *rettslige disposisjoner*, jf. Falkanger og Falkanger (2012), s. 578.

³⁶ I norsk rett er vi tradisjonelt ikke så opptatt av *når* eierskapet inntreffer. Det sies at vi bygger på et såkalt ”funksjonelt” eiendomsbegrep, som innebærer at fast eiendom overdras gradvis (suksessivt) fra et rettssubjekt til et annet, se Falkanger og Falkanger (2012), s. 74.

³⁷ Jf. også Borgar Høgetveit Berg og Stein Bråthen-Otterbech, *Tinglysing* – kommentarutgave, 1. utgave, Oslo 2009 s. 186.

fremgår det av lovforarbeidene at ”[r]ettsvirkningen av tinglysning [er] først og fremst at det er den som skaper rettsvern.”³⁸

Sammenfattende gir dette følgende utgangspunkt: Selskap A kan være hjemmelshaver til eiendom X selv om den reelle eieren er selskap B. Eiendommen kan for eksempel være overdratt fra selskap A til selskap B ved salg uten at overdragelsen ble tinglyst, eller som ledd i selskapsrettslig fisjon.³⁹ Poenget er å illustrere at hjemmelsselskapsstrukturen ikke er i strid med lovens ordning.

2.2 Kreditorenes beslagsrett

2.2.1 Noen utgangspunkter

Dersom en skyldner ikke klarer å betale sine fordringshavere, kan han eller hun på nærmere vilkår tvinges til å betale.⁴⁰ Tvangsinndrivelsen skjer ved at fordringshaverne beslaglegger og tar dekning i skyldnerens formuesgoder, jf. dekningsloven § 2-2.⁴¹ Dette kan anses som et utslag av prinsippet om at avtaler skal holdes.⁴² Uten er sikker gjeldsinndrivelsesordning med rettsapparatet i ryggen ville det vært svært risikabelt for långivere å yte kreditt. Slik sett har beslagsretten også en viktig samfunnsmessig funksjon. I en tredjemannskonflikt utgjør kreditorbeslag ett av de konkurrerende ervervsgrunnlagene i det aktuelle formuesgodet. Spørsmålet er for eksempel om en solgt eiendom tilfaller selgerens kreditor eller kjøperen. Begrepet kreditorbeslag brukes som en samlebetegnelse på utlegg, gjeldsforhandling, konkurs

³⁸ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) s. 35 (bemerkninger til § 20).

³⁹ Slik tilfellet var i HR-2017-33-A: Sønnichsen AS overførte eiendommer til Sønfor AS ved fisjon, uten av overføringene ble tinglyst, slik at Sønnichsen AS ble sittende igjen med grunnbokshjemlene. Den samme øvelsen ble gjentatt 15 år senere fra Sønnichsen AS til Sønn Eiendom AS. Nærmere om dommen i pkt. 4.3.2.

⁴⁰ I lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) §§ 60, jf. 61 benyttes uttrykket ”insolvens”.

⁴¹ Lov 8. Juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven eller dekn.).

⁴² ”Pacta sunt servanda” har sin lovmessige forankring helt tilbake til Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 (Norske lov eller NL.), femte bok art. 1.

og offentlig skifte av insolvent dødsbo.⁴³ I det følgende er det beslag i form av utlegg og konkurs som behandles.

En enkeltforfølgende fordringshaver som ønsker å inndrive sitt forfalte pengekrav, må søke bistand hos namsmyndighetene. Så lenge det foreligger tvangskraftig tvangsgrunnlag, kan kreditor begjære utlegg for kravet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1 første ledd.⁴⁴ Utlegg er en panterett som, i likhet med øvrige panterettigheter, gir panthaveren en fortrinnsrett til dekning i det formuesgode det er tatt pant i.⁴⁵ På dette grunnlag kan fordringshaveren begjære tvangsdekning i skyldnerens formue begrenset opptil det som er nødvendig for å dekke kravet.

Konkursloven § 60 gir en fordringshaver rett til å få åpnet konkurs i en insolvent skyldners bo.⁴⁶ Konkurs har som siktemål å gi alle skyldnerens fordringshavere dekning ved at hele formuen omgjøres i penger og fordeles forholdsmessig på kreditorfelleskapet.⁴⁷ Dette innebærer således et *generalbeslag* i skyldnerens formue. Under konkursen er skyldneren uberettiget til å forføye over de beslaglagte eiendeler, jf. konkursloven § 100. En nærmere redegjørelse for konkursinstituttets regler faller utenfor denne avhandlingens rammer. Det bemerkes imidlertid at et sentral formål med konkurs er å motvirke *tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent skyldners fordringshavere*.⁴⁸

2.2.2 Dekningsloven § 2-2

Hovedregelen om beslagsretten fremgår av dekningsloven § 2-2:

⁴³ Se dekningsloven §§ 1-6 og 2-1.

⁴⁴ Se lov 26. juni 1992 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven eller tvangsl.) § 4-1 for en oversikt av de alminnelige og særlige tvangsgrunnlagene.

⁴⁵ Reglene om panterettigheter er regulert i lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

⁴⁶ Jf. konkursloven § 61.

⁴⁷ Omtales undertiden som kollektiv gjeldsforfølgning eller *fellesforfølgning*, jf. Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 s. 10.

⁴⁸ Jf. Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 10.

”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.”

Utgangspunktet er altså at kreditorene gis rett til beslag i alle formuesgoder som tilhører skyldneren.⁴⁹ Dette gjelder for kreditorer som inndriver sitt krav gjennom utlegg så vel som ved konkurs.⁵⁰ En naturlig språklig fortolkning av formuleringen ”tilhører skyldneren”, tilsier at kreditorene ikke kan ta beslag i formuesgoder som tilhører andre. Dette gir uttrykk for et mer generelt prinsipp om at kreditor ikke får bedre rettsstilling enn skyldneren selv. Ved vurderingen av kreditorenes beslagsrett må følgelig de *reelle eierforhold* legges til grunn.⁵¹ Kreditorene til selskap B, som etter det underliggende forhold eier eiendom X, vil derfor kunne ta beslag i eiendommen selv om selskap A er tinglyst som hjemmelshaver.⁵²

Bestemmelsen gir imidlertid liten veiledning for spørsmålet om kreditorenes beslagsrett overfor andre som har rettigheter i skyldnerens formuesgoder. Det kan for eksempel tenkes at en annen kreditor har pant i skyldnerens faste eiendom eller at skyldnerens driftsmidler er overdratt. I forarbeidene til dekningsloven er det klart presisert at den nærmere grensen for beslagsretten i forhold til tredjemenn ikke kan trekkes opp i en bestemmelse som

⁴⁹ Dekningsloven innehar enkelte bestemmelser om beslagsfrihet for nærmere bestemte gjenstander, se eksempelvis §§ 2-3, 2-4 og 2-5.

⁵⁰ Som nevnt er utlegg likevel begrenset til det som er nødvendig for å gi fordringshaveren dekning for sitt krav. Hvilket formuesgode den enkelte kreditor ønsker å stifte utlegg i vil formentlig bero på hvilke øvrige rettigheter som tidligere er stiftet i skyldnerens formue. Se nærmere om rettsvernsbestemmelsene i punkt 2.3 nedenfor.

⁵¹ Jf. Falkanger og Falkanger (2012), s. 708-709 og Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 157.

⁵² Kreditorene til selskap A kan derimot ikke ta beslag i eiendommen. Dersom en grunnbokshjemmel overføres pro forma, er et beslag fra den tilsynelatende eiers kreditorer utelukket. At kreditor ikke kan bygge på debitors legitimasjon alene forbindes ofte med flertallets resultat i Rt. 1935 s. 981 (Bygland-dommen), men er uttrykkelig lagt til grunn også i nyere høyesterettspraksis, eksempelvis i Rt. 2015 s. 979. For det første yter kreditorene kreditt på bakgrunn av kreditors betalingsevne, ikke besittelsen av enkelte formuesgoder. For det andre vil reglene om god tro med hensyn til skyldnerens legitimasjon vanskelig la seg gjennomføre ved et konkursbeslag, se også Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 157.

dekningsloven § 2-2.⁵³ For å fastslå det konkrete skjæringspunktet mellom kreditorenes beslagsrett og tredjemanns rettigheter, gjelder det regler om rettsvern og omstøtelse.⁵⁴

2.3 Rettsvernsreglene

2.3.1 Legislative hensyn

Utgangspunktet for konflikten mellom kreditorbeslaget og tredjemanns rettigheter i skyldnerens formuesgoder, er prinsippet *først i tid, best i rett*.⁵⁵ Kreditorene må derfor respektere eldre rettsstiftelser i skyldnerens formuesgoder. Dette er egentlig en presisering av at kreditor ikke får noen større rett enn debitor selv. En skyldner som risikerer å få sin formue beslaglagt og tvangssolgt, vil naturligvis søke å forhindre dette. Ofte er det derfor en reell fare for at formuesgjensstander blir forsøkt unndratt kreditorene. Bobestyreren blir for eksempel møtt med oppkonstruerte rettsstiftelser til fordel for tredjemann. Skyldneren prøver altså å gi inntrykk av at gjenstanden tilhørte noen andre på beslagstidspunktet, eksempelvis ved bruk av fiktive eller antedaterte avtaler.⁵⁶ For å motvirke slike forsøk på kreditorsvik, har man derfor utviklet regler om kreditorvern.

Det overordnede kravet om rettsvern for rettsstiftelser til fordel for tredjemenn har et dypt rotfeste i norsk formuerett. Rettsvern karakteriseres undertiden som en ”ytre markering” av den aktuelle rettsstiftelsen.⁵⁷ Alternativet til rettsvernsordningen er å la konfliktpartenes rettsstilling bero på en alminnelig bevisvurdering. Det kan imidlertid være vanskelig å bevise om en transaksjon er reell, om vederlag er betalt og å avgjøre når transaksjonen ble foretatt.⁵⁸

⁵³ NOU 1972: 20 s. 255.

⁵⁴ En nærmere redegjørelse for omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 faller imidlertid utenfor denne oppgavens rammer.

⁵⁵ Se Kåre Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, Bergen 1999 s. 166, samt Falkanger og Falkanger (2012), s. 553.

⁵⁶ Jf. Falkanger og Falkanger (2012), s. 565.

⁵⁷ Se for eksempel Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 244, Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 155-156 og Lilleholt (1999), s. 169.

⁵⁸ Se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 163.

Bevisvurderinger i tredjemannskonflikter har derfor aldri fått gjennomslag.⁵⁹ Ved å forholde seg til absolutte rettsvernsregler, kan rettssubjektene enkelt forutberegne sin rettsstilling og domstolene kan håndheve reglene uten inngående bevisvurderinger.⁶⁰

For å hindre kreditorsvik har man oppstilt krav om at en rettslig disposisjon skal kunne etterprøves både med hensyn til disposisjonens innhold og tidspunktet den ble foretatt. Dette betegnes som et krav om at rettsstiftelser må være *notoriske* for å ha rettsvern mot kreditorbeslag.⁶¹ Som nevnt er det ikke tilstrekkelig å føre bevis for at en rettslig disposisjon faktisk er gjennomført på det tidspunkt som er angitt. Loven krever nærmere bestemte handlinger – rettsvernsakter – som skal ivareta notoritetshensynet så langt det lar seg gjøre. Konsekvensen av at den relevante rettsvernsakten ikke er foretatt, er at kreditorene kan se helt bort fra rettsstiftelsen. Dette betegnes som *kreditorekstinksjon*.⁶²

Som følge av først-i-tid-prinsippet har den som skal inngå en avtale med eieren av et formuesgode, behov for å gjøre seg kjent med om gjenstanden er beheftet med andre rettigheter. Kreditorene har ikke det samme behovet, men kan også dra nytte av at skyldnerens rettslige disposisjoner er tilgjengelige. Hvorvidt en långiver faktisk yter kreditt, kan ofte bero på om debitor eier formuesgoder det kan tas dekning i. Videre kan det ofte oppstå uenighet mellom ulike kredittytere om hvem som først har rett til dekning, og et nystiftet kredittforhold kan være et tegn på at andre kredittytere bør sikre sine rettigheter ved pant eller lignende. Så langt det lar seg gjøre, er rettsvernsreglene derfor utformet for å ivareta *publisitetshensyn*.

