

Ansvarsgjennombrudd i konsernforhold

Kandidatnr: 314

Veileder: Professor Magnus Aarbakke

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17 555 ord

14.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	1
1.2	AVHANDLINGENS TEMA	2
1.3	TERMINOLOGI	4
1.3.1	AKSJESELSKAP OG ALLMENNAKSJESELSKAP	4
1.3.2	KONSERN	5
1.3.3	KREDITOR	7
1.3.4	ANSVARSGJENNOMBRUDD	8
1.4	JURIDISK TEORIS SYNSPUNKTER	11
2	<u>ALTERNATIVE HEFTELSESGRUNNLAG</u>	12
2.1	ALLMENT	12
2.2	AKSJELOVENS § 17-1 OG ALMINNELIG ERSTATNINGSGRUNNLAG	12
2.3	MORSELSKAPETS ANSVAR FOR SINE ANSATTE I DATTERSELSKAPETS STYRE	13
2.4	AVTALEGRUNNLAG	14
2.4.1	MORSELSKAPSGARANTIER	14
2.4.2	LETTER OF COMFORT	16
2.5	ANSVARLIG LÅNEKAPITAL	17
2.6	ANSVAR FOR FORPLIKTELSER FØR REGISTRERING AV DATTERSELSKAP	18
2.7	ANSVAR FOR DATTERSELSKAPETS FORPLIKTELSER ETTER AVVIKLING	18
2.7.1	FORMELL AVVIKLING	18
2.7.2	FAKTISK AVVIKLING	19
2.8	ANSVAR FOR SKATTER OG AVGIFTER I DATTERSELSKAP	20
2.9	ANSVAR VED FUSJON OG FISJON	21
2.10	PROFORMA OG UGYLDIGHETSPØRSMÅL	22
3	<u>ANSVARSGJENNOMBRUDD SOM EGET GRUNNLAG</u>	22
3.1	ALLMENT	22
3.2	ANSVARSGJENNOMBRUDD OG ALMINNELIG ERSTATNINGSRETT	23

4	<u>ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	25
4.1	ALLMENT	25
4.2	ANSVARSGJENNOMBRUDD – EN HELHETSVURDERING	26
4.3	MOMENTER I HELHETSVURDERINGEN	26
4.4	FORHOLD PÅ DEBITORSIDEN; I MORSELSKAPET OG DATTERSELSKAPET	28
4.4.1	UNDERKAPITALISERING I DATTERSELSKAP	28
4.4.2	DOMINERENDE RÅDIGHET OVER DATTERSELSKAP	33
4.4.3	KONSERNSTRUKTURENS INNVIRKNING – INTEGRERTE SELSKAPER	44
4.4.4	SAMMENBLANDING	45
4.5	FORHOLD PÅ KREDITORSIDEN	46
4.5.1	KREDITORS UNDERSØKELSESPLIKT	46
4.5.2	KREDITORS KARAKTER	47
4.6	ANSVARETS FAKTISKE GRUNNLAG – BEVISBYRDESPØRSMÅL	48
4.7	ANSVARSGJENNOMBRUDD OVERFOR ANDRE SELSKAP I KONSRNET	50
5	<u>AVSLUTNING</u>	51
	<u>LITTERATURLISTE</u>	53
	<u>FORARBEIDER</u>	54
	<u>DOMSREGISTER</u>	54
	<u>LOVREGISTER</u>	55
	<u>FORKORTELSER</u>	56

1 Innledning

1.1 Innledende bemerkninger

Aksjeselskapene slik vi kjenner dem i dag, er et resultat av en fremvekst av en rekke selskapsformer oppstått i takt med samfunnsutviklingen. Den økte handel, den omfattende industrialisering og det økte generelle samkvem som har preget vår historie, særlig etter 1850, har krevd nye former for sammenslutninger blant annet for å kunne finansiere nyvinninger. Her har den begrensede heftelse for forpliktelser som aksjeselskapene representerer for eierne, vært av stor betydning. Ved hjelp av aksjeselskapsformen har det vært mulig å skaffe til veie kapital til risikofylte prosjekter, som trolig ikke hadde vært mulig å realisere, hvis heftelse og risiko hadde vært ubegrenset for eierne.

Aksjeselskapsformen i vid forstand, er regulert i to parallelle lover, begge av 13. juni 1997, henholdsvis "Lov om aksjeselskaper" (aksjeloven) nr. 44 og "Lov om allmennaksjeselskaper" (allmennaksjeloven) nr. 45.¹ Eiernes heftelse reguleres i begge lovers § 1-2:

"(1) Aksjeeierne hefter ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser.

(2) Aksjeeierne plikter ikke å gjøre innskudd i selskapet eller i tilfelle i selskapets konkursbo i større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen."

Denne ansvarsreguleringen skiller aksjeselskapet fra de fleste andre selskapsformer.² Den klare hovedregel i norsk rett er altså at aksjeeierne ikke hefter overfor selskapets kreditorer, jfr. aksjeloven (asl) og allmennaksjeloven (asal) § 1-2, 1. ledd. Dette gjelder også morselskap i konsern. Kan det i konsernforhold med heleide datterselskap likevel tenkes situasjoner hvor morselskapet hefter overfor datterselskapets kreditor? Dette er

¹ Nærmere om begrepet "aksjeselskap" og skillet mellom de to lovene, se pkt. 1.3.1.

² Motsatt bl.a. selskapsloven, lov 21. juni 1985 nr. 83, § 1-1, 1. ledd.

oppgavens hovedproblemstilling. En slik eventuell heftelse for morselskapet overfor datterselskapets kreditorer må forutsette et særskilt grunnlag.

1.2 Avhandlingens tema

Slik hovedproblemstillingen er skissert innledningsvis, vil den videre fremstilling konsentrere seg om å drøfte eventuelle særlige grunnlag for kreditor til å gjøre morselskapet ansvarlig for datterselskapets forpliktelser. En slik direkte heftelse må holdes atskilt fra en heftelse som følger av krav datterselskapet eller dets konkursbo har mot morselskapet, og således bare indirekte blir et krav til fordel for datterselskapets kreditorer.³ Tilsvarende faller morselskapets ansvar for ulovlige utdelinger utenfor, jfr. asl § 3-7. Og til slutt må det også avgrenses mot den indirekte heftelse som følger av asl § 1-2, 2. ledd. Det er altså kun den direkte heftelse som er tema i denne fremstillingen.

Hovedtyngden av oppgaven vil fokusere på det som i teorien er omtalt som et spørsmål om ansvarsgjennombrudd,⁴ også betegnet som gjennomskjæring av aksjeeiernes ansvarsbegrensning. I Rt. 1991 s. 119 uttaler Høyesterett at et ansvarsgjennombrudd kan tenkes hvor det foreligger særlige grunner:

”Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmene som har stått for ledelse av selskapet.” (s. 123)

Denne bemerkningen er gjentatt i Rt. 1996 s. 672 på side 678.

³ Ved datterselskapets konkurs kan for eksempel omstøtelsesreglene i lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) kapittel 5 bli aktuelle som et grunnlag for tilbakeføring fra morselskapet. Konkursrettslige regler og selskapsrettslige regler er nylig behandlet av Johan Giertsen ”Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse.” I: Festskrift til Inger Dübeck ”Jura & Historie”, København 2003.

⁴ Se bl.a. Andenæs s. 44-46, Brocker s. 29 flg., Hagstrøm, ”Obligasjonsrett” s. 92-101, Aarum s. 45-50, samtlige med henvisninger.

Hvorfor skal man så åpne for å gå rundt den ansvarsfrihet som følger av lovens hovedregel? En forutsetning for dette må i alle fall være at selskapet selv mangler midler til å dekke sine forpliktelser. I en slik situasjon vil man eventuelt kunne lete etter andre ansvarssubjekter, slik som daglig leder, styremedlem eller revisorer. Den pågående debatten om de ulike organers ansvar for sine beslutninger i et aksjeselskap har i stor grad medført en bevisstgjøring av det økonomiske ansvar som kan følge med for eksempel et styreverv. Noe som igjen har ført til en større bruk av ansvarsforsikringer for disse subjektene. Dette er imidlertid et erstatningsansvar, og det ligger begrensninger i forsikringens erstatningsutbetaling, og i det at en enkeltperson ofte ikke er søkegod i et erstatningsoppgjør utover en eventuell ansvarsforsikring. For revisor stiller revisorloven krav om sikkerhet, noe som muliggjør bedre dekning.⁵ Det må i denne sammenheng påpekes at det kan dreie seg om store beløp, og det kan dermed være av stor interesse å se også på eierne, særlig hvor selskapet det er snakk om, er datterselskap i et konsern med et sterkt morselskap.