Hvilken rettsvernsakt som kreves avhenger av hvilket formuesgode det stiftes en rettighet i . For enkelte formuesgoder er det opprettet offentlige rettighetsregister. Mest praktisk er grunnboka for fast eiendom, men også skipsregisteret, luftfartøyregisteret og

⁵⁹ Marthinussen peker på at disse argumentene antakelig ikke er like holdbare i lys av dagens betalingssystemer. Å avgjøre hvorvidt en overdragelse faktisk er reell, er lettere i dag enn før, se ”*Tredjemannsproblemene*” (2016), s. 164 og for øvrig hele kapittel 9 (s. 162 flg.).

⁶⁰ Et slikt system kan naturligvis også ramme reelle transaksjoner hvor tinglysing har vært unnlatt eller glemt. Dette er imidlertid en interesseavveining som lovgiver allerede har foretatt.

⁶¹ Se HR-2017-33-A (avsnitt 31).

⁶² Det er imidlertid ikke bare kreditorer som kan bygge rett på ekstinksjon. En alminnelig avtalepart som har ervervet en rettighet i ”god tro”, kan også ekstingvere en tidligere rettsstiftelse i det aktuelle formuesgodet. Slike tilfeller omtales ofte som ”godtroerverv”, se eksempelvis Lilleholt (1999).

petroleumsregisteret er eksempler på slike rettighetsregistre. Ved registrering i offentlig register ivaretas hensynene til notoritet og publisitet så godt det lar seg gjøre. Det er imidlertid ikke praktisk gjennomførbart å etablere rettighetsregistre for alle formuesobjekter. For løsøre som ikke kan real-registreres, er hovedregelen derfor at rettsvern etableres ved overlevering.⁶³ Det er altså ikke tilstrekkelig at avtale om kjøp er inngått. Regelen har utviklet seg på bakgrunn av rettspraksis og teori.⁶⁴

2.3.2 Tinglysingslovens bestemmelser

Rettsvernsreglene for fast eiendom fremgår av tinglysingsloven §§ 20 og 23. For at en rett som er stiftet ved avtale skal stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen vanligvis være registrert i grunnboken senest dagen før konkursåpningen, jf. tingl. § 23 første ledd første punktum. Bestemmelsen angir det kritiske tidspunktet rettigheter knyttet til fast eiendom må være tinglyst på for å være beskyttet mot avhenderens konkursbo. Konkursåpningen er det tidspunkt da kjennelse om åpning av konkurs ble avsagt, jf. dekningsloven § 1-4 tredje ledd.⁶⁵ Dersom et eiendomserverv ikke er tinglyst i tide, kan tidligere eiers konkursbo ta beslag i eiendommen selv når det ikke er tvil om at den er overdratt til ny eier.⁶⁶

For rettsvern mot utleggstaker er riktig bestemmelse tinglysingsloven § 20.⁶⁷ Det fremgår av bestemmelsens første ledd at når et dokument er tinglyst, går det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er tinglyst samtidig eller tidligere. Her lovfestes i realiteten et kø-prinsipp basert på tidspunktet for tinglysing. Utleggstakeren trenger derfor ikke respektere rettsstiftelser i fast eiendom som ikke er tinglyst.⁶⁸

⁶³ Jf. Falkanger og Falkanger (2012), s. 726 og Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 260.

⁶⁴ Lov 2. juni 1978 om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven) kommer ikke til anvendelse ved kreditorbeslag.

⁶⁵ Retten skal snarest mulig avsi kjennelse om hvorvidt konkurs skal åpnes, jf. konkursloven § 72 første ledd.

⁶⁶ Se HR-2017-33-A (avsnitt 32).

⁶⁷ Bestemmelsen gjelder både for utlegg og avtaleerverv. For avtaleerververen gjelder et tilleggsvilkår om at vedkommende må ha vært i ”god tro” med hensyn til den tidligere rettsstiftelsen, for eksempel et eldre utlegg som ikke er tinglyst, jf. tingl. § 21 første ledd.

⁶⁸ Jf. også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 65.

Det sentrale ved disse bestemmelsene er lovfestingen av *tinglygingskravet*. Ved at rettigheter registreres i grunnboken, kan omverden stole på- og innrette seg etter de angitte forhold. På denne måten vernes kreditorfellesskapet mot at skyldneren tilgodeser andre når han eller hun sliter med å betjene sin gjeld. Tinglysning er derimot ikke et krav for at de underliggende stiftelsesgrunnlagene, for eksempel kjøpsavtalen eller panteavtalen, skal være gyldig inter partes.

2.4 Reglene om dokumentavgift

Dokumentavgiften er en skattemessig begrunnet særavgift knyttet til omsetning av fast eiendom. Rettsgrunnlaget er Stortingets årlige skatte- og avgiftsvedtak etter Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven) § 75 bokstav a, nærmere bestemt vedtaket om særavgifter til statskassen, herunder om dokumentavgift § 1 (heretter stortingsvedtaket).⁶⁹ De nærmere reglene om dokumentavgiften er regulert i dokumentavgiftsloven.⁷⁰

Avgiftsplikten inntreer ved tinglysning av dokumentet, jf. dokumentavgiftsloven § 6. Det samme fremgår av stortingsvedtaket § 1, hvor det heter at dokumentavgift skal betales ”ved tinglysning av dokument som overfører hjemmel til fast eiendom [...]” Avgiften kan altså betraktes som et gebyr knyttet til *tinglysing* av en hjemmelsoverføring, ikke selve eiendomsoverdragelsen.⁷¹ Dersom kjøperen av fast eiendom unnlater å tinglyse sitt erverv, inntreer således ingen plikt til å betale dokumentavgift.

Dokumentavgiften utgjør 2,5 prosent av eiendommens salgsverdi, jf. stortingsvedtaket § 1 første ledd andre punktum. I forbindelse med større eiendomstransaksjoner kan avgiften komme til å utgjøre et betydelig beløp. Som nevnt innledningsvis finnes det mange eksempler på at aktørene derfor velger å utsette tinglysning, og heller forsøker å etablere ulike substitutter for rettsvern, som for eksempel bruk av hjemmelsselskaper.⁷²

⁶⁹ Stortingsvedtak 17. desember 2016 nr. 1673 om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2017.

⁷⁰ Lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift (dokumentavgiftsloven).

⁷¹ Se for eksempel Rt. 2008 s. 1160 hvor Høyesterett uttaler at dokumentavgift bare kreves ved ”formell overdragelse”, og ikke er knyttet til den faktiske overdragelsen (avsnitt 27).

⁷² Som påpekt av Berg og Bråthen-Otterbech (2009), s. 194, medfører dagens ordning med dokumentavgift en svekket troverdighet til grunnboken. Det er samfunnsmessig ønskelig at alle rettsstiftelser tinglyses, slik at

I rundskriv G-06/2005 innførte Justisdepartementet fritak for dokumentavgift ved overføringer av fast eiendom som følge av fisjon etter reglene i aksjeloven.⁷³ Fritaket bygger på en grunntanke om at det ikke foreligger en egentlig hjemmelsoverføring når fast eiendom blir overført ved fisjon, fusjon eller omdanning av selskaper; slike omorganiseringer gjennomføres på grunnlag av selskapsrettslige regler som bygger på kontinuitetsbetraktninger.⁷⁴ Aktørene har derfor lite å spare på å utsette tinglysning ved overføring av eiendom i forbindelse med fisjon eller fusjon.⁷⁵ Siden 1. januar 2016 har avgiftsfritaket også vært implementert i Stortingets årlige vedtak om dokumentavgift § 2 bokstav k.

3 Nærmere om kreditorenes beslagsrett ved kjøp av hjemmelsselskap

3.1 Problemstilling

Problemstillingen i det følgende er i hvilken grad kjøp av hjemmelsselskap gir beskyttelse mot avhenderens kreditorer. Lovens utgangspunkt er at erverv av rettigheter i fast eiendom må tinglyses for å stå seg ved konkurs, jf. tinglysingsloven § 23.⁷⁶ Ved kjøp av hjemmelsselskap blir ikke ervervet tinglyst, men i stedet overtar kjøperen aksjene i selskapet som besitter grunnbokshjemmelen. I mange tilfeller har eiendommen blitt solgt mer enn én gang, slik at det er flere potensielle konflikter mellom kjøper og de tidligere eiernes kreditorer. For å belyse problemstillingen, tas det utgangspunkt i relevant rettspraksis. Rettstilstanden har utviklet seg drastisk fra tiden da hjemmelsselskapene først oppstod og

grunnbokens opplysninger om fast eiendom samsvarer med de reelle forhold. Berg og Bråthen-Otterbech peker på at den manglende troverdigheten kunne vært avhjulpet med obligatorisk tinglysing ved eiendomsoverdragelser som sådan, enten med eller uten dokumentavgift. I samme retning Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 171 (petit-avsnitt).

⁷³ Det samme fritaket gjaldt allerede for fusjon med grunnlag i Justisdepartementets rundskriv G- 1990-37 av 21. mai 1990.

⁷⁴ Jf. rundskriv G-06/2005.

⁷⁵ Tinglysing gjennomføres ved at fisjonen eller fusjonen blir registrert i grunnboken ved notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret. Nærmere om dette i del 4 nedenfor.

⁷⁶ Det samme gjelder ved utlegg, jf. tingl. § 20, se ovenfor.

frem til i dag, og de utvalgte avgjørelsene er egnet til å illustrere denne utviklingen. For å ta stilling til spørsmål om forholdet mellom rettsvernsreglene og fusjonsreglene, er det også av stor betydning å klarlegge hvilke kreditorer det overtakende selskapet i fusjonen trenger rettsvern mot. Spørsmålet er altså hvilken beslagsrisiko som foreligger før en eventuell fusjon.

Det er særlig to avgjørelser som har fått betydning for beslagsrisikoen ved kjøp av hjemmelsselskaper: Rt. 1999 s. 247 og Rt. 2008 s. 586. Ingen av dommene omhandler hjemmelsselskaper som sådan, men den rettslige argumentasjonen skal vise seg å ha stor overføringsverdi for slike tilfeller.

3.2 Rt. 1999 s. 247⁷⁷

3.2.1 Sakens bakgrunn

Saksforholdet var at en eiendomsutvikler kjøpte en eiendom av Oslo kommune. Formålet med kjøpet var å seksjonere eiendommen, bygge boliger på de ulike seksjonene og selge dem videre. For å spare dokumentavgift, valgte eiendomsutvikleren å utsette tinglysing til ny kjøper overtok boligene. I mellomtiden stod Oslo kommune oppført som hjemmelshaver i grunnboken.

Året etter ble den ene seksjonen overdratt til en kjøper (S). Skjøte ble utstedt, men ikke tinglyst. Tre år senere tok namsmannen i Oslo (B) utlegg i den solgte seksjonen for et krav mot eiendomsutvikleren (A). Utlegget ble tinglyst omgående. Oslo kommune (H) stod fortsatt som hjemmelshaver.

Etter begjæring fra kjøperen besluttet namsmannen å oppheve utlegget på grunn av at eiendomsutvikleren ikke lenger var den reelle eieren av eiendommen på det tidspunkt utlegget ble tatt. Selv om S manglet rettsvern for sitt erverv, mente namsmannen at utleggsforretningen måtte omgjøres fordi A heller ikke hadde grunnbokshjemmel til eiendommen.

⁷⁷ For en utførlig analyse av dommen, se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 183-196.

Etter behandling i Oslo namsrett og Borgarting lagmannsrett, kom saken inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg. Spørsmålet for Høyesterett var om As kreditor kunne ta utlegg i den overdratte eiendommen når A selv ikke hadde grunnbokshjemmel.

3.2.2 Sakens rettslige side

Sakskomplekset i Rt. 1999 s. 247 kan tilsynelatende se ut som et godt utgangspunkt for kreditor B. Ettersom S ikke har tinglyst sitt erverv av eiendommen, kan B ta beslag selv om det er aldri så sikkert at A ikke lenger er den reelle eieren. Dette følger av dekningsloven § 2-2 supplert av tinglysingsloven § 20. Kravet om rettsvern er absolutt, og det er ingen rom for rimelighetsvurderinger i det enkelte tilfellet.⁷⁸ Dette innebærer at erververen med utinglyst skjøte ikke vil ha rettsvern mot utlegget når utlegget er tinglyst.⁷⁹

Tinglysingsloven § 20 oppstiller ikke noe eksplisitt vilkår om at skyldneren må ha grunnbokshjemmel til eiendommen det stiftes utlegg i. Om et slik vilkår skal legges til grunn, må bero på en nærmere tolkning av bestemmelsen med utgangspunkt i den ordlyd. Høyesterett gikk imidlertid ikke inn på en nærmere drøftelse av dette spørsmålet, men uttalte i stedet:

”I de tilfeller skyldneren ikke har grunnbokshjemmel når utlegg kreves, må i utgangspunktet det reelle eierforhold avgjøre om utlegg kan gis i en fast eiendom [...]. Det følger av dette at når en eiendom er blitt tilskjøtt en ny eier, og eiendommen er tiltrådt, kan ikke utlegg tas med mindre det er sannsynlig at skyldneren likevel er eier, jf. [tvangsl.] § 7-14 1. punktum.”⁸⁰

Ut fra ordlyden i tvangfullbyrdelsesloven § 7-14 synes Høyesterett tilnærming å være riktig.⁸¹ Ettersom det ikke kunne sannsynliggjøres at A var den reelle eieren av eiendommen

⁷⁸ Jf. Rt. 1997 s. 1050.

⁷⁹ Høyesterett presiserer dette utgangspunktet i avsnitt 2 på s. 250 i dommen.

⁸⁰ Dommens tredje avsnitt på s. 250.

⁸¹ Tvangfullbyrdelsesloven § 7-14 lyder: ”Utlegg kan tas i ikke-realregistrerbart løsøre og verdipapirer som er i en tredjepersons besittelse, dersom det er sannsynlig av saksøkte er eier. Det samme gjelder realregistrerte formuesgoder, finansielle instrumenter registrert i et verdipapirregister, aksjer og adkomstdokumenter til leierett eller boret til husrom som en tredjeperson er registrert eller meldt som eier av” (min kursivering).

(eiendommen var jo solgt til S), var vilkåret for å ta utlegg ikke oppfylt. Her oppstår imidlertid spørsmålet om hvordan tvangsfullbyrdelseslovens regler er ment å forstås og om forholdet til rettsvernsreglene.⁸² Denne drøftelsen gikk Høyesterett heller ikke nærmere inn på. I stedet mente Høyesterett at hensynet til notoritet og rettsvern ikke gjorde seg gjeldende i et tilfelle hvor skyldneren ikke hadde grunnbokshjemmel.⁸³

Konklusjonen ble derfor at B ikke kunne ta utlegg i eiendommen.

3.2.3 Avgjørelsens betydning for hjemmelsselskapene

Til tross for hard medfart i juridisk teori, fikk Rt. 1999 s. 247 stor betydning for hjemmelsselskapsstrukturen.⁸⁴ Dersom selgeren selv ikke hadde grunnbokshjemmel til eiendommen, stod kjøperen av eiendommen ikke i fare for beslag fra selgerens kreditorer. Så lenge grunnbokshjemmelen var ”trygt” plassert i et hjemmelsselskap, kunne man derfor redusere risikoen for kreditorbeslag og samtidig la være å utløse dokumentavgiftsplikt for tinglysing. Det var derfor ikke oppsiktsvekkende at aktørene i næringslivet strukturerte seg på denne måten ved kjøp og salg av næringseiendom i etterkant av avgjørelsen.

3.3 Rt. 2008 s. 586

3.3.1 Sakens bakgrunn

Saksforholdet i Rt. 2008 s. 586 har mange likhetstrekk med Rt. 1999 s. 247. Fagutleie AS (Fagutleie) inngikk avtale med en privatperson (Berit Moen) om kjøp av en eiendom i Asker kommune. Formålet var i hovedsak å rehabilitere eiendommen og selge den videre. Fagutleie

⁸² Forholdet mellom tvangsfullbyrdelseslovens regler og rettsvernsreglene var tema for Høyesterett også i Rt. 1995 s. 1122. Lagmannsretten hadde ved anvendelsen av tvangsl. § 7-13 lagt til grunn at utlegg ikke kunne tas i en fast eiendom som var overdratt til tredjemann, selv om tredjemanns erverv ikke var tinglyst. I denne saken hadde imidlertid skyldneren grunnbokshjemmel. Høyesterett kom – på bakgrunn av lang og fast praksis forut for tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 – til at tvangsl. § 7-13 måtte forstås som en *presumsjonsregel* for namsmannen, ikke som en endring av de veletablerte rettsvernsreglene. Lagmannsrettens kjennelse måtte derfor oppheves.

⁸³ Se nederst i dommens tredje avsnitt på s. 250.

⁸⁴ Se for eksempel kritikken i Lilleholt (1999), på s. 175 og 220.

fikk lån av Gjensidige NOR for delbetaling av eiendommen, samt finansiering av rehabiliteringsprosjektet. I tillegg stilte banken garanti overfor Moen for restbeløpet av eiendommen. Fagutleie krevde imidlertid ikke å få overført skjøte, og grunnbokshjemmelen ble dermed værende hos Moen.

Da Fagutleie etter hvert fikk økonomiske vansker, ble kjøpekontrakten overdratt til morselskapet TET Invest AS (TET). TET overtok med dette all pantegjeld på eiendommen, men overdragelsen ble ikke tinglyst. Noen måneder senere ble det åpnet konkurs hos Fagutleie. Konkursboet og TET var uenige om boets adgang til å ta beslag i eiendommen. All den tid eiendommen faktisk ble tvangssolgt (i begge parter interesse), var tvisten i realiteten et spørsmål om boet hadde et regresskrav mot TET for den innfridde gjeld hos Moen og Gjensidige NOR.

3.3.2 Sakens rettslige side

Ekstinksjonsspørsmålet i Rt. 2008 s. 586 var i utgangspunktet det samme som i Rt. 1999 s. 247 med den forskjell at det var spørsmål om konkursbeslag. Det rettslige utgangspunktet var derfor tinglysingsloven § 23. Høyesterett stilte spørsmålet om ”denne bestemmelsen må forstås slik at den bare gjelder når konkursdebitor er hjemmelshaver, jf. Rt-1999-247 for så vidt angår samme lov § 20.”⁸⁵

I dommens avsnitt 32-35 besvarte Høyesterett dette spørsmålet negativt. I likhet med tinglysingsloven § 20, gir ordlyden i § 23 i seg selv ikke grunnlag for at bestemmelsen bare gjelder tinglysing i forhold til boet til den som har grunnbokshjemmel.⁸⁶ Det var heller ingen nevneverdige uttalelser i forarbeidene som ga grunnlag for en slik forståelse. Med avgjørende vekt på notoritets hensynet, slo Høyesterett derfor fast at tinglysingsloven § 23 gjelder alle rettsstiftelser som kan tinglyses uavhengig av om debitor er hjemmelshaver.⁸⁷ Det ble også vist til tidligere rettspraksis for å underbygge at hensynet til notoritet gjør at rettsvernsreglene bør forstås etter sin ordlyd.⁸⁸

⁸⁵ Se dommens avsnitt 31.

⁸⁶ Se dommens avsnitt 32.

⁸⁷ Se dommens avsnitt 34.

⁸⁸ Rt. 1997 s. 1050 og Rt. 1990 s. 268.

3.3.3 Avgjørelsens betydning for hjemmelsselskapene

Resultatet i Rt. 2008 s. 586 var vesensforskjellig fra Rt. 1999 s. 247. Undertiden ble dommen også kalt en ”bombe” for eiendomsbransjen.⁸⁹ Høyesteretts avgjørelse innebærer at så lenge kjøper S ikke har tinglyst sitt erverv, kan As konkursbo ta beslag i eiendommen, uten hensyn til om A selv har hatt grunnbokshjemmel. Så lenge grunnbokshjemmelen forblir i hjemmelsselskapet, er tinglysingskravet i tinglysingsloven § 23 ikke oppfylt. Man må derfor anta at hjemmelsselskaper ikke kan tjene som rettsvernssubstitutt mot konkursbeslag. Dersom en eiendom og det tilhørende hjemmelsselskap har vært solgt flere ganger, må det også antas at kjøperen ikke bare risikerer beslag fra selgerens konkursbo, men fra eventuelle konkursbo hos alle de tidligere eierne i salgsrekken.⁹⁰

Et spørsmål blir hvilken betydning avgjørelsen har for tilsvarende problemstilling om utlegg. Det naturlige utgangspunktet er Høyesteretts dom i Rt. 1999 s. 247. Her fant man altså at hensynet til notoritet og rettsvern ikke gjorde seg gjeldende hvor skyldneren ikke hadde grunnbokshjemmel. Høyesterett sier riktignok ikke i Rt. 2008 s. 586 at avgjørelsen fra 1999 var uriktig, men i dommens avsnitt 31 viser retten imidlertid klart at den har sett at det samme spørsmålet i realiteten ble behandlet i Rt. 1999 s. 247. Isolert sett er dette likevel ikke grunnlag for å si at Rt. 1999 s. 247 ble direkte tilsidesatt av dommen i 2008.

Kort tid etter at Høyesterett avsa dommen i Rt. 2008 s. 586, ble en lignende sak behandlet i Gulating lagmannsrett.⁹¹ En eiendom i Hol kommune var overdratt to ganger uten at ervervene ble tinglyst. Kreditorerne til tidligere eier, som selv ikke hadde hatt grunnbokshjemmel, tok utlegg i den overdratte eiendommen. Til tross for Høyesteretts relativt korte behandling av parallellspørsmålet i 2008, foretok lagmannsretten en lengre drøftelse av spørsmålet om kreditors rett til utlegg i fast eiendom der debitor ikke har hatt tinglyst hjemmel. Under henvisning til Rt. 1999 s. 247, tilføyde retten at ”det kriterium avgjørelsen gir anvisning på, ikke kan sees rokket ved gjennom den utrykte avgjørelse i 2008.”

⁸⁹ <http://www.estatenyheter.no/2008/06/25/eiendomskjop-kan-bli-bombe/>

⁹⁰ Jf. Berg og Bråthen-Otterbech (2009), s. 260.

⁹¹ RG-2008-1335.

Lagmannsretten oppfattet avgjørelsen fra 2008 slik at Høyesterett reservert seg i forhold til de situasjoner som ble behandlet i 1999.⁹²

Den rettskildemessige verdien av en lagmannsrettsdom er nokså begrenset, men avgjørelsen trekker like fullt i retning av å opprettholde rettstilstanden etter Rt. 1999 s. 247. På den andre siden er en slik rettstilstand i strid med sentrale hensyn i formueretten. For det første er det lite hensiktsmessig å være beskyttet mot konkurs, men ikke mot utlegg.⁹³ Dette medfører en usammenhengende og uhensiktsmessig rettsregel som klart forskyver forholdet mellom kreditorene. Et av de sentrale formål bak konkursinstituttet er som nevnt å motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent skyldners fordringshavere. Dersom adgangen til å ta utlegg i skyldnerens formue er større enn konkursboets adgang til å ta beslag, kan man lett ende opp med det dekningskappløp mellom fordringshaverne som konkursinstituttet har som formål å motvirke. Således taler systemhensyn for at tinglysingsloven § 20 tolkes i samsvar med § 23.⁹⁴

For det andre åpnet rettstilstanden etter Rt. 1999 s. 247 (og RG 2008 s. 1335) for store omgåelsesmuligheter. En skyldner som selv ikke hadde tinglyst sitt erverv, kunne i praksis imøtegå sine kreditorer med fiktive påstander om at eiendommen var videresolgt. Formålet med rettsvernsreglene, å sikre notoritet over rettslige disposisjoner, taler for at tinglysingsloven §§ 20 og 23 må gjelde like fullt når skyldneren ikke har grunnbokshjemmel. Dette kommer også klart frem i Rt. 2008 s. 586 (avsnitt 34).