Et eventuelt ansvarsgjennombrudd kan støttes av ulike argumenter. Det kan blant annet vises til en alminnelig rimelighetsvurdering. Det vil kunne fremstå som rimelig at det morselskap som mottar eventuelle overskudd også skal bli belastet hvor det foreligger tap. Det må likevel påpekes at det er ønskelig fra samfunnets side å kunne begrense ansvaret ved næringsvirksomhet, også i konsernforhold. Sann sett må morselskapet kunne stole på at det ikke vil hefte for datterselskapet. Ellers vil aksjeselskapsformen kunne bli satt under et generelt press. Videre vil det kunne sies at et ansvarsgjennombrudd vil kunne ha en preventiv virkning overfor morselskapet, slik at det innretter seg til beste for datterselskapet.

Et ansvarsgjennombrudd vil være til fordel for datterselskapets kreditorer. I denne sammenheng må det kunne hevdes at det i hvert fall for kreditorer med grunnlag i kontrakt, må sies å foreligge en undersøkelsesplikt i forhold til debtors regnskap, jfr alminnelig kontraktsrettslige prinsipper. En manglende undersøkelse vil kunne frata kreditor rett til å bryte gjennom ansvarsbegrensningen.

Temaet er naturlig nok ikke avgrenset til norske forhold og er diskutert særlig i USA, hvor man har kommet langt i å avgrense situasjoner hvor morselskapet hefter for

⁵ Lov av 15. januar 1999 nr 2 om revisjon og revisorer § 3-7.

datterselskapet. Her bruker man gjerne betegnelsen ”piercing the corporate veil”.⁶ Også i tysk rett forekommer lignende forhold under betegnelsen ”Haftungsdurchgriff”.⁷ Man må være forsiktig med å trekke direkte paralleller til disse begrepene, da de er utviklet i andre rettssystemer enn vårt eget. Det faller utenfor denne avhandlings tema å gå inn på utenlandsk retts behandling av problemet. Men lovreguleringen av aksjeselskap i Norge har mange likhetstrekk med den regulering vi finner i våre nordiske naboland. Dette har sin bakgrunn i det lovsamarbeidet som har funnet sted i Norden, ikke minst på aksjeselskapsrettens område.⁸ Det vil derfor bli tatt med eksempler fra nordisk praksis og gjort noe rede for dansk og svensk teori.

1.3 Terminologi

Før den videre drøftelsen av de særlige grunnlagene for å fastlegge heftelse for morselskapet, er det behov for å presisere enkelte av de begrepene som vil bli brukt i fremstillingen. I tillegg vil det bli gjort enkelte avgrensninger.

1.3.1 Aksjeselskap og Allmennaksjeselskap

Som påpekt under punkt 1.1, er det ansvarsfrihet eller ansvarsbegrensning for aksjeeierne som kjennetegner aksjeselskapsformen. Dette ligger til grunn for den definisjon av aksjeselskap som man kan hente ut av begge aksjelovers § 1-1, 2. ledd:

”Med aksjeselskap / allmennaksjeselskap forstås ethvert selskap hvor ikke noen av deltakerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser, ...”

De to lovene er hovedsakelig parallelle, men fraviker hverandre på enkelte punkter. Bakgrunnen for delingen er de ulike behov som såkalte ”åpne” og ”lukkede” selskaper har.⁹ I utgangspunktet vil det i forhold til denne oppgaves problemstilling ikke være avgjørende hvilken av de to selskapsformene som benyttes, men av praktiske

⁶ Gorton: ”Through the corporate veil – något om ansvarsgenombrott i amerikansk rätt.” I: Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) 1985 s. 198 flg., Clausen s. 955 flg., Brocker s. 65 flg.

⁷ Werlauff: ”Selskabsmasken” s. 33 flg.

⁸ Nærmere beskrivelse av samarbeidet finnes i NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper s. 12 flg.

⁹ Se videre om skillet i NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 15 flg., Aarbakke...[et al.] s. 27-28, 71-74.

grunner vil det bli henvisning til aksjeloven. På de punkter hvor det vil være av interesse å sondre mellom de to formene, vil dette bli presisert.

Det er etter vårt rettssystem en presumpsjon for solidaransvar for deltakere i et selskapsforhold.¹⁰ Når rettssystemet anerkjenner den ansvarsfrihet som følger av aksjeloven, har det også skapt behov for å gi rettigheter til andre som berøres av denne ansvarsfriheten. Dette gjelder først og fremst selskapets kreditorer, jfr. under punkt 1.3.3.

I tillegg er det prinsipper av mer overordnet karakter som kan vise seg å støtte opp under kreditorene, hvor det foreligger motstridende interesser knyttet opp til et aksjeselskap. Aksjeselskapers styringsorganer kan blant annet sies å være utformet med et ønske om at selskapet skal fremstå som uavhengig, blant annet for å sørge for at selskapets kapital ikke blir benyttet til selskapsfremmede formål. En for sterk tilknytning til aksjeeierne vil lettere kunne føre til en slik bruk. Således har man blant annet begrenset aksjeeiernes innflytelse ved å begrense deres direkte myndighet. Aksjeeierne har som følge av at det er styret som står for forvaltningen av selskapet, jfr. asl § 6-12, fått sin direkte innflytelse begrenset til den kompetanse som er tillagt generalforsamlingen, jfr. asl §§ 5-1 flg. Denne myndigheten er i seg selv ikke begrenset, jfr. asl § 5-1, som fastslår at generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, men ettersom forvaltningen av selskapet er tillagt styret, vil ordningen naturlig nok medføre begrensninger i generalforsamlingens faktiske myndighet. Et brudd på denne ansvarsfordelingen kan medføre at det uavhengighetsprinsipp som aksjeselskaper blant annet er tuftet på, blir tilsidesatt.

For å aktualisere den problemstilling som skal belyses i oppgaven er det en forutsetning at datterselskapet er lovlig stiftet etter asl kapittel 2 og registrert, jfr. lov av 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (fregl). Dette kommer tydelig frem i asl § 2-20 som setter dette som en forutsetning for at selskapet overhode skal kunne pådra seg forpliktelser og dermed muliggjøre et ansvarsgjennombrudd.¹¹

1.3.2 Konsern

Med et konsern forstås en gruppe av selskaper som er tilknyttet hverandre på grunnlag av innflytelse selskapene i mellom. Etter aksjeloven foreligger et konsern når et selskap

¹⁰Jfr. Rt. 1983 s. 1401 og Andenæs s. 15.

¹¹ Se pkt. 2.6.

har ”bestemmende innflytelse over et annet selskap”, jfr. asl § 1-3, 2. ledd. Selskapet med bestemmende innflytelse er ”morselskap”, mens selskapet som er underordnet er ”datterselskap”, jfr. asl § 1-3, 3. ledd. Den bestemmende innflytelsen kan ha grunnlag i eierandel eller avtale. Hva det ligger i bestemmende innflytelse kan være litt usikkert, men det klare utgangspunktet må være at det her ligger et krav om flertall, altså mer enn femti prosent av stemmene på generalforsamlingen i aksjeselskapet, jfr. asl § 1-3, 2. ledd nr. 1. Alternativt foreligger bestemmende innflytelse når man kan avsette eller velge et flertall av styrets medlemmer, jfr. asl § 1-3, 2. ledd nr. 2. Det kan på bakgrunn av forarbeidene til aksjelovene stilles spørsmål om det kan foreligge et konsern hvor den bestemmende innflytelsen er av såkalt ”faktisk” art.¹² Andenæs er avvisende til en slik konserndefinisjon.¹³

På bakgrunn av rettspraksis’ behandling av spørsmål knyttet til ansvarsgjennombrudd, er denne oppgaven begrenset til å omhandle den ”reneste” form for konsern. Med dette menes konsern hvor datterselskapet er heleid av morselskapet. Dette er altså fordi praksis i størst grad har aktualisert problemet ved slike eierstrukturer. Samtidig vil problemstillinger knyttet til eventuelt ulike eiere falle utenfor oppgaven. Hagstrøm omtaler dette som ”*Det klassiske tilfellet av ansvarsgjennombrudd...*”.¹⁴

Det kan tenkes en rekke argumenter for å organisere en virksomhet i flere aksjeselskaper med sammenfallende eierinteresser. Innledningsvis skal noen argumenter kort nevnes. Det ligger ofte et klart ønske om å isolere risiko og altså avgrense et eventuelt ansvar for det resterende konsern. Slik ansvarsbegrensning oppnås enklest ved å opprette et selvstendig datterselskap. Videre kan et motiv være ønsket om å lage klare skiller mellom virksomhetens ulike sider. Man kan her blant annet tenke seg en oppdeling hvor ett selskap står for produksjon og et annet står for salg av ferdigprodukter. I tillegg må det påpekes at det kan være enklere å avhende et aksjeselskap ved overføring av samtlige aksjer til ny eier, enn å splitte opp et aksjeselskap, for så å gjennomføre overdragelsen.