I dag er det bred konsensus i juridisk litteratur om at Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1999 s. 247 ikke kan anses å gi uttrykk for gjeldende rett.⁹⁵ Undertiden har det blitt hevdet at dette aldri har vært tilfellet. Når det gjelder RG 2008 s. 1335, må utgangspunktet være det samme.⁹⁶ I litteraturen er lagmannsrettens dom lite omtalt, og det fremstår nærmest som at man ser helt

⁹² Se øverst på avgjørelsens side 7.

⁹³ Jf. Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 181, jf. 190-191.

⁹⁴ Se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 191.

⁹⁵ Se Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 196, Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 254-255, Falkanger og Falkanger (2012), s. 720 og Skoghøy, *Panteloven med kommentarer* (2016), s. 65.

⁹⁶ Det skal bemerkes at avgjørelsen ble avsagt bare to måneder etter Rt. 2008 s. 586. En kan spekulere i om hvorvidt argumentene i den nyeste avgjørelsen fra Høyesterett hadde ”sunket inn” hos domstolene. På den andre siden viser lagmannsretten uttrykkelig til Rt. 2008 s. 586 i sin avgjørelse.

bort fra den.⁹⁷ På denne bakgrunn er konklusjonen at hjemmelsselskapsstrukturer heller ikke gir beskyttelse mot utleggstakere. Den som kjøper eiendom og hjemmelsselskap separat, løper således en risiko for både utlegg og konkursbeslag fra avhenderens kreditorer.

4 Kreditorenes beslagsrett ved fusjon

4.1 Noen utgangspunkter

Det overordnede temaet i dette kapitlet er forholdet mellom kreditorenes beslagsrett og fusjon av selskaper som har rettigheter i fast eiendom. En fusjon innebærer at to eller flere selskaper slår seg sammen, slik at et selskap overtar et annet selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Dette har en viktig side mot kreditorvernet ettersom et selskaps kreditorer og medkontrahenter normalt vil være opptatt av endringer i selskapets formues- og forpliktelsesforhold. Videre har fusjonen en viktig side mot forholdet til de involverte selskapenes aksjonærer. Det kan for eksempel tenkes at enkelte av et selskaps aksjonærer protesterer mot gjennomføringen av en fusjon. Forholdet til selskapenes aksjonærer skal likevel ikke behandles i det følgende. Avhandlingen vil konsentrere seg om forholdet til selskapenes medkontrahenter og kreditorer.

For å vurdere om en fusjon mellom hjemmelsselskap og eiendomsselskap gir rettsvern, må det først avklares hva som generelt skal til for at slike overføringer har rettsvern. I den forbindelse må det også redegjøres for forholdet mellom tinglysningslovens rettsvernsbestemmelser og reglene om fusjon. Utgangspunktet er at en rett som er stiftet ved avtale, må tinglyses for å stå seg overfor konkurs, jf. tingl. § 23 første ledd første punktum. Det samme følger av tinglysningslovens § 20, som gir det rettsserverv som tinglyses først, prioritet foran alle utinglyste erverv, jf. ovenfor.⁹⁸ Fast eiendom kan imidlertid overføres og erverves på mange måter, og en kommer vanskelig bort fra at tinglysningsreglene primært er tiltenkt tradisjonelle overdragelser ved kjøp og salg. I tilfeller der eiendommen overføres som ledd i en selskapsrettslig omorganisering, er det av helt sentral betydning å forstå hvilke

⁹⁷ Andenæs, *Konkurs* (2009), s. 255, konkluderer med at RG 2008 s. 1335 ikke bør opprettholdes i fremtidige saker.

⁹⁸ Se punkt 2.3.2.

grunnhensyn slike omorganiseringer bygger på. Dette vil gi et bedre grunnlag for vurderingen av hvordan reglene skal praktiseres i spørsmål om tredjemannsvern.

Spørsmålet om en fisjon omfattes av tinglygingskravet i tingl. § 23 ble endelig avklart i HR-2017-33-A. Fisjon innebærer at et selskap deles opp i to eller flere selskaper. Selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles da på selskapet selv og et eller flere overtakende selskaper, jf. asl./asal. § 14-2 første ledd.⁹⁹ Reglene om fisjon og fusjon er langt på vei utarbeidet på bakgrunn av de samme grunnleggende hensyn. Det er derfor naturlig å behandle fisjoner og fusjoner likt i relasjon til rettsvernsreglene. Sentralt i Høyesteretts argumentasjon stod hensynet til å unngå kreditorsvik og notoritetsbetraktninger. Dommen har imidlertid blitt kritisert for å være lite avklarende når det gjelder forholdet til grunnleggende selskapsrettslige hensyn, særlig det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet.¹⁰⁰ Man kan likevel stille spørsmålet om en nærmere vurdering av disse hensyn ville ført til et annet resultat. Høyesterett avgjørelse og kritikken mot den vil bli tematisert nærmere nedenfor.

For å avgjøre om en fusjon av hjemmelselskap og eiendomsselskap kan gi kreditorvern, må først de sentrale virkningene av en fusjon klarlegges.

4.2 Reglene om fusjon

4.2.1 Hva er en fusjon?

Selve definisjonen av fusjonsbegrepet fremgår av asl./asal. § 13-2 første ledd. Der heter det at:

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

1. aksjer i det overtakende selskapet, eller

⁹⁹ Alternativt kan det overdragende selskap oppløses og komplekset deles på to eller flere overtakende selskaper.

¹⁰⁰ Særlig av Marthinussen i ”Forusstranda” (2017).

2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget.”

Bestemmelsen angir først og fremst de nærmere vilkårene for at en sammenslåing av aksjeselskaper omfattes av reglene i aksjeloven kapittel 13. Sentralt i denne sammenheng er at det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser må overdras *som helhet*. Det er med andre ord ikke adgang til å fusjonere enkelte deler av virksomheten i medhold av aksjeloven eller allmennaksjeloven. Denne begrensningen er forankret i hensynet til selskapets medkontrahenter. I forarbeidene til 1976-loven overveies blant annet det overdragende selskapets muligheter til å begrense fusjonen slik at enkelte ”uheldige” avtaler holdes utenfor.¹⁰¹ En slik adgang ville åpnet for urimelig selektering og usikkerhet blant medkontrahentene. Aarbakke mfl. peker på at vilkåret likevel neppe kan være til hinder for at selskapene ”trimmes” på forhånd, for eksempel ved at deler av selskapet utfisjonerer etter reglene i aksjeloven kapittel 14.¹⁰²

Et grunnleggende utgangspunkt i norsk formuerett er at eiendeler og rettigheter fritt kan overdras dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet.¹⁰³ Dette kan anses som et utslag av rettssubjektenes private autonomi. Adgangen til å overføre forpliktelser og gjeld til andre er derimot underlagt privatrettslige begrensninger. For en kredittlyter eller annen medkontrahent kan det være av stor betydning hvem som er forpliktet til å betale eller levere etter avtalen. Hovedregelen er derfor at forpliktelser ikke kan overdras uten kreditors samtykke eller annen særlig hjemmel.¹⁰⁴

Fusjon etter asl./asal. § 13-2 innebærer et lovfestet unntak fra denne hovedregelen. Dette følger direkte av lovteksten som eksplisitt nevner det overdragende selskaps *forpliktelser*. Regelen må sees i lys av det grunnleggende prinsipp som fusjonsinstituttet bygger på, nemlig prinsippet om selskapsrettslig kontinuitet. I aksjelovens forarbeider heter det at fusjoner skal kunne skje ”ved kontinuitet i alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner- [...]”.¹⁰⁵ Andenæs definerer prinsippet som en ”juridisk konstruksjon som innebærer at det overdragende selskap anses for å fortsette i det fusjonerte selskap, slik at det ikke finner sted noe identitetsskifte i

¹⁰¹ Se Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201-202.

¹⁰² Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 786.

¹⁰³ Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2008 ss. 385 (avsnitt 61).

¹⁰⁴ Jf. også Bergsåker (2011), s. 114 flg.

¹⁰⁵ Se NOU 1992: 29 s. 197.

forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter”.¹⁰⁶ Tanken er altså at det overdragende selskap ikke ”kvitter seg” med sine forpliktelser, men heller oppfyller dem fra en annen, presumtivt sterkere posisjon.¹⁰⁷

4.2.2 Nærmere om overføringen av formelle posisjoner

En fusjon har som konsekvens at det overdragende selskap oppløses. Dette er en naturlig følge av at selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras i sin helhet, men fremgår også direkte av aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 1. Bestemmelsen angir riktignok virkningene av at fusjonen *registreres*, men dette er vitterlig et vilkår for at fusjonen skal tre i kraft, jf. asl. § 13-13. Etter at fusjonen er registrert i Foretaksregisteret, regnes det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overført til det overtakende selskap, jf. aksjeloven § 13-16 første ledd nr. 3.

Videre følger det av asl. § 13-17 første ledd at når fusjonen er registrert, kan det overtakende selskapet ”etter alminnelige regler overføre formelle posisjoner som eier eller rettighetshaver til eiendeler som har tilhørt et overdragende selskap”. I lys av at fusjonen som utgangspunkt overfører selskapets virksomhetskompleks som helhet, kan ordlyden isolert sett fremstå som motsigende. Meningen er at ”det overdragende selskap kan utferdige skjøter, transportere gjeldsbrev mv. for så vidt det angår overdragende selskap eiendeler”.¹⁰⁸ Dette forutsetter at den umiddelbare overføringen av det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser, likevel ikke overfører formelle rettighetsposisjoner. Ettersom norsk rett ellers skiller mellom faktiske og formelle overdragelser, er dette også en naturlig ordning. Man må derfor forstå regelen slik at det overtakende selskap gis kompetanse til å bringe de formelle forhold i orden.¹⁰⁹

Hva som skal til for å tre inn i en formell rettighetsposisjon, beror på hvilket formuesgode som blir overført ved fusjonen.¹¹⁰ For fast eiendom kreves normalt tinglysning av skjøte for å

¹⁰⁶ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 569-570.

¹⁰⁷ Nærmere om kontinuitetsprinsippet nedenfor i punkt 4.3.3.

¹⁰⁸ Jf. NOU 1992: 29 s. 206.

¹⁰⁹ Se også Aarbakke mfl. (2004), s. 831-832 og Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* (2016), s. 591.

¹¹⁰ Se NOU 1992: 29 s. 206 og Johan Giersen, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999 s. 297.

overføre grunnbokshjemmelen. Det følger imidlertid av praksis fra tinglysingsmyndighetene at formell overskjøting ikke er påkrevd i slike tilfeller. Det antas å være tilstrekkelig at fusjonen registreres i grunnboken ved notering av bekreftelse på at foretaket er innfusjonert i et annet, jf. rundskriv G-06/2005 og G-37/90. Begrunnelsen er at Justisdepartementet ikke anser slike overføringer å være *hjemmelsoverføringer*.¹¹¹ I praksis foretas det dermed en navneendring i grunnboken i stedet for alminnelig overskjøting.

4.3 Forholdet mellom fusjon og rettsvernsreglene

4.3.1 Noen utgangspunkter

Når en fusjon registreres i Foretaksregisteret, regnes det overdragende selskapet som oppløst, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 1. I så måte kan fusjonen betraktes som en ”tredjemannsavtale” fordi fusjonen gjør direkte inngrep i rettsforholdet til det overdragende selskaps kreditorer og medkontrahenter.¹¹² Selv om rettssubjektet for kreditorenes krav opphører å eksistere, er beslagsretten fortsatt i behold. Som nevnt medfører fusjonen at det overtakende selskap overtar eiendeler, rettigheter og forpliktelser som *helhet*. Således integreres debitorposisjonen i det overtakende selskap, slik at de eiendeler mv. som blir overført ved fusjonen, ikke blir tatt ut av kreditors beslagssfære.¹¹³ Det vil derfor ikke oppstå spørsmål om rettsvern mot beslag fra det overdragende selskaps kreditorer.

Spørsmålet kan derimot oppstå hvis det overdragende selskap ikke har etablert rettsvern for sine erverv forut for fusjonen. Man kan for eksempel tenke seg at overdragende selskap har kjøpt en eiendom, men unnlatt å tinglyse. Dersom det blir begjært utlegg i selgerens formue eller at selgeren går konkurs, står man overfor et spørsmål om tredjemannsvern. Det klare utgangspunktet er at erververen av fast eiendom får rettsvern mot overdragers kreditorer ved tinglysing av kjøpet, jf. tingl. §§ 20 og 23. Når eiendommen overføres til et annet selskap som ledd i fusjon, blir spørsmålet om de samme reglene kommer til anvendelse.

¹¹¹ Se punkt 2.4 ovenfor.

¹¹² Se Giertsen (1999), s. 59.

¹¹³ En annen sak er at kreditorene må konkurrere med kreditorene i det overtakende selskapet om disse objektene, se Giertsen (1999), s. 97.

4.3.2 HR-2017-33-A

4.3.2.1 Sakens bakgrunn

I 1988 ble det gjennomført en fisjon i selskapet Sønnichsen AS. I anledning fisjonen ble det stiftet et nytt selskap som ble navngitt Sønfor AS. Sønfor AS overtok ved fisjonen to eiendommer, men ingen av overføringene ble registrert i grunnboka. Grunnbokshjemlene ble således værende i Sønnichsen AS.

Fire år senere (1992) stiftet eierne av Sønnichsen AS et nytt selskap. Dette selskapet fikk også navnet Sønnichsen AS, og i den forbindelse skiftet (gamle) Sønnichsen AS navn til Sønreal AS. I det følgende blir det nystiftede selskapet omtalt som Sønnichsen.

I 2003 fusjonerte Sønreal AS og (nye) Sønnichsen med Sønnichsen som overtakende selskap. Umiddelbart etter fusjonen ble Sønnichsen fisjonert. Det ble i den forbindelse stiftet enda et selskap som fikk navnet Sønn Eiendom AS. Ved fisjonen overtok Sønn Eiendom AS to eiendommer. Overføringene ble imidlertid ikke registrert, og grunnbokshjemlene ble dermed værende i Sønnichsen.

Forusstranda Næringspark AS (Forusstranda) kjøpte i 2003 alle de nevnte eiendommene. For å unngå å betale dokumentavgift, ble overdragelsene ikke tinglyst. Forusstranda var kjent med at Sønnichsen på dette tidspunkt var innehaver av samtlige grunnbokshjemler.

Den 5. november 2012 gikk Sønnichsen konkurs. Konkursboet gjorde gjeldende at alle Forusstrandas eiendommer var omfattet av konkursbeslaget. Dette ble bestridt av Forusstranda.

4.3.2.2 Sakens rettslige side

Utgangspunktet for Høyesteretts vurdering var tinglysingsloven § 23. Alle eiendommene var tidligere overført fra Sønnichsen AS som ledd i fisjon, og spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var derfor om overføring ved fisjon omfattes av bestemmelsen. Ankemotparten (Sønnichsen AS, dets konkursbo) gjorde gjeldende at dette måtte være tilfellet. Etter ankemotpartens oppfatning måtte bestemmelsens formål – å hindre kreditorsvik – være avgjørende for tolkningen. Forusstranda Næringspark AS gjorde på sin side gjeldende at det ikke var grunnlag for beslag. Det ble anført at fisjon bygger på prinsippet om kontinuitet, og

at en slik overføring derfor ikke omfattes av lovens formulering ”rett som er stiftet ved avtale.”

Høyesterett kom til at overføring ved fisjon omfattes av tinglysningsloven § 23. Innledningsvis gjorde retten rede for de sentrale hensyn som begrunner regelen og viste til rettspraksis for å understreke at ekstinksjonsreglene er absolutte.¹¹⁴ Videre gikk Høyesterett inn for å fastlegge det nærmere innholdet i begrepet ”avtale”. Objektivt sett er dette i strid med de prinsipper som Høyesterett tidligere har fastholdt ved tolkning av rettsvernsbestemmelser. All den tid rettsvernsbestemmelsene er absolutte og ikke åpner for konkrete vurderinger, er det av hensyn til rettsusikkerhet og forutberegnelighet grunn til å utvise forsiktighet med å tolke reglene annerledes enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Likevel fant Høyesterett, på bakgrunn av formålsbetraktninger og tilsvarende lovreguleringer i lovverket, grunnlag for å tolke tinglysningsloven § 23 dithen at alle ”frivillige disposisjoner” omfattes av bestemmelsen.¹¹⁵ En frivillig disposisjon er ikke nødvendigvis betinget av et to-partsforhold, noe Høyesterett selv påpekte at er en ”vanlig oppfatning” av en avtale (avsnitt 36). Tinglysningsloven § 23 fikk derfor et videre nedslagsfelt enn hva en naturlig språkforståelse av lovteksten skulle tilsi.

Med dette utgangspunktet var partene enige om at tre av eiendommene gikk inn i boet. Forusstranda Næringspark gjorde imidlertid gjeldende et subsidiært påstandsgrunnlag for de to eiendommene som ble utfisjonert i 1988 (heretter benevnt ”Sønfor-eiendommene”). Den subsidiære påstanden gikk ut på at Sønfor-eiendommene ble fisjonert fra (gamle) Sønnichsen lenge før fusjonen mellom Sønreal AS og (nye) Sønnichsen fant sted. Med andre ord hadde (nye) Sønnichsen aldri vært eier av Sønfor-eiendommene. Påstanden var derfor at en overføring ved fusjon av en ”tom grunnbokshjemmel” ikke kunne gi det overtakende selskapets kreditorer beslagsrett i en eiendom dette selskapet aldri hadde eid.¹¹⁶

Forutsetningen for Forusstrandas subsidiære påstandsgrunnlag var at Høyesterett kom til at overføring ved fisjon omfattes av tinglysningsloven § 23. Etter Forusstrandas syn innebar dette at Høyesterett anså fisjon å innebære et kontinuitetsbrudd. Da måtte også fusjon innebære et

¹¹⁴ Se dommens avsnitt 31-32.

¹¹⁵ Høyesterett viste blant annet til formuleringene i lov 11. juni 1993 om luftfart (luftfartsloven) § 3-31 og lov 6. juni 2003 om burettslag (burettslagslova) § 6-11.

¹¹⁶ Se dommens avsnitt 19.

slikt brudd. Løsningen måtte derfor være at beslag var utelukket fordi kreditor ikke kan bygge på debitors grunnbokshjemmel alene.

Høyesterett viste til aksjeloven § 13-2, og slo fast at det fusjonerte selskapet ”trer fullt ut inn i det overdragende selskapets rettsstilling” (avsnitt 47). Dette innebærer også posisjonen som debitor for det overdragende selskapets forpliktelser. Ved fusjonen fikk kreditorene til Sønnichsen dermed et tilskudd av mulige beslagsobjekter, selv om disse reelt sett ikke ble overført ved fusjonen. Dette er i tråd med den forståelse av aksjeloven § 13-2 som ble lagt til grunn ovenfor. Høyesterett anså altså Sønreal AS (tidligere Sønnichsen AS og eier av Sønfor-eiendommene) som integrert i (nye) Sønnichsen. I denne sammenhengen fulgte Høyesterett dermed kontinuitetsprinsippet fullt ut, noe Høyesterett selv påpeker i dommens avsnitt 48. Konklusjonen ble derfor at alle eiendommene var omfattet av konkursboets beslag.

Forusstranda Næringspark AS førte også et atter subsidiært påstandsgrunnlag i tilknytning til Sønfor-eiendommene. Påstanden var kort fortalt at rettsvern var etablert ved såkalt selvstendig rettsvernshevd. Uten at det har nærmere interesse for denne avhandlingens problemstilling, bemerkes det at Forusstrandas anførsel ikke førte frem. Sønnichsen AS, dets konkursbo, vant dermed saken i Høyesterett.

4.3.2.3 Kritikk

Kritikken av HR-2017 retter seg først og fremst mot Høyesteretts metodiske tilnærming ved løsningen av rettsspørsmålet. Det kan spørres om Høyesterett ikke burde valgt en annen fremgangsmåte. I stedet for å fastlegge det nærmere innholdet av tinglysingslovens avtalebegrep, kunne Høyesterett vurdert om en fisjon også omfattes av den ”vanlige oppfatningen” av lovtekstens formulering; altså en ”gjensidig disposisjon som binder to parter” (dommens avsnitt 36). Ved fisjon til eksisterende selskap er det klart at fisjonen er en beslutning mellom to parter, jf. aksjeloven § 14-6 andre ledd. Man kan tenke seg at det derfor ikke ville vært behov for å foreta en nærmere tolkning av tinglysingsloven § 23. Ved fisjon til et nystiftet selskap kan det også argumenteres i samme retning. Fisjonsbeslutningen er isolert sett en ensidig beslutning, jf. asl. § 14-16 første ledd. Når fisjonen trer i kraft etter aksjeloven § 14-8 første ledd, kan det likevel være naturlig å si at fisjonen innebærer en gjensidig disposisjon, fordi det som tidligere var ett selskap nå har blitt til to (eller flere). Hvorvidt dette

kan kalles en avtale i tinglysingslovens forstand måtte Høyesterett i så fall ha vurdert nærmere, men poenget er at man hadde unngått et metodisk uheldig vinkling på spørsmålet.

Når Høyesterett så konkluderer med at ”overføring av fisjon omfattes av begrepet «rett som er stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum”, er det ikke helt klart hva regelen går ut på. Isolert sett, er konklusjonen formulert slik at man skulle tro Høyesterett nettopp hadde vurdert spørsmålet slik som foreslått ovenfor. På bakgrunn av argumentasjonen i dommens avsnitt 36-43, er det likevel nærliggende å legge til grunn at avtalebegrepet i tinglysingsloven § 23 ble tolket utvidende, slik at bestemmelsen også omfatter ”frivillige disposisjoner”. Kritikken anses derfor berettiget.¹¹⁷

Den andre delen av kritikken retter seg mot manglende avklaringer i tilknytning til kontinuitetsprinsippet. Selv om fisjonen (eventuelt fusjonen) isolert sett bygger på avtale, må det også foreligge en *rettsstiftelse* eller et *rettsserverv* etter tingl. §§ 23 og 20. Dersom det overhodet ikke er stiftet eller ervervet noen rett i lovens forstand, er det heller ingen rett å ”dagbokføre”, jf. tinglysingsloven §§ 23 og 20. Som påpekt av Marthinussen, tar Høyesterett i liten grad stilling til spørsmål vedrørende kontinuitetsbetraktninger, all den tid dette var hovedpoenget til Forusstranda Næringspark AS.¹¹⁸ Isolert sett, er dette uheldig med hensyn til rettsavklaring for fremtidige tvister. Det er imidlertid ikke klart at en drøftelse av kontinuitetsbetraktninger ville ført til et annet resultat. For å avgjøre dette spørsmålet, må det redegjøres nærmere for hva kontinuitetsprinsippet går ut på, samt undersøkes hvorvidt prinsippet har fått gjennomslag i lignende problemstillinger. I hvilken utstrekning en fusjon som overfører fast eiendom, kan betraktes som en rettsstiftelse eller et rettsserverv, får stor betydning for vurderingen som skal foretas nedenfor i pkt. 4.4.