I større konsernforhold er det normalt å operere med et morselskap, gjerne omtalt som et holdingselskap eller som konsernspiss. Dette driver ofte ikke selv noen form for

¹² NOU 1996:3 s. 87.

¹³ Andenæs s. 32.

¹⁴ Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 93.

aktivitet utover å være eier for et konglomerat av datterselskaper. Det må understrekes at slike oppdelinger og inndelinger av selskap er helt legitim.

Konsernstrukturer er svært sentralt i næringslivet. Ofte vil de konsern som faller inn under aksjelovens konserndefinisjon, fremstå som en økonomisk og organisatorisk enhet. Selv om aksjeloven inneholder en del særlige regler for konsern, er det rettslig sett klart at den enkelte konsernenhet har sin selskapsrettslige selvstendighet i behold.¹⁵ En helhetlig konserntenkning fra ledelsen kan sånn sett stå i motsetning til det enkelte selskaps krav på uavhengighet. Denne motstriden kom blant annet frem i granskningen av UNI Storebrands oppkjøpsforsøk av Skandia.¹⁶ Problemstillingen vil bli belyst nærmere i forbindelse med vurdering av et eventuelt ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av morselskapets dominerende rådighet over datterselskapet.¹⁷

1.3.3 Kreditor

Kreditor har i utgangspunktet en fordring som i forhold til de alminnelige regler i aksjeloven ikke har en spesiell sikkerhet. Man kan naturlig nok tenke seg situasjoner hvor kreditor har sikkerhet etter andre regler.¹⁸ Så lenge denne sikkerheten er tilstrekkelig for det krav kreditor har på selskapet, eller datterselskapet innfrir fordringen, vil problemstillingen i oppgaven ikke bli aktualisert. Det er derfor i det følgende forutsatt at kreditor ikke har særskilt sikkerhet for sitt krav og at kravet ikke er innfridd.

Kreditors krav kan ha ulike grunnlag, og dette kan tenkes å ha innvirkning på spørsmålet om ansvarsgjennombrudd. Kravet kan for eksempel bygge på et kontraktsforhold, det kan være av erstatningsrettslig art eller det kan være et skattekrav. I forlengelse av dette kan det reises spørsmål om de ulike kreditorene i et selskap kan stilles forskjellig i forhold til et eventuelt ansvarsgjennombrudd. Den rettspraksis som omhandler ansvarsgjennombrudd er hovedsakelig knyttet til formuerettslige krav. Dette vil dermed bli hovedtema for denne oppgaven. Spørsmål knyttet til krav som bygger på andre forhold vil bli behandlet avslutningsvis i punkt 4.6.

Ettersom et morselskap i utgangspunktet ikke hefter for datterselskapets forpliktelser, er en del regler i aksjeloven utviklet med et særlig ønske om å beskytte

¹⁵ NOU 1996:3 s. 86.

¹⁶ NOU 1994:7 UNI Storebrands behandling av Skandiainvesteringen.

¹⁷ Se pkt. 4.4.2.

¹⁸ Jfr. for eksempel lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant.

selskapskapitalen.¹⁹ Dette gir en viss beskyttelse for kreditorer. I tillegg er det klart at man har hatt hensynet til eventuelle minoritetseiere og de ansatte i fokus når reglene er utviklet. Det er videre utvilsomt at kreditorerne har et ønske om at morselskapet som vi her står overfor, ikke disponerer på sine egne vegne til fortregning av datterselskapets interesse. På denne bakgrunn er det utviklet regler som kan gi kreditor informasjon om datterselskapet. Her kan nevnes reglene i lov av 17. juli 1998 nr. 56 lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 3-1, jfr §§ 3-2 og 3-3, som pålegger aksjeselskap å utarbeide årsregnskap og årsberetning, og reglene om offentlighet og innsendelse av årsregnskap og årsberetning til Regnskapsregisteret i §§ 8-1 og 8-2. I tillegg inneholder §§ 3-6 til 3-9 særlige regler om konsernregnskap. Videre er kreditor sikret informasjon ved en del større endringer i datterselskapets stilling gjennom et såkalt ”kreditorvarsel”, jfr. asl §§ 12-6, 13-4, 14-7 og 16-4.

1.3.4 Ansvarsgjennombrudd

Begrepet ”ansvarsgjennombrudd” er ikke definert i lovtekst, men i Rt. 1996 s. 672 bemerker Høyesterett om begrepet:

”Det grunnlag den ankende part har anført for sitt krav er såkalt ansvarsgjennombrudd – at Park Holding AS som eier alle aksjene i Kongeparken AS må hefte direkte for Kongeparken AS’ forpliktelser.” (s. 678)

Det er altså spørsmål om en direkte forpliktelse for morselskapet overfor datterselskapets kreditorer, i motsetning til det indirekte krav som fremgår av asl § 1-2, 2. ledd, hvor det er datterselskapet som sådant som har rett til innskudd.

Begrepet ansvarsgjennombrudd har blitt kritisert i teorien. Blant annet har Brocker og Grapatin fokusert på at begrepet kun gir uttrykk for et resultat og ikke sier noe om det grunnlag som det kan tenkes brukt på.²⁰ Werlauff vil heller benytte betegnelsen ”hæftelsesgennembrudd” da dette knytter an til problemstillingens grunnlag, aksjeeierens heftelse for aksjeselskapet.²¹ I tillegg er begrepet blitt brukt med ulikt meningsinnhold hos forskjellige forfattere.²²

¹⁹ Jfr. særlig asl §§ 3-1, 3-4, 8-1, 9-1, 12-1

²⁰ Brocker s. 29.

²¹ Werlauff: ”Selskabsmasken” s. 32.

²² Se pkt. 1.4 for ulike forfatteres synspunkt.

Hovedsakelig kan man snakke om en forståelse av begrepet i en vid og en snever forstand. Den vide forståelsen av begrepet omfatter dels ansvar på grunnlag av alminnelig erstatningsrett og den lovfestede regel i aksjelovenes § 17-1, dels ansvar som har grunnlag i avtale og til slutt ansvar på bakgrunn av identifikasjon mellom selskapet og aksjeeierne. I denne fremstillingen vil ansvarsgjennombrudd bli brukt i en snever forstand, som kun omfatter spørsmålet om identifikasjon.