4.3.3 Nærmere om kontinuitetsprinsippet

Rent terminologisk betyr kontinuitet at noe opprettholdes eller vedvarer uavbrutt. Når begrepet forekommer i juridisk sammenheng, siktes det ofte til grunnlaget for en rekke spesialregler om selskapsrettslige omorganiseringer, nærmere bestemt fusjoner, fisjoner og

¹¹⁷ Marthinussen, ”Forusstranda” (2017), pkt. 3 (s. 70 flg.) gir en mer omfattende kritikk av Høyesteretts metodiske tilnærming vedrørende dette spørsmålet.

¹¹⁸ Se særlig Marthinussen, ”Forusstranda” (2017), pkt 4 flg. (s. 78).

omdanninger.¹¹⁹ Kontinuitetsprinsippet kommer ikke direkte til uttrykk i loven, men fremgår forutsetningsvis av asl./asal. § 13-2, ved at det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser må overdras som helhet.

I tidligere aksjelovgivning ble fusjon behandlet som oppløsning av selskapet. Utgangspunktet var at et selskap som ønsket å fusjonere, måtte sørge for å dekke alle krav mot selskapet med mindre fordringshaverne samtykket i et debitorskifte. Eventuelle kontrakter måtte også bringes til opphør med mindre kontrakten ga selskapet rett til å overdra sine rettigheter, eller at medkontrahenten godtok en ny kontraktspart.¹²⁰ Dette var ikke en hensiktsmessig ordning for selskaper som ønsker å fusjonere. Formålet med en fusjon er ofte å skape en større og mer konkurransedyktig virksomhet.¹²¹ Ved å la privatrettslige begrensninger og medkontrahentenes vilje være avgjørende for adgangen til å fusjonere, hindret man selskapene i å danne slike virksomheter.

Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet – slik det oppfattes i dag – ble introdusert i norsk rett ved aksjeloven av 1976.¹²² I forarbeidene til loven peker departementet på at kontinuitet først og fremst er av stor betydning for den videre drift av virksomheten. Det overdragende selskaps rettsforhold og inngåtte kontrakter kunne enkelt videreføres og oppfylles i det overtakende selskap. Departementet pekte videre på at fusjonen i svært mange tilfeller også vil være i medkontrahentens interesse.¹²³ Det fusjonerte selskapet har minst like gode forutsetninger for å betale krav og levere ytelser som det overdragende selskap forut for fusjonen. Man tillot derfor at et selskap ved fusjon kunne overdra alle rettigheter – også de rettigheter som ellers ikke var overførbare. Kontinuitetsprinsippet er videreført i aksjeloven av 1997, og det fremgår av forarbeidene at prinsippet danner grunnlag for å ”ta bort rettslige hindringer for endringer og omstillinger i næringslivet som ofte vil foreligge ellers [...]”¹²⁴

Kontinuitetsbetraktninger dreier seg altså om forenkling av virksomhetsoverdragelser. Utgangspunktet er at rettigheter som overføres ved fusjonen ikke tillegges rettsvirkninger, jf.

¹¹⁹ Jf. også Giertsen (1999), s. 27-28.

¹²⁰ Se Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

¹²¹ Se også Woxholth (2016), s. 350.

¹²² Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (*opphevet*).

¹²³ Se Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 201.

¹²⁴ Jf. NOU 1992: 29 s. 197.

ovenfor. Spørsmålet er om dette synspunktet gjelder for tinglysingsloven §§ 23 og 20. I lovproposisjonen til 1976-loven heter det:

”De aksjerettslige regler om fusjon vil måtte vike for bestemmelser i andre lover som tillegger fusjonen andre virkninger enn aksjeloven selv.”¹²⁵

Det er med andre ord ingen automatikk i at kontinuitetsprinsippet gis gjennomslag i lovgivningen ellers. Vurderingen beror på en tolkning av vedkommende lov i lys av de hensyn kontinuitetsprinsippet er ment å ivareta. For eksempel må spørsmålet om det oppløsende selskap kan overføre en konsesjon eller tillatelse, avgjøres med utgangspunkt i de bestemmelser som gjelder for konsesjonsordningen.¹²⁶

Når det gjelder tinglysingsloven §§ 23 og 20, gir verken ordlyden eller forarbeidene noen særlige holdepunkter for vurderingen av hvilken betydning kontinuitetsbetraktninger har for kravet om tinglysing. Det kan imidlertid konstateres at det ikke gjelder noe kontinuitetsprinsipp for overføring av rettslige posisjoner generelt, jf. aksjeloven § 13-17 første ledd. At dette er tilfellet kommer klart frem i NOU: 29 på s. 197. Her slås det fast at formell overføring må skje etter reglene for de enkelte typer eiendeler.¹²⁷

I HR-2017-1664 var spørsmålet om en klausul som ga forkjøpsrett ”ved salg” av fast eiendom, også kunne gjøres gjeldende ved fusjon. Høyesterett tok utgangspunkt i avtaleklausulen, og slo fast at det ikke var holdepunkter for at partene ved avtaleinngåelsen hadde tenkt nærmere gjennom hva ”salg” skulle omfatte. Det avgjørende måtte da bli en objektiv tolkning av avtalen.¹²⁸ I dommens avsnitt 40 sammenligner Høyesterett den alminnelige oppfatningen av et salg med virkningene av en fusjon:

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

¹²⁵ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 202.

¹²⁷ Se for øvrig punkt 4.2.2 ovenfor.

¹²⁸ Se dommens avsnitt 36.

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

Fusjonen utløse altså ikke forkjøpsrettsklausulen. Uttalelsen viser klart hvorledes Høyesterett vurderer betydningen av kontinuitetsbetraktninger ved løsningen av det aktuelle rettsspørsmålet. At en eiendom eller eierseksjon er beheftet med en forkjøpsklausul, kan utvilsomt være en rettslig hindring for at fusjonen er gjennomførbar. Dersom rettighetshaveren ønsker å benytte seg av forkjøpsretten, vil retten kunne komme i konflikt med de fusjonerende selskapenes muligheter for å skape en større og mer konkurransedyktig virksomhet. Løsningen er derfor at fusjonen gjennomføres uten at forkjøpsretten utløses eller opphører – den er en del av den ”helhet” som overføres, jf. aksjeloven § 13-2. Dette er fullt ut i tråd med begrunnelsen for kontinuitetsprinsippet.¹²⁹

Inntil Høyesterett avsa dommen i HR-2017-33-A, var det få tilfeller i rettspraksis der spørsmål om forholdet mellom rettsvern og kontinuitetsbetraktninger kom på spissen. Det eneste eksempelet er Oslo tingretts dom av 2. juni 2010 (TOSLO-2010-6909). En eiendom (X) i Oslo kommune ble solgt fra et eiendomsselskap (H) til et annet selskap (A). For å unngå dokumentavgift ble grunnbokshjemmelen ikke overført, men det ble i stedet utstedt en generalfullmakt. Formålet med generalfullmakten var å sikre at den til enhver tid reelle eier av eiendommen også kunne disponere rettslig over den. I etterkant vedtok styret i selskap A å gjennomføre en fisjon, hvor nærmere angitte deler av selskapet skulle utfisjoneres til et nystiftet selskap (S). Eiendommen X var omfattet av næringsdelen i selskapet som ble utfisjonert. Fisjonen ble ikke registrert i grunnboken, og ved en feil ble heller ikke generalfullmakten overført til selskap S. To år senere ble eiendom X seksjonert i 9 næringsseksjoner.

Ved kjennelse av Oslo byfogdembete ble det åpnet konkurs i selskap A. På dette tidspunkt var selskap A i besittelse av generalfullmakten, mens grunnbokshjemlene til de 9 næringsseksjonene fortsatt lå i selskap H. Konkursboet (B) tok beslag i alle seksjonene under

¹²⁹ Rent språklig er det uansett anstrengende å forene en fusjon med et tradisjonelt salg. Avgjørelsen går imidlertid langt i å bygge på kontinuitetsbetraktninger.

henvisning til tinglysningsloven § 23. Ettersom selskap S ikke hadde besørget tinglysning av sitt erverv, ble det gjort gjeldende at eiendommen var gjenstand for kreditorekstinksjon.

Tingretten måtte ta stilling til om tinglysningsloven § 23 gir hjemmel for ekstinksjon av eiendom som er overført ved fisjon når tinglysning ikke har funnet sted. Retten mente at konkursboet ikke kunne høres med sin anførsel om at enhver frivillig stiftet disposisjon som medfører en endring, overføring eller overdragelse av eiendomsrett, må omfattes av tinglysningsloven § 23. Det ble i den forbindelse vist til at fisjoner blir gjennomført på grunnlag av regler som bygger på kontinuitetsbetraktninger. Det kunne derfor ikke innfortolkes et krav om ”formell hjemmeloverføring” for at det overtakende selskap skulle ha rettsvern mot det overdragende selskaps kreditorer.¹³⁰ Konklusjonen ble derfor at konkursboet ikke kunne ta beslag i næringsseksjonene.

Avgjørelser fra tingretten har generelt svært begrenset rettskildemessig verdi. Denne dommen er likevel godt egnet til å illustrere hvorledes kontinuitetsprinsippet også kan få betydning for spørsmål om rettsvern. Tingretten går imidlertid langt i å legge til grunn at kontinuitetsprinsippet uten videre skal få anvendelse i dette tilfellet. Retten viste til Justisdepartementets rundskriv G-06/2005, samt uttalelser i juridisk litteratur som underbygger synspunktet om at ”formell hjemmeloverføring” ikke er nødvendig for at det overtakende selskap skal ha rettsvern. Rent metodisk er dette en forsvarlig fremgangsmåte. Problemet er imidlertid at spørsmålet om kreditorekstinksjon fra konkursbo i tidligere ledd, ikke nevnes i verken rundskrivet eller i de aktuelle henvisningene i juridisk litteratur.

Tingrettens konklusjon synes å forutsette at fisjon ikke omfattes av tinglysningsloven § 23, og at fisjonen derfor ikke behøver å registreres i grunnboken for at en eventuell overføring av eiendom skal ha rettsvern mot kreditorbeslag. I rundskriv G-06/2005 står det at ”formell overskjøting” ikke er nødvendig, men at det er ”tilstrekkelig at fusjonen eller fisjonen blir registrert i grunnboken ved notering av bekreftelse fra Foretaksregisteret [...]” I lys av det som behandles i rundskrivet – ”den tinglysningsmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning” – er det uklart hvorfor tingrettens konklusjon baserer seg på at tinglysning overhodet ikke behøver å finne sted ved slike overføringer. I praksis gjør Kartverket en navneendring og tinglyser i den forbindelse et såkalt fusjonsskjøte, eller brev fra ny hjemmelshaver om fusjonen. Selv om en slik navneendring

¹³⁰ Se andre og tredje avsnitt på side 5 i dommen.

ikke er noen egentlig tinglysning av overføring av eiendomsretten, gir fremgangsmåten fullgod notoritet for at overføringen er reell. Det må derfor antas at dette er tilstrekkelig – men også nødvendig - for å etablere rettsvern.¹³¹

4.3.4 Vurdering

Spørsmålet om en fusjon (eller fisjon) medfører at det foreligger en rettsstiftelse eller et rettserverv etter tinglysningsloven §§ 23 og 20, må bero på rekkevidden av kontinuitetsprinsippet. I lys av uttalelser fra forarbeidene til nåværende aksjelov og 1976-loven, bør prinsippet gis gjennomslag i tilfeller der privatrettslige begrensninger hindrer en forenklet sammenslåing av selskapene, og der en tolkning av den aktuelle loven ikke tilsier et annet synspunkt. Dette må antas å være den underliggende begrunnelsen for resultatet i HR-2017-1664-A. Når det gjelder forholdet til tinglysningslovens bestemmelser, må man vurdere om reglene oppstiller rettslige hindringer for gjennomføringen av en fusjon. Det som kreves etter tinglysningslovens bestemmelser, er at rettsstiftelsen eller rettservervet registreres i grunnboken, slik at disposisjonen ivaretar hensynet til notoritet og publisitet. All den stund det er frivillig å tinglyse, kan tinglysing etter sin art ikke anses som en hindring eller begrensning i et selskaps adgang til å fusjonere. Kontinuitetsprinsippet bør ikke gis gjennomslag i større utstrekning enn de hensyn som begrunner prinsippet tilsier. Selv om det ikke har skjedd et ”ervert” eller en ”rettsstiftelse” i tradisjonell forstand, har det skjedd en formell endring av rettssubjekt. Notoritets hensyn taler for å forstå tinglysningslovens bestemmelser slik at tinglysing da er nødvendig.¹³²

¹³¹ Jf. også Marthinussen, ”Forusstranda” (2017), s. 83 (petit-avsnitt). Rundskriv fra Justisdepartementet og praksis fra tinglysningsmyndighetene bør riktignok ikke være avgjørende for rettsvernsspørsmål; dette er strengt lovregulerte regelsett som skal ivareta viktige rettsikkerhetsmessige hensyn.