På bakgrunn av aksjeselskapenes selvstendige stilling i forhold til aksjeeierne er det naturlig å se på aksjeselskapet som et eget rettssubjekt, atskilt fra eierne.²³ Med dette menes at selskapet som sådant kan ha rettigheter og forpliktelser på linje med fysiske personer.²⁴ Andenæs oppstiller dette som en hovedregel, og det er bred enighet om at det etter norsk rett er en presumpsjon for dette.²⁵ Det er likevel slik at rettssubjektiviteten kan anses å være relativ, og at spørsmålet om selvstendighet må besvares konkret ut i fra den enkelte situasjon.²⁶ En nærmere diskusjon av temaet finnes blant annet hos Andenæs og Werlauff.²⁷

Anser man at rettssubjektiviteten er relativ, slik blant andre Augdahl gjør, kan man etter min mening, likestille dette med spørsmålet om identifikasjon mellom mor- og datterselskap.²⁸ Med dette grunnlaget vil man måtte besvare spørsmålet om rettssubjektiviteten i det enkelte rettsforhold og i denne sammenheng, i forhold til den enkelte kreditor. Med bakgrunn i et ansvarsgjennombrudd overfor morselskapet vil det føre til at man ser mor og datter under ett i relasjon til den enkelte kreditor. I forlengelsen av dette kan man således hevde at datteren ikke er å anse som eget rettssubjekt i den konkrete situasjonen. Det fører altså igjen til et sammenfall av spørsmålet om ansvarsgjennombrudd og rettssubjektivitet. Det ligger i denne parallellen en svakhet, da det kan stilles spørsmål om hensiktsmessigheten i å operere med et subjektivitetsbegrep som er knyttet opp til hvert enkelt rettsforhold. Velger man likevel å si at datterselskapets rettssubjektivitet er opprettholdt også ved et

²³ Se bl.a. Rt. 1993 s. 513, Rt. 1994 s. 1002.

²⁴ Aarbakke...[et al.] s. 29-33.

²⁵ Se Andenæs s. 43.

²⁶ Augdahl s. 25-27.

²⁷ Se bl.a. Andenæs s. 41-47, Werlauff, "Selskabsret" s. 15-20.

²⁸ Se Augdahl s. 25-27. Se særlig side 27, hvor Augdahl er avvisende til Platous kritikk av Ørstedes relative rettssubjektivitet, jfr side 27, note 1. Augdahl hadde selv hentet sitt syn på begrepet fra Ørsted.

ansvarsgjennombrudd, står vi her overfor et solidaransvar mellom morselskapet og datterselskapet.

I forlengelsen av diskusjonen om selskapets rettssubjektivitet og i lys av den hovedproblemstilling som denne avhandlingen tar opp, er det et særlig spørsmål om rettssubjektivitet for det enkelte selskap som inngår i en konsernstruktur. Vil det enkelte selskap sees på som en selvstendig juridisk enhet eller vil man måtte se på konsernet som en helhet? Kan man si at konsernet som sådant er en juridisk person i en konkret situasjon, på bakgrunn av den eierstruktur som er valgt? Hvis man faller ned på en løsning hvor konsernet som sådant er en juridisk person, vil dette kunne innebære at morselskapet vil bli ansvarlig for datterselskapets forpliktelser, og kreditor vil således ha et særskilt grunnlag.

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd er altså en del av et større selskapsrettslig problem knyttet til lovgiverens tanke om det enkelte selskaps uavhengighet, og den mer og mer fremtredende tanke i næringslivet om at konsernet sees som en helhet. Det kan også stilles spørsmål om morselskapets generelle heftelse for datterselskapets forpliktelser ellers. Et utslag hos lovgiver som viser at helhetstanken i næringslivet har hatt innvirkning, er godkjenningen av trekantfusjoner og trekantfisjoner i asl. §§ 13-2, 2. ledd og 14-2, 3. ledd.²⁹ På bakgrunn av dette hevder blant annet Giertsen at det faktum at det råder en helhetstenkning i næringslivet kan få følger for tolkning av lovreglene:

”Enhetshensynet kan ved lovtolkningen tale for et tolkningsalternativ som åpner for rasjonelle løsninger for konsernet som helhet.”³⁰

Spennet mellom det enkelte selskap og konsernet som helhet, har også vært belyst i arbeidsrettslig sammenheng i forbindelse med arbeidsgiveransvaret, se blant annet Rt. 1990 s. 1126 hvor det ble fastlagt et felles arbeidsgiveransvar for mor- og datterselskap, og i NOU 1996:6 ”Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.” På den annen side har Høyesterett på skatterettens område fastslått at salg av aksjer mellom konsernselskap er realisasjon, som forutsetter at vi står ovenfor to selvstendige enheter, jfr Rt. 2002 s. 456.

Inndelingen av ansvarsgjennombruddsbegrepet som er gjort over, kan sies å være problematisk ettersom det i norsk rett er hevdet av Hagstrøm at ansvarsgjennombrudd i

²⁹ For en omfattende behandling av trekantfusjoner og trekantfisjoner, se Giertsen s. 130 flg.

³⁰ Giertsen s. 80. Se også på samme side note 186.

snever forstand er å se på som et aksjonæransvar med grunnlag i alminnelig erstatningsrett, jfr. punkt 1.4. Fremstillingen vil derfor også kort belyse dette problemet, se særlig kapittel 3.

I kapittel 2 behandles mulige grunnlag for morselskapets ansvar som faller utenfor ansvarsgjennombrudd i snever forstand og som i denne oppgaven vil bli omtalt som andre særlige grunnlag. Det snevre begrepet vil det bli redegjort for i kapitlene 3 og 4.

1.4 Juridisk teoris synspunkter

Ansvarsgjennombrudd er behandlet av ulike forfattere i Norden, og i det følgende vil enkelte av forfatternes synspunkter på problemet kort fremstilles. Terminologien varierer, og også de ulike forfatteres forståelse av problemstillingen varierer.

I norsk rett er temaet behandlet blant andre av Hagstrøm.³¹ Han ser problemet fra en erstatningsrettslig vinkel:

*”Innenfor rammen av culperegelen er det mulig å statuere det aksjonæransvar som finnes ønskelig. Ved å søke forankring i erstatningsretten angis det et treffende tema, og det blir mulig å nå frem til fleksible løsninger, slik at det eksempelvis kan skilles mellom ulike grupper av kreditorer.”*³²

På bakgrunn av dette ser altså ikke Hagstrøm behovet for å anse ansvarsgjennombrudd som et alternativt grunnlag ved siden av det alminnelige erstatningsansvar, og han finner plass for rettspraksis så langt innenfor disse rammene.

Andenæs berører også temaet.³³ Det er vanskelig umiddelbart å plassere hans synspunkter. Han synes å ville se på ansvarsgjennombrudd i lys av den alminnelige erstatningsbestemmelsen i asl § 17-1. Likevel kan det sies at Andenæs på bakgrunn av Rt. 1996 s. 672 hevder at det krav til uaktsomhet som oppstilles i forhold til et ansvarsgjennombrudd, er mer kvalifisert enn et krav etter den alminnelige uaktsomhetsregel.³⁴

³¹ Hagstrøm: ”Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett” I: TfR 1993 s. 250 flg. og ”Obligasjonsrett” s. 92-101.

³² Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 99-100.

³³ Andenæs s. 44-46.

³⁴ Andenæs s. 45.

I motsetning til den linje Hagstrøm står for, finner vi den danske forfatter Werlauff, som så langt står bak den mest omfattende teoretiske behandling av temaet.³⁵ Denne linjen følges også i hovedsak i Sverige. En forklaring på dette gir Hagstrøm ved å påpeke at utvikling i svensk erstatningsrett er forskjellig fra norsk:

”At man også i Sverige har følt behov for å operere med et særskilt rettsgrunnlag, kan ha en sammenheng med at rene formuestap tradisjonelt har falt under den såkalte ”spärregeln”, som generelt har gjort erstatningspraksis på området for ikke-integritetskrenkelsene lite utviklet.”³⁶

For en mer detaljert gjennomgang av ulike synspunkter i teorien viser jeg til Brocker og Grapatin: ”Ansvarsgenombrott” s. 30-36. Ulike forfatteres holdninger vil også bli gjengitt i den videre drøftelsen.

2 Alternative heftelsesgrunnlag

2.1 Allment

I tillegg til ansvarsgjennombrudd kan morselskapet i visse særlige tilfeller hefte direkte overfor kreditor. I det følgende vil en del slike alternative grunnlag bli presentert. Enkelte av disse grunnlagene har en uklar grense mot ansvarsgjennombruddet, selv om grunnlagene prinsipielt må holdes atskilt. I den videre drøftelsen av ansvarsgjennombrudd i snever forstand i kapitlene 3 og 4, vil noen av disse alternative grunnlagene kunne være med som momenter i den helhetsvurdering som må gjøres for å fastslå dette eventuelle ansvarsgjennombrudd.

2.2 Aksjelovens § 17-1 og alminnelig erstatningsgrunnlag³⁷

Som grunnlag for et direkte krav mot morselskapet kan tenkes erstatningsansvar. Aksjeloven inneholder regler om erstatning i kapittel 17, men slik ordlyden er i

³⁵ Werlauff: ”Selskabsmasken”.

³⁶ Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 99.

³⁷ For en omfattende behandling av erstatningsspørsmål, se Peter Lødrup: ”Lærebok i erstatningsrett”, 4. utg. Oslo 1999.

gjeldende lov, er det kun datterselskapet som kan påberope seg denne bestemmelsen, hvor dette er påført et tap, jfr asl § 17-1.

Forløperen til dagens aksjelover, lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper, inneholdt i sin erstatningsbestemmelse i § 15-1 en regel om erstatningsansvar for morselskapets medvirkning til forvoldelse av skade. Dette erstatningsansvaret kunne også gjøres gjeldende av kreditor forutsatt at det var kreditors interesse som var krenket og at den ansvarsbetingede handling var rettet mot kreditor. Her hadde kreditor et hjemmelsgrunnlag for å påberope seg erstatning. Morselskapet kan etter dagens regelverk også ilegges erstatningsansvar, jfr. asl § 17-1, men da bare etter søksmål fra datterselskapet, ettersom det er dette som er eneste rettighetssubjekt etter asl § 17-1.

Det er imidlertid klart at erstatningsreglene i aksjeloven kan suppleres med alminnelige erstatningsrettslige regler, som kan lede til ansvar for morselskapet overfor datterselskapets kreditorer. Dette fremkommer blant annet forutsetningsvis av bestemmelsen i asl § 17-6, hvor det fastslås at kreditor er bundet av datterselskapets oppgjør med morselskapet og at et krav fra kreditor står tilbake for datterselskapets krav. For både de lovfestede og de ulovfestede reglene gjelder at det må foreligge et tap, at dette tapet er voldt forsettlig eller uaktsomt og at det må være adekvat årsakssammenheng mellom tapet og den uaktsomme handling eller unnløstelse.³⁸

Det må i denne sammenheng sondres mellom krav som oppstår på bakgrunn av erstatningsbetingende forhold fra morselskapet mot kreditor som muliggjør et direkteansvar og de tilfeller hvor den ansvarsbetingende handling stammer fra forholdet mellom morselskap og datterselskap. Dette siste alternativ er bare et indirekte ansvar for morselskapet overfor kreditor, noe som fordrer at det er datterselskapet eller dets konkursbo som retter et krav mot morselskapet, jfr. asl § 17-1.

2.3 Morselskapets ansvar for sine ansatte i datterselskapets styre

Det var i lengre tid en diskusjon om hvorvidt arbeidsgiveransvaret i lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning § 2-1 (skl) hjemlet et ansvar for morselskapet når en ansatt i morselskapet var styremedlem i datterselskapets styre. Tanken bak et eventuelt arbeidsgiveransvar lå i at morselskapet gjennom instruksjoner og pålegg i stor grad kunne innvirke på det arbeid styremedlemmet gjorde i datterselskapets styre. På bakgrunn av

³⁸ Jfr. Rt. 1979 s. 406.

dette kunne man trekke paralleller til det generelle arbeidsgiveransvar og de hensyn som lå bak denne lovreguleringen.³⁹

Spørsmålet er nå løst og gjeldende rett følger av Rt. 1996 s. 742 hvor Høyesterett uttaler følgende:

”Jeg er kommet til at erstatningslovens § 2-1 ikke hjemler arbeidsgiveransvar for styremedlem som har fått vervet som følge av sitt arbeidsforhold, verken generelt eller i spesielle tilfelle.” (s. 759)

Høyesterett påpeker at selv om det er likhetstrekk mellom de to forholdene, er det av vesentlig betydning at

”styremedlemmer er selskapets tillitsmenn og har et selvstendig ansvar for å handle i selskapets interesse, ikke i arbeidsgiverens.” (s. 759)

Man understreker her det alminnelige selskapsrettslige utgangspunkt om at styremedlemmer representerer seg selv i det selskap de er styremedlemmer.

Selv om skl § 2-1 ikke hjemler et ansvar for morselskapet vil de forhold som knytter styremedlemmer sammen med morselskapet være momenter i en helhetsvurdering som kan tale for et ansvarsgjennombrudd. Se om dette punkt 4.4.2.

2.4 Avtalegrunnlag

2.4.1 Morselskapsgarantier⁴⁰

Med garantier som ansvarsgrunnlag forstås i alminnelighet *”et løfte om å innestå rent objektivt for kontraktsbrudd som omfattes av tilsagnet”*.⁴¹ Hva som omfattes av garantien må fastlegges ut i fra en fortolkning av den enkelte garanti. Hagstrøm påpeker i sin behandling av garantiansvaret at det ofte avgis tilsagn om garanti uten at de videre rettsfølger fastlegges, men sier videre:

³⁹ Problemstillingen er ytterligere belyst i Aarum s. 51 flg., Hagstrøm i TfR 1993 s. 276 flg. og NOU 1996:3 s. 90-91.

⁴⁰ For en omfattende behandling av garantiretten, se Carsten Smith: ”Studier i garantirett. Garantirett II”, Oslo 1963.

⁴¹ Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 514.

”Den alminnelige oppfatningen i teorien – med støtte i tolkningslærens ukklarhetsregel – har da vært at om det ikke kan konstateres som et noenlunde sikkert fortolkningsresultat at erstatning ligger utenfor tilsagnet, må erstatningsplikt inntre.”⁴²

Morselskapsgarantier må i denne sammenheng forstås som en erklæring til fordel for datterselskapets kreditor. Datterselskapet forblir her hoveddebitor. Morselskapet hefter etter hovedregelen i norsk rett subsidiært, men en prinsipal solidaritet kan avtales i det enkelte garantiforhold. En forutsetning for at ansvar skal inntre er at det underliggende kravet er misligholdt. Det er viktig å fastholde at garantien er et rettsforhold mellom morselskapet og kreditor uten datterselskapet som part. Dette fordi forholdet mellom datterselskap og kreditor kan stille seg annerledes enn forholdet mellom morselskap og kreditor. Som eksempel kan garantien være ugyldig, mens datterselskapets forpliktelse overfor kreditor består.⁴³

Morselskapsgarantier kan sees på som et virkemiddel for å skaffe gode vilkår for datterselskapets kredittbehov. I fra en annen vinkel kan man se på garantien som et alternativ til egenkapitaltilskudd i datterselskapet. Dette muliggjør en friere tilpasning av kapitalforholdene i det enkelte konsern. Denne tilpasningen har dog skranker i aksjelovens regler, jfr. asl § 8-10 som omhandler garantier fra morselskapet til datterselskap i forbindelse med anskaffelse av aksjer i morselskapet selv eller annet selskap i samme konsern. En slik garanti vil være ugyldig, jfr. asl § 8-11. Videre har man i asl § 3-9 regler om konserninterne transaksjoner som kan tenkes å ramme garantier. Forarbeidene til aksjeloven angir at dette er en lovfestelse av et tidligere ulovfestet prinsipp og omhandler ikke garantier spesielt.⁴⁴ Vinje hevder i sin avhandling at en slik garanti fra morselskap til fordel for datterselskap ikke vil rammes av § 3-9.⁴⁵ Ettersom morselskapsgarantier er et kjent og utbredt redskap i næringslivet, er det etter min mening mulig å innfortolke en slik garanti i § 3-9, 1. ledds ”...vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”, og således vil disse ha gått fri for

⁴² Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 515.

⁴³ Jfr. Rt. 1984 s. 28.

⁴⁴ NOU 1996:3 s. 192.

⁴⁵ Vinje s. 140.

begrensningen. Jeg må her likevel ta forbehold for de helt atypiske garantier, som må sies å være en reell omgåelse av aksjelovens bestemmelser til beskyttelse av de enkelte selskapers kreditorer.