¹³² Man kan da spørre om kritikken mot Høyesteretts (manglende) drøftelse av kontinuitetsprinsippet i HR-2017-33-A er berettiget. Generelt er det kritikkverdigg at Høyesterett ikke gikk nærmere inn på betydningen av kontinuitetsbetrakninger for forståelsen av tinglysningsloven § 23. Likevel kan det tenkes at Høyesterett i sin argumentasjon ikke skiller på betydningen av kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon, men heller prinsippets betydning ved spørsmål om det overdragende selskaps kreditorers beslagsrett og spørsmål om rettsvern for en eiendom som blir overført i forbindelse med fisjon (avsnitt 47-48). Ved fusjonen av Sønreal AS og (nye) Sønnichsen AS, fikk kontinuitetsprinsippet gjennomslag fordi debitorposisjonen ble overført som ledd i den ”helhet” som fusjoner generelt overfører, jf. asl. § 13-2. Ved utfisjoning av Sønfor-eiendommene fikk

4.4 Gir fusjon av hjemmelsselskap og eiendomsselskap rettsvern ved konkurs eller utlegg?

4.4.1 Nærmere om problemstillingen

Spørsmålet er om kjøperselskapet av en eiendom og aksjene i tilhørende hjemmelsselskap kan foreta en fusjon med hjemmelsselskapet for å beskytte seg mot kreditorene til tidligere eiere av eiendommen. Fusjonen kan gjennomføres enten med hjemmelsselskapet som overdragende selskap eller med hjemmelsselskapet som overtakende selskap. I lys av HR-2017-33-A er det avklart at fusjon likestilles med ”avtaleervert” i relasjon til tinglysningsloven § 23. Dette innebærer at overføring av eiendom ved fusjon må tinglyses senest dagen før konkursåpningen for å være vernet mot et konkursbeslag. Tinglysning i grunnboken er lovens minimumskrav for å tilfredsstillende notoritets- og publisitetshensyn.

Ved en fusjon av hjemmelsselskapet og eiendomsselskapet samles grunnbokshjemmelen og eiendommen på samme hånd. På denne måten vil den formelle registrering av hjemmelshaver og reelle eierforhold være i samsvar med hverandre. Alternativet til en slik fusjon er å foreta en alminnelig overskjøting av eiendommen til reell eier fra hjemmelsselskapet og få skjøtet tinglyst. Overdragelsen vil da ha rettsvern mot konkursbeslag og andre konkurrerende rettserverv, jf. hhv. tinglysningsloven §§ 23 og 20. For erververen påløper dokumentavgift tilsvarende 2,5 prosent av eiendommens salgsverdi, jf. dokumentavgiftsloven § 6 og stortingsvedtaket § 1.

4.4.2 Hjemmelsselskapet er overdragende selskap

I dette tilfellet innebærer fusjonen at eiendomsselskapet overtar hjemmelsselskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet, jf. aksjeloven § 13-2 første ledd. Når fusjonen er registrert i Foretaksregisteret, regnes hjemmelsselskapet som oppløst, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 1. Etter aksjeloven § 13-17 første ledd kan eiendomsselskap deretter overføre formelle posisjoner som eier eller rettighetshaver til eiendeler som tidligere har tilhørt

kontinuitetsprinsippet begrenset gjennomslag, fordi de underliggende hensyn ikke tilsier et tilstrekkelig vidt rekkevidde.

hjemmelsselskapet. Som tidligere påpekt, er det i rundskriv G-06/2005, jf. G-37/90 lagt til grunn at formell overskjøting av fast eiendom ikke er påkrevd i slike tilfeller. Det er tilstrekkelig at fusjonen registreres i grunnboken ved notering av bekreftelse på at foretaket er innfusjonert i et annet. At slik registrering medfører at overtakende selskap som erverver har fått rettsvern, følger av drøftelser over.¹³³

Som nevnt innledningsvis har det tidligere vært en utstrakt bruk av hjemmelsselskaper i eiendomsbransjen. Den eller de reelle eiendomstransaksjonen(e) ble i disse tilfellene gjennomført lenge før en eventuell etterfølgende fusjon med hjemmelsselskapet. Som utgangspunkt er det ikke problematisk i relasjon til tinglysingsreglene å registrere et erverv lenge etter overdragelsen fant sted, utover at dette utsetter erververen for en beslagsrisiko frem til tinglysing er gjennomført.

Utfordringen med en etterfølgende fusjon for å samle hjemmel og eierskap, er at den registrering (navneendring) i grunnboken som skjer i forbindelse med fusjonen, ikke gir uttrykk for den reelle overdragelsen av eiendommen. Like fullt resulterer registreringen i at overtakende selskap får grunnbokshjemmelen overført til seg. Spørsmålet er om en slik fusjon med påfølgende registrering i grunnboken er tilstrekkelig til å avskjære beslagsretten til et eventuelt konkursbo eller utlegg hos en av eiendomsselskapets rettsforgjengere.

Tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum lyder:

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

Den rettsstiftelsen som må være innført i dagboken, er overdragelsen av eiendommen til eiendomsselskapet. Tolkningen av uttrykket ”rettsstiftelse” kan imidlertid by på tvil i denne sammenheng. Ved å lese bestemmelsens ordlyd kan man utlede at den gjelder *rett* som er *stiftet ved avtale*. Ut i fra en naturlig språkforståelse er det selve *retten* (her: eiendomsretten) som skal stå seg overfor konkursbeslaget. Når lovteksten likevel viser til at *rettsstiftelsen* må vært innført i dagboken, blir spørsmålet om rettsvern bare kan etableres ved tinglysing av avtalen som var grunnlaget for selskapets erverv av eiendommen (eventuelt skjøtet som gir

¹³³ Se punkt 4.3.3 ovenfor.

uttrykk for den reell overdragelsen av eiendomsretten), eller om det er tilstrekkelig at eiendomsretten som sådan fremgår av grunnboka. Alminnelig språkbruk tilsier at man med uttrykket ”rettsstiftelse” taler om det forhold som dannet grunnlaget for ervervet av eiendomsretten. Isolert, trekker ordlyden derfor i retning av at en reell rettighetsendring må ligge til grunn for tinglysingen. I så fall vil registrering av en senere fusjon, der overføring av eiendomsretten ikke var en del av rettsgrunnlaget (kun grunnbokshjemmel), kunne anses som ikke tilstrekkelig.

En mer formålsrettet tolkning av bestemmelsen kan imidlertid gi inntrykk av at tinglysingsloven § 23 utelukkende stiller krav om grunnbokshjemmel. I så fall vil det være tilstrekkelig for rettsvern at eiendommens rettsforhold som sådan fremgår av grunnboka ved konkursåpningen. Når fusjonen med hjemmelselskapet registreres i grunnboka, overføres grunnbokshjemmelen til eiendomsselskapet. Grunnbokens informasjon vil da være i samsvar med de reelle eierforhold.

Problemstillingen synes ikke å være berørt i tinglysingslovens forarbeider. Dette kan dels skyldes at svaret er så ”selvsagt” at man ikke tok seg tid til å kommentere spørsmålet nærmere. Imidlertid kan forklaringen være at man ikke var tilstrekkelig klar over hvilke potensielle konflikter som kan oppstå i skjæringspunktet mellom rettsvernsspørsmål og virkningen av selskapsrettslige konstruksjoner. En så eksempelvis ikke for seg at erververen av fast eiendom kunne få sitt rettsforhold registrert i grunnboken på annen måte enn ved tinglysing av kjøpekontrakten eller skjøte.¹³⁴

For å fastlegge det nærmere innholdet i tinglysingsloven § 23, er det naturlig å sammenligne med rettsvernsbestemmelsen for utlegg. I tinglysingsloven § 20 første ledd benyttes formuleringen: ”Når et dokument er registrert, går *det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for*, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er registrert samtidig eller tidligere” (min kursivering). Her markeres sammenhengen mellom rettservervet og dokumentet desto tydeligere. Rettserverv er riktignok et annet begrep enn rettsstiftelse, og man kan anta at lovgiver bevisst har valgt en annen formulering i denne bestemmelsen. I lovens forarbeider

¹³⁴ Det skal i den forbindelse bemerkes at tinglysingslovens forarbeider er fra 1935 og 1972. Fusjoner slik de gjennomføres i dag var ikke en del av lovgivningen før 1976, mens fusjoner ble introdusert ved någjeldende aksjelov av 1997.

blir begrepene imidlertid brukt om hverandre, hvilket tilsier at de har samme innhold.¹³⁵ Berg og Bråthen-Otterbech peker på at uttrykket ”rettsverv” omfatter alle *stiftelsesgrunnlag*, både frivillige og ufrivillige.¹³⁶ Det bør helt klart være korresponderende rettsvernsbestemmelser for utlegg og konkurs.¹³⁷ Ut fra systembetraktninger kan det derfor anføres at regelen i tinglysingsloven § 23 må tolkes på samme måte som bestemmelsen i samme lov § 20.

En slik tolkning har støtte i flere bestemmelser i loven. Tinglysing foregår ved at et *dokument* registreres i grunnboken, jf. tinglysingsloven § 5. Videre følger det av tinglysingsloven § 12 at ”[s]åfremt ikke annet er bestemt ved lov, kan *et dokument* bare registreres i grunnboken når det går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller oppheve en rett som har til gjenstand en fast eiendom” (min kursivering). Lovens ordning er altså helt ubestridt basert på registrering av rettsstiftende dokumenter som kommer inn til tinglysingsmyndighetene.¹³⁸ Det er da naturlig å legge til grunn at rettsvernet inntreder ved registrering av det dokumentet som faktisk ligger til grunn for den aktuelle rettsstiftelsen. En slik forståelse antyder at fusjon av hjemmelsselskap og eiendomsselskap ikke er tilstrekkelig for å etablere rettsvern, fordi en fusjon ikke innebærer en reell eiendomsoverdragelse, men kun overføring av registrert hjemmel. Rettsstiftelsen der eiendommen ble overdratt fra selger til kjøper er dermed ikke registrert.

Det følger av langvarig høyesterettspraksis at det har formodningen mot seg å legge en annen forståelse av rettsvernsbestemmelser til grunn enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av lovteksten.¹³⁹ Når Høyesterett i sine avgjørelser konsekvent fremhever at rettsvernsreglene er absolutte, bør rettssubjektene fullt ut kunne stole på lovens formuleringer. Potensielt kan en avvikende tolkning resultere i et betydelig økonomisk tap for den som har innrettet seg etter den ved lov foreskrevne fremgangsmåte for å beskytte sitt formuesgode. Behovet for notoritet er utvilsomt det bærende hensyn som ligger til grunn for rettsvernsreglene. Når ordlyden er tvetydig, bør notoritetshensynet derfor være avgjørende for bestemmelsens rekkevidde. Dette kommer også klart frem i Høyesteretts argumentasjon. Ved

¹³⁵ Se for eksempel Ot.prp. nr. 9 (1935-1936) på side 35.

¹³⁶ Berg og Bråthen-Otterbech (2009), s. 241.

¹³⁷ Jf. også Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016), s. 190, samt pkt. 3.3.3 ovenfor.