2.4.2 Letter of comfort⁴⁶

I gitte situasjoner ønsker morselskapet ikke å avgi rene garantier til støtte for datterselskapet, jfr punkt 2.4.1. I praksis har det da forekommet erklæringer, gjerne omtalt som letters of comfort – trøstebrev. Disse forekommer mellom ulike parter, ikke bare i konsernforhold. I denne sammenheng begrenses interessen til såkalte morselskaps erklæringer. I likhet med morselskapsgarantier, representerer støtteerklæringene et trekantforhold, hvor morselskapet avgir støtteerklæringer for datterselskapet til datterselskapets kreditor. Hvilken rettslig karakter slike erklæringer har er usikkert. Det kan generelt hevdes at dette må løses på bakgrunn av en konkret tolkning av ordlyden i den enkelte erklæring, med bakgrunn i den alminnelige avtalerett, hvorvidt morselskapet hefter for datterselskapets gjeld. Dette kan ofte by på problemer ettersom erklæringen i sin natur ofte er uklar. Problemstillingen er i norsk rett omfattende behandlet av Røsæg. Oppsummeringsvis svarer han ja på spørsmålet om et morselskap må dekke datterselskapets gjeld hvor det er utstedt morselskaps erklæring, og således blir likheten med morselskapsgarantier slående.⁴⁷ Dette svaret modereres av en rekke forbehold og presiseringer, og Røsæg formulerer seg kanskje nærmere det riktige når han sier: ”*Løftevirkinger skal – om man vil formulere seg slik – formodes.*”⁴⁸ De særlige problemer som Røsæg peker på, er at slike erklæringer ofte benyttes for å omgå begrensninger i vedtekter eller lovbestemte begrensninger, og således brukes til noe som i større eller mindre grad kan anses å være rettsstridig. De kan dermed anses å være ugyldige.

Hva er så bakgrunnen for å benytte en slik erklæring? Disse erklæringene kan fremstå som et kompromiss mellom kredittgiver på den ene side som ønsker full sikkerhet for sin ytelse, og morselskapet på den andre siden som ikke ønsker å avgi en garanti. Vinje trekker frem behovet for å unngå regnskapsføring, noe som vil være tilfelle for garantier, i motsetning til støtteerklæringer som ikke må føres som en

⁴⁶ For en omfattende behandling av tema, se Røsæg og Iversen.

⁴⁷ Røsæg s. 573-577.

⁴⁸ Røsæg s. 573.

forpliktelse etter god regnskapsskikk.⁴⁹ Det samme peker den danske forfatter Iversen på.⁵⁰ Iversen viser også til den generelle konkurransen i kredittmarkedet som et moment som fører til at de profesjonelle kredittgiverne er villig til å strekke seg langt for å få en kunde. Videre kan morselskapet i forhold til en annen kredittgiver ha avgitt løfte på ikke å avgi garanti til andre. Man kan gjennom en ”trøsteerklæring” gi den nye kreditor en viss sikkerhet, men likevel ikke bryte mot avtalen med tredjeperson.

2.5 Ansvarlig lånekapital⁵¹

Ved siden av tilføring av aksjekapital fra morselskapet, kan tenkes flere måter å styrke kapitalen i datterselskapet. Et alternativ er å yte såkalt ansvarlig lånekapital. Som det fremgår av betegnelsen, snakker vi her i utgangspunktet om et lån fra mor til datter. Det som likevel kjennetegner dette lånet, er at det vil stå tilbake for øvrige kreditorers krav mot datterselskapet, og dermed i likhet med aksjekapitalen gir kreditorene sikkerhet for sine krav.⁵² Det er vanskelig å karakterisere dette som et direkte ansvar for morselskapet i forhold til datterselskapets særkreditorer, men jeg velger likevel å behandle det her, da det kan være av betydning for en vurdering av et eventuelt ansvarsgjennombrudd.

Hvorvidt det foreligger ansvarlig lånekapital eller om det er et lån etter vanlige betingelser, må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av den enkelte låneavtale. Høyesterett har i Rt. 1996 s. 672 i sin vurdering av en låneavtale blant annet lagt vekt på tilbakebetalingsbestemmelsen i avtalen. En avtale med særlig lempelige tilbakebetalingsordninger kan trekke i retning av at man står overfor et ansvarlig lån. Det aktuelle tilfelle gjaldt et spørsmål om underkapitalisering, og man kan kanskje se det som mer sannsynlig at det dreier seg om et ansvarlig lån når datterselskapet for øvrig har et svakt kapitalgrunnlag.

⁴⁹ Vinje s. 158.

⁵⁰ Iversen s. 44-45.

⁵¹ Jfr. H. Jakhelln: ”Ansvarlig lånekapital” I: TfR 1967 s. 422 flg.

⁵² Ansvarlig lånekapitals prioritet i et datterselskaps konkursbo faller trolig inn under bestemmelsene i dekningsloven § 9-7 nr. 2 og 3. Særlig nr. 2 omhandler etter ordlyden direkte avtaler om etterprioriterte lån.

2.6 Ansvar for forpliktelser før registrering av datterselskap

Aksjelovens § 2-20 fastlegger som en hovedregel at et aksjeselskap ikke kan pådra seg forpliktelser overfor tredjeperson, i vårt tilfelle datterselskapets eventuelle særkreditorer, før det er registrert i foretaksregisteret, jfr. fregl § 6-1. Man kan likevel tenke seg, som forutsatt i asl § 2-20, 2. ledd, at morselskapet i forbindelse med stiftelse av datteren opptrer i datterselskapets navn. Det følger da av asl § 2-20, 2. ledd at morselskapet hefter for forpliktelsen. En slik heftelse kan tenkes hvor morselskapets styre ber datterselskapets styre, eventuelt daglig leder om å ta opp lån i datterselskapets navn forut for registreringen. Det kan her lett oppstå et solidaritetsansvar mellom morselskap og datterselskap, og de respektive selskapers styremedlemmer, eventuelt også de som står for den administrative konsernledelse og datterselskapets daglig ledelse.

Hvorvidt morselskapet vil måtte hefte eller ikke, må fastlegges med bakgrunn i den henvendelse som kom fra morselskapets styre eventuelt administrative ledelse, til datterselskapet. Hvor det foreligger krav fra morselskapets styre om at en forpliktelse skal pådras før registrering, må resultatet trekke klart i retning av heftelse for morselskapet. Hvor morselskapet kommuniserer vagere om hvilke beslutninger datterselskapet skal ta, ligger det nærmere å anta at datterselskapets styre, eventuelt andre som har pådratt forpliktelsen i datterselskapets navn, hefter alene.

2.7 Ansvar for datterselskapets forpliktelser etter avvikling

Det må under dette punktet, innledningsvis sondres mellom formell og faktisk avvikling. Med formell avvikling menes i alminnelighet avvikling av datterselskapet som følger aksjelovens regler i kapittel 16. Det er vanskelig positivt å angi innholdet i faktisk avvikling. Negativt avgrenset kan den sies å være avvikling av selskap som ikke følger reglene i aksjeloven kapittel 16. Det typiske tilfelle av faktisk avvikling er hvor morselskapet opptrer som om datterselskapet ikke lenger eksisterer.

2.7.1 Formell avvikling

Formell avvikling kan skje som følge av en frivillig oppløsning besluttet av datterselskapets generalforsamling, jfr. asl § 16-1. Videre kan skifteretten treffe beslutning om oppløsning med påfølgende avvikling, jfr asl § 16-15. Aksjeloven angir også et tredje grunnlag for oppløsning av selskapet i asl § 16-19, nemlig dom. I vårt tilfelle aktualiseres ikke denne siste bestemmelsen fordi det vil være enklere for

morselskapet å gå via en generalforsamlingsbeslutning, jfr. asl § 16-1, enn å kreve dom etter § 16-19.

Morselskapets ansvar for datterselskapets udekkede forpliktelser etter en formell avvikling av datterselskapet følger av asl § 16-12. Ansvarer er her begrenset til det morselskapet har mottatt til utdeling etter reglene i asl § 16-9. Det må trekkes en grense mellom det som er kommet til utdeling etter reglene om utbytte i asl § 8-1 og kapitalnedsettelse i asl kapittel 12, og det som er utdelt etter avviklingsreglene. Det er kun utdeling i forbindelse med avviklingen som morselskapet kan bli ansvarlig for etter § 16-12.⁵³

Asl § 3-7 gir også regler i forbindelse med avvikling og utdelinger fra datterselskapet til morselskapet. Asl § 3-7, 1. ledds 2. punktum gjør unntak for tilbakebetalingsplikt for utdelinger i strid med aksjeloven hvor mottaker har vært i god tro. Det må antas at asl § 16-12 må gå foran § 3-7 så langt den rekker, slik at morselskapet ikke kan påberope seg god tro i denne sammenheng.⁵⁴

Ansvarer etter asl § 16-12 foreldes tre år etter at endelig oppløsning er registrert i Foretaksregisteret, jfr. asl § 16-12, 3. ledd.

2.7.2 Faktisk avvikling

Aksjelovens kapittel 16 har blant annet som formål å sikre kreditorenes interesser ved en avvikling.⁵⁵ Hvis de formelle reglene ikke benyttes, kan det likevel oppstå situasjoner hvor datterselskapet faktisk anses som avviklet. Det ville virke særdeles urimelig om morselskapet gjennom en slik faktisk avvikling, ikke ville bli ansvarlig for mottatte midler fra datterselskapet i forhold til datterselskapets kreditorer. Rt. 1993 s. 20 uttaler likevel:

”Etter mitt syn kan bestemmelsen [asl 1976 § 13-15, tilsvarer den nåværende asl § 16-12] ikke uten videre anvendes analogisk på selskapets styre i tilfeller hvor driften av et selskap avvikles uten vedtak om oppløsning og valg av avviklingsstyre.” (s. 26) Min tilføyelse i parentes.

⁵³ Se Aarbakke...[et al.] s. 751.

⁵⁴ Se Andenæs s. 471, Aarbakke...[et al.] s. 751.

⁵⁵ Jfr. Rt. 1992 s. 236: *”Disse tar bl.a. sikte på å få fram verdiene i selskapet og sikre en forsvarlig avvikling under varetakelse av både aksjonærenes og - særlig - kreditorenes interesser.”* (s. 239).

Høyesterett avviser ikke kontant en bruk av analogi fra kapittel 16. Man kan tolke Høyesterett dit hen at de ikke gir tilslutning til en direkte bruk av bestemmelsen, men at prinsippene for avvikling kan gjøres gjeldende. Dette kan sies med bakgrunn i den totalvurdering som Høyesterett foretok og likevel ila styrets leder ansvar. En slik oppfattelse av kapittel 16, har også sin støtte i den skatterettslige behandlingen lignende spørsmål får. Spørsmål knyttet til faktisk avvikling har her blitt løst etter analogi fra asl kapittel 16, jfr Rt. 1992 s. 236.

I den siterte sak ila Høyesterett styrets leder et ansvar basert på en totalvurdering av saksforholdet. Et tilsvarende direkte ansvar kan tenkes i forhold til et morselskap. Vurderingene som er gjort i Rt. 1993 s. 20 kan sies å ligge tett opp mot de vurderinger som vil bli gjort i forbindelse med et eventuelt ansvarsgjennombrudd. Blant de momentene som ble trukket frem av Høyesterett var manglende interesse for ”papirarbeid”, selv om den formelle selskapsstrukturen var i orden. Videre ble det gjort ulike transaksjoner som i stor grad tilgodeså eierne fremfor selskapet som sådant.

2.8 Ansvar for skatter og avgifter i datterselskap

På skatterettens område er også det klare utgangspunkt at det enkelte aksjeselskap sees på som selvstendige enheter, jfr. lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (sktl) § 2-2, 1. ledd, litra a. Dette medfører at det er det enkelte aksjeselskap som skattlegges også er ansvarlig for sine skatteforpliktelser. Det er likevel utviklet enkelte regler med bakgrunn i skatterettens nøytralitetsprinsipp hvor det tas hensyn til konsernet som helhet.⁵⁶ Nøytralitetsprinsippet kan kort sies å være et ønske om at kapitalbeskatningen i minst mulig grad skal påvirke skatteyters adferdsmønster, fordi en slik påvirkning kan føre til effektivitetstap i samfunnet.⁵⁷

I denne sammenheng må det stilles spørsmål om det kan tenkes situasjoner hvor morselskapet likevel blir ansvarlig for datterselskapets skatteforpliktelser. Spørsmålet kan også stilles i forhold til avgiftsforpliktelser. Særlig stor interesse er det knyttet til merverdiavgiften, jfr lov av 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (mvl). Med hjemmel i mvl § 12, 3. ledd, vil et konsern kunne anses å være ett avgiftssubjekt. Som

⁵⁶ Jfr. sktl §§ 10-2 til 10-4 om konsernbidrag, § 10-20 om fradragrett for aksjonærbidrag og § 11-21 om skattefrie overføringer.

⁵⁷ Se Zimmer s. 35 flg.

følge av dette vil morselskapet være solidarisk ansvarlig for datterselskapets avgiftsforpliktelser, jfr mvl § 12. 3. ledd 2. punktum.⁵⁸

Et direkte ansvar for skatteforpliktelser kan tenkes på bakgrunn av den alminnelige gjennomskjæringslæren på skatterettens område.⁵⁹ Denne læren har en glidende overgang til proformas spørsmål, jfr punkt 2.10. I vår sammenheng kan det nevnes at morselskapet kan bli gjort ansvarlig for datterselskapets skatteforpliktelser med denne bakgrunnen som er kort oppsummert hos Zimmer:

*”På den ene side anses det helt legalt å innrette seg slik at skatten blir lavest mulig (skatteplanlegging); på den annen side må det være en grense for hvilke arrangementer med skattereduksjon for øye som kan aksepteres.”*⁶⁰

Spørsmålet er også blitt søkt løst med utgangspunkt i en vurdering av form og realitet.⁶¹

2.9 Ansvar ved fusjon og fisjon

Aksjeloven har særlige regler om fusjon og fisjon i henholdsvis kapittel 13 og 14. Ved fusjon mellom morselskap og datterselskap, hvor morselskapet er det overtakende selskap, vil morselskapet hefte for datterselskapets forpliktelser etter fusjonens ikrafttredelse, jfr. asl § 13-16, 1. ledd nr. 3.

I forhold til fisjon kan det tenkes at et aksjeselskap velger å stifte et datterselskap og etter dette fisjonere slik at det nystiftede datterselskapet opptrer som overtakende selskap, jfr. asl § 14-2, 1. ledd. Asl § 14-7 gjør reglene om kreditorvarsel i asl § 13-14 og kreditors innsigelsesrett etter asl § 13-15 gjeldende også for fisjon. I forhold til forpliktelser knyttet til morselskapet før fisjonen, gjør asl § 14-11, 3. ledd morselskapet og det nystiftede datterselskapet solidarisk ansvarlig for forpliktelser. Dog er det lagt inn en begrensning i annet punktum, hvor morselskapet bare hefter for et beløp tilsvarende nettoverdien av det som tilfalt dette ved fisjonen.

⁵⁸ For en nærmere behandling av merverdiavgiftsspørsmål, se Ole Gjems-Onstad: ”Merverdiavgift – en introduksjon” 6. utg. Oslo, 2002.

⁵⁹ Zimmer s. 51 flg.

⁶⁰ Zimmer s. 51.

⁶¹ Se Per Sandvik: ”Form og realitet i skatteretten” I: Skatterett 1982 nr. 2 s. 122 flg.

2.10 Proforma og ugyldighetsspørsmål

I vår sammenheng kan det være vanskelig å skille mellom de rene proformatilfellene og det som er oppgavens hovedtema, ansvarsgjennombrudd. Det kan blant annet vises til Rt. 1932 s. 1015 hvor annenvoterende, som talsmann for mindretallet, nettopp synes å se på problemstillingen som et spørsmål om proforma. Med proforma forstår jeg i denne sammenheng at aksjeselskapet som sådant blir satt til side. En undersøkelse av den rettspraksis som er knyttet opp mot morselskapets heftelse for datterselskapets forpliktelser, viser etter mitt syn ikke noen rene former for proforma. Det må likevel ikke utelukkes som et grunnlag. Særlig kan det tenkes hvor regler knyttet til stiftelsen av datterselskapet ikke er overholdt, eller hvor morselskapet selv ikke forholder seg til selskapet som et eget rettssubjekt.

Etter et brudd på stiftelsesreglene i asl kapittel 2 kan man også tenke seg at datterselskapet anses å være ugyldig og at man velger å se bort fra datterselskapet på dette grunnlaget. Morselskapet blir da å se på både som den formelle og den reelle innehaver av forpliktelser og rettigheter knyttet til datterselskapet.