¹³⁸ Se forutsetningsvis tinglysingsloven § 7.

¹³⁹ Se punkt 1.3 ovenfor.

forståelsen av avtalebegrepet i tinglysingsloven § 23, la Høyesterett i HR-2017-33-A avgjørende vekt på formålet med bestemmelsen; å hindre kreditorsvik.¹⁴⁰ Høyesterett uttalte:

”Formålet med bestemmelsen i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum er som påpekt å hindre kreditorsvik. Fare for kreditorsvik er til stede ved alle former for frivillige disposisjoner fra debtors side. Formålet med bestemmelsen tilsier således at lovens begrep ”avtale” ikke innebærer noen begrensning utover at det som omfattes, er frivillige disposisjoner.”¹⁴¹

Formålet med bestemmelsen var også avgjørende i Rt. 2008 s. 586.¹⁴² Ved spørsmålet om tinglysingsloven § 23 var begrenset til tinglysing overfor boet til den som har grunnbokshjemmel, sa Høyesterett:

”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.”¹⁴³

Basert på uttalelsene fra Høyesterett bør man ved løsningen av foreliggende problemstilling legge til grunn den forståelse av ordlyden som best harmonerer med hensynet til å unngå kreditorsvik. Isolert sett kan det være svekkende for konkursboets beslagsrett at skyldnerens suksessor får en videre adgang til å tinglyse sitt erverv. Slike betraktninger er imidlertid ikke relevante for spørsmålet om hvilke formuesgoder konkursboet kan ta beslag i. Så lenge skyldnerens suksessor (her: eiendomsselskapet) har tinglyst sitt erverv før konkursåpningen, foreligger det fullgod notoritet for at rettsstiftelsen ikke er antedatert. Det er nettopp dette hensynet tinglysingsloven § 23 er ment å ivareta. Ved registrering av fusjonen i grunnboka, tilfredsstiller eiendomsselskapet således de alminnelige krav som stilles til notoritet etter loven. Notoritets hensynet gir dermed begrenset veiledning i dette tilfellet, men isolert sett er det ikke til hinder for at fusjonen gir rettsvern.

Et spørsmål er hvilken betydning eventuelle rettslige konsekvenser skal få i vurderingen. Rimelighetshensyn har generelt liten betydning i spørsmål om rettsvern.¹⁴⁴ Det kan imidlertid

¹⁴⁰ Det ble også lagt vekt på ordlyden i tilsvarende lovbestemmelser, se punkt 4.3.2 ovenfor.

¹⁴¹ Se dommens avsnitt 40.

¹⁴² Se punkt 3.3. ovenfor.

¹⁴³ Se dommens avsnitt 34.

tenkes at en bestemt forståelse av lovteksten åpner for utilsiktede eller uønskede konsekvenser fra lovgiver sin side. Et godt eksempel er Høyesteretts resultat i Rt. 1999 s. 247 som ble fraveket i Rt. 2008 s. 586. I den sistnevnte dommen ble det vist til at ”[e]n annen løsning ville åpne for omgåelser ved at debitor påstår å ha videresolgt eiendom i de tilfeller eget erverv ikke er tinglyst [...]”.¹⁴⁵ Det var ikke holdepunkter i lovens ordlyd som ga grunnlag for den forståelse som ble gjort gjeldende fra ankemotparten. Høyesterett hadde derfor ikke behøvd å vise til hva en ”annen løsning” ville ført til for å begrunne sitt resultat. Avgjørelsen viser at Høyesterett også er konsekvensorientert i sin rettsanvendelse vedrørende rettsvernsspørsmål.¹⁴⁶

En konsekvens av å tolke tinglysingsloven § 23 utelukkende som et krav om grunnbokshjemmel, er at man utvider adgangen til å få overdragelser av eiendom tinglyst uten at det påløper dokumentavgift.¹⁴⁷ Dette er i så fall godt nytt for de aktørene som tidligere opprettet hjemmelsselskap for både å spare dokumentavgift og redusere risikoen for kreditorbeslag. Man kan derfor tenke seg at en slik tolkning gir insentiv til at flere ønsker å arrangere eiendomsoverdragelser på denne måten. Hvorvidt dette har vært ønskelig eller bevisst fra lovgivers side er ikke mulig å trekke ut av rettskildene. Imidlertid synes det å være tendenser til at Høyesterett utviser lite sympati overfor aktører som ønsker å spare dokumentavgift ved overdragelse av fast eiendom, for eksempel i avgjørelsen HR-2017-33-A. Til dette skal bemerkes at dokumentavgiften er en skattemessig begrunnet konstruksjon. All den stund Justisdepartementet faktisk har utarbeidet et dokumentavgiftsfritak for registrering av eiendom som overføres ved selskapsrettslige omorganiseringer, er det naturlig at næringsaktørene innretter seg etter reglene. Fiskale hensyn som å stimulere til betaling av dokumentavgift, bør således ikke tillegges for mye vekt ved tolkningen av tinglysingsloven.

¹⁴⁴ Jf. Rt. 1997 s. 1050, Rt. 1998 s. 265 og HR-2017-33-A.

¹⁴⁵ Dommens avsnitt 34.

¹⁴⁶ Vurderingen var riktignok direkte knyttet til notoritetshensynet, men uttalelsen bærer likevel preg av å være en konsekvensvurdering. I lys av hvilket rettsspørsmål som ble behandlet i saken, kan det tenkes at uttalelsen ble gitt for å understreke hva som i realiteten ble konsekvensen av Rt. 1999 s. 247.

¹⁴⁷ Spørsmålet er altså ikke som i HR-2017-33-A, hvor man vurderte om den som fullt bevisst av økonomiske grunner har unnlatt å sørge for tinglysing av sitt avtaleerlev, likevel skal oppnå rettsvern i konkurs (se dommens avsnitt 58).

De relevante rettskildene taler for en restriktiv tolkning av lovteksten. For at en rett (eiendomsrett) skal ha rettsvern ved konkurs (eller utlegg), må det foreligge en reell overføring av eiendom, og stiftelsesgrunnlaget for overføringen må være registrert i grunnboken. Fusjon kan innebære en reell overføring av eiendom, men det er ikke den rettsstiftelsen som gir eiendomsselskapet eiendomsretten, når det kun er hjemmel som fusjoneres inn. Dette kan bety at fusjon av hjemmelsselskap og eiendomsselskap ikke er tilstrekkelig for å etablere rettsvern. En slik forståelse har støtte i systembetraktninger og er forenelig med det som kan utledes av en alminnelig språklig forståelse av lovteksten. Selv om notoritetshensynet vil være ivaretatt ved begge tolkningsresultater, bør det foreligge tydeligere holdepunkter i rettskildene for å lande på en annen konklusjon enn at fusjon av hjemmelsselskapet ikke gir rettsvern.¹⁴⁸

4.4.3 Hjemmelsselskapet er overtakende selskap

Spørsmålet er om rettsvern kan etableres dersom det er hjemmelsselskapet som overtar eiendomsselskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet, jf. aksjeloven § 13-2. Eiendommen regnes som overført til hjemmelsselskapet ved registrering av fusjonen i Foretaksregisteret, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 3. I motsetning til situasjonen der hjemmelsselskapet er det overdragende selskapet, foreligger det her en reell overføring av eiendom – en rettsstiftelse – ved fusjonen. At en fusjon som overfører fast eiendom generelt må regnes som en rettsstiftelse etter tinglysingsloven § 23, følger av drøftelsen over.¹⁴⁹ Ettersom hjemmelsselskapet allerede er tinglyst som hjemmelshaver, skjer det imidlertid ingen registrering av eiendommens overgang i grunnboken. Det fremgår klart av tinglysingsloven § 23 at ”rettsstiftelsen ... [må] være *registrert* senest dagen før konkursåpningen” (min kursivering). Selv om det overtakende selskap allerede er registrert som hjemmelshaver, har ikke den reelle overføringen av fusjonen blitt registrert. Det kan argumenteres for at notoritetshensynet er ivaretatt ved at hjemmelsforholdene og de reelle eierhold samsvarer, slik at det derfor ikke er noen grunn for å tillate kreditorekstinksjon. Her må imidlertid en klar ordlyd være avgjørende; rettsstiftelsen er ikke registrert. Konklusjonen

¹⁴⁸ All den tid problemstillingen ikke har vært behandlet av domstolene, kan det i alle fall legges til grunn at fusjonen medfører en betydelig risiko for kreditorbeslag.

¹⁴⁹ Se punkt 4.3.3 og 4.3.4 ovenfor.

er derfor at konkursboet kan ta beslag i eiendommen, selv om grunnboken utpeker det overtakende selskap som hjemmelshaver.

Et spørsmål er om det kan gjennomføres en ny etterfølgende fusjon eller fisjon (etter fusjonen av hjemmelsselskapet og eiendomsselskapet) for å etablere rettsvern. Ettersom den første fusjonen samlet grunnbokshjemmelen og det reelle eierskapet på samme hånd, vil en slik etterfølgende fusjon eller fisjon medføre at eiendommen skifter reell eier og hjemmelshaver samtidig.¹⁵⁰ I lys av at Høyesterett i HR-2017-33-A likestiller fisjon som overfører fast eiendom med ”avtaleervert” i henhold til tinglysningsloven § 23, må vilkårene anses oppfylt i et slikt tilfelle. Noe annet vil være i strid med bestemmelsens ordlyd.¹⁵¹

¹⁵⁰ Forutsatt at fusjonen eller fisjonen registreres i grunnboken som angitt i rundskriv G-06/2005.

¹⁵¹ En slik ”annenledds” fusjon eller fisjon kan gjennomføres uavhengig av om hjemmelsselskapet var overdragende eller overtakende selskap i den første fusjonen.

5 Kilderegister

5.1 Litteratur

Bøker

Aarbakke, Magnus mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2004)

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave (Oslo 2016)

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave, (Oslo 2009)

Berg, Borgar Høgetveit og Stein Bråthen Otterbech, *Tinglysing* (Oslo 2009)

Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 2. utgave (Bergen 2011)

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave (Oslo 2012)

Giertsen, Johan, *Fusjon og fisjon* (Bergen 1999)

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern* (Bergen 1999)

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre* (Bergen 2016)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2016)

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 5. utgave (Oslo 2016)

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 6. utgave (Oslo 2009)

Zimmer, Frederik, mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, 5. utgave (Oslo 2010)

Artikler

Langseth, Erik ”Gir kjøp av hjemmelsselskap beskyttelse mot selgerens kreditorer?”, *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2014 s. 83-91

Berge, Stig og Reidar Myhre ”Konkursboets beslagsrett ved fisjon”, *Revisjon og regnskap*, 2. utgave, 2017 s. 25-34

Marthinussen, Hans Fredrik ”«Forusstranda»: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål”, *Jussens Venner*, 2017, s. 67-97

5.2 Lover

Kong Christian Den Femtis Norske lov 15. april 1687

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing

Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev

Lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift

Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (*opphevet*)

Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre

Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

Lov 10. desember 2004 nr. 77 om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.

5.3 Stortingsvedtak

Stortingsvedtak 17. desember 2016 nr. 1673 om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2017

5.4 Lovforarbeider

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

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

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

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

5.5 Rundskriv

Justisdepartementets rundskriv G-06/2005 ”Den tinglysmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning”

Justisdepartementets rundskriv G-37/90 (Uten tittel)

5.6 Rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett

HR-2017-1664-A

HR-2017-33-A

Rt. 2015 s. 979

Rt. 2008 s. 1160

Rt. 2008 s. 586

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 1999 s. 247

Rt. 1998 s. 268

Rt. 1997 s. 1050

Rt. 1997 s. 645

Rt. 1995 s. 1122

Rt. 1935 s. 981

Avgjørelser fra lagmannsrettene

RG 2008 s. 1335

Avgjørelser fra tingrettene

TOSLO-2010-6909

5.7 Elektroniske kilder

Artikkel i Estate Nyheter

<http://www.estatenyheter.no/2008/06/25/eiendomskjop-kan-bli-bombe/>