Proformas spørsmål knyttet til selskapsformer har vært særlig belyst innenfor skatteretten i forhold til det generelle omgåelsesproblemet, og kan gi momenter til en vurdering i selskapsrettslig sammenheng.⁶²

3 Ansvarsgjennombrudd som eget grunnlag

3.1 Allment

Morselskap kan altså, som omtalt under punkt 2.2, bli ansvarlig overfor datterselskapets kreditorer etter alminnelige erstatningsregler. I kapittel 3 vil forholdet mellom dette grunnlaget og ansvarsgjennombrudd berøres. En nærmere teoretisk behandling av skillet mellom de to grunnlagene ville sprengte grensene for denne oppgaven. Det vil likevel bli gjort kort rede for enkelte synspunkter.

⁶² Zimmer s. 51 flg.

3.2 Ansvarsgjennombrudd og alminnelig erstatningsrett

Det er i teorien stilt spørsmål ved om det ved siden av det alminnelige erstatningsrettslige grunnlaget er behov for et alternativt grunnlag som i denne fremstillingen er blitt betegnet som et ansvarsgjennombrudd.⁶³ Prinsipielt er skillet mellom de to grunnlagene klare. Ansvarsgjennombrudd er en heftelse som bygger på en identifikasjon mellom morselskap og datterselskap, gitt at enkelte faktorer er til stede. Heftelsen følger her av morselskapets posisjon som aksjeeier i datterselskapet. Denne heftelsen er prinsipielt uavhengig av om datterselskapet har lidt et tap. Men på bakgrunn av rettspraksis behandling av temaet er det betimelig å påpeke den nære tilknytningen til det alminnelige erstatningsansvar. Ansvar for morselskapet vil her basere seg på en culpavurdering som i stor grad vil kunne inneholde mange av de samme faktorene som en vurdering om ansvarsgjennombrudd. Hagstrøm er tilhenger av ikke å operere med ansvarsgjennombruddet som eget grunnlag, men derimot se på det som et særskilt aksjonæransvar, med andre ord et ordinært erstatningsansvar. Eventuelt vil et selvstendig ansvarsgjennombruddsgrunnlag, etter Hagstrøms syn, kun være aktuelt for de tilfeller hvor datterselskapet settes til side som et proformaverk.

Hagstrøm mener å kunne lese ut av rettspraksis at Høyesterett ikke har hatt til hensikt å konstruere et alternativt rettsgrunnlag ved siden av erstatningsansvaret.⁶⁴ Med bakgrunn i følgende uttalelse i Rt. 1996 s. 672 som behandler ansvarsgjennombrudd i konsernforhold, har jeg likevel innvendinger mot det synspunkt:

”Det er med andre ord ikke et erstatningsansvar den ankende part gjør gjeldende, men et ansvar for kontraktsforpliktelser basert på at dette ansvaret kan plasseres hos den reelle medkontrahent.” (s. 678)

Førstvoterende gjengir her den ene parts grunnlag. Isolert sett kan en slik bemerkning ikke tillegges avgjørende vekt, men sett i lys av den videre drøftelsen Høyesterett foretar, må jeg stille meg kritisk til Hagstrøms synspunkt. Drøftelsen er i stor grad basert på de momenter som er angitt i teorien vedrørende

⁶³ Se blant andre Hagstrøm: ”Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett” s. 278 flg. og ”Obligasjonsrett” s. 99-101.

⁶⁴ Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 100.

ansvarsgjennombrudd, og da som et alternativt grunnlag, blant annet hos Brunsvig.⁶⁵ I tillegg peker Høyesterett i sin behandling ikke på erstatningsansvar som et grunnlag. Høyesteretts manglende behandling av erstatningsgrunnlaget kan naturlig nok spores tilbake til den påstand som ble nedlagt, som kun omfattet et grunnlag basert på det eventuelt ulovfestede ansvarsgjennombrudd, men allikevel vil jeg si at det er av interesse at Høyesterett velger denne angrepsvinkelen.

Det kan være hensiktsmessig å operere med ansvarsgjennombrudd som et slikt selvstendig grunnlag. Trolig vil dette, etter min mening, kunne sette et sterkere fokus på det ansvar morselskapet har for sine datterselskap, basert på en selskapsrettslig tankegang. Likeledes kan det være hensiktsmessig å operere med noe som kan sees på som en sikkerhetsventil i forhold til den absolutte regel i asl § 1-2, 1. ledd.

Werlauff tar i sin omfattende behandling av ansvarsgjennombrudd til orde for å anse ansvarsgjennombrudd, av ham omtalt som heftelsesgjennombrudd, som et selvstendig grunnlag for morselskapets ansvar. Med denne bakgrunnen vil man rettslig plassere problemstillingen på det riktige sted i rettssystemet, innenfor selskapsretten. For Werlauff er det viktig å påpeke at ansvarsgjennombrudd baseres på identifikasjon mellom morselskapet og datterselskapet, med den følge at morselskapet kan sees på som en deltaker i et ansvarlig selskap med fullt ansvar for datterselskapets forpliktelser, jfr lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper § 1-2, 1. ledd litra b. Han knytter dette videre opp mot den heftelse som kan påløpe morselskapet med hjemmel i asl § 2-20, hvor morselskapet pådrar datterselskapet forpliktelser før registrering.⁶⁶

Videre begrunner han behovet for en separat behandling med det rent faktiske økonomiske resultat av de ulike grunnlagene. Hvor det blir fastlagt et erstatningsansvar etter kontrakt, vil den skadelidte ha krav på dekning av sitt tap. Der det derimot dreier seg om et ansvarsgjennombrudd, hefter morselskapet for den sum som datterselskapet etter kontraktsgrunnlaget hefter for. Den klare forskjell kommer her frem når vi trekker inn læren om erstatning for negativ kontraktsinteresse.⁶⁷

⁶⁵ Se pkt. 4.3 for Brunsvigs momenter.

⁶⁶ Werlauff: "Selskabsmasken" s. 58-60.

⁶⁷ Werlauff: "Selskabsmasken" s. 174.

4 Ansvarsgjennombrudd

4.1 Allment

I forbindelse med utarbeidelsen av ny aksjelovgivning ble spørsmålet om en lovfesting av en generell ansvarsgjennombruddsregel tatt opp. Aarbakke-utvalget konkluderer med at en lovfesting er lite hensiktsmessig.⁶⁸ Dels med bakgrunn i at det etter utvalgets mening allerede eksisterte en ulovfestet regel og dels med bakgrunn i at en slik regel vil måtte inneholde en rettslig standard. En slik standard vil medføre en skjønnsmessig regel som vil være lite egnet til å gi noen rettleddning. Utvalget viser også til det daværende svenske lovforslag i SOU 1987:59 Ansvarsgjennombrudd m m. Dette forslaget tydeliggjør den kritikk som Aarbakke-utvalget hadde i forhold til et eventuelt norsk lovforslag:

”Kan ett aktiebolag inte uppfylla sina förpliktelser mot borgenärerna och beror detta på att en delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otilbörligt sätt, svarar delägaren solidarisk med bolaget för vad som brister. Ansvar inträder dock inte i annat fall än då bolagets ekonomiska underlag varit uppenbart otillräckligt i förhållande till verksamhetens art och omfattning samt till förutsebara risker. För förpliktelser på grund av avtal med viss borgenär inträder ej ansvar för delägare, som gjort vad som på honom skäligen ankommit för att upplysa borgenären om bolagets ekonomiska förhållanden.”

Det svenske lovforslaget ble kritisert og forkastet på grunn av sin vage utforming. En slik lovfesting ville ikke øke forutberegnligheten for rettssubjektene mente det svenske lagrådet, ettersom stor usikkerhet fortsatt ville knytte seg til blant annet bruken av ordet ”otilbörligt”.⁶⁹

Ønsket om å videreføre en eventuell ulovfestet regel støttes også i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) under punkt 12.1, siste avsnitt:

⁶⁸ NOU 1992:29 s. 45.

⁶⁹ Svensk proposition 1990/91:198 ”Om vissa ändringar i aktiebolagslagen”.

”Departementet er etter en samlet vurdering – og i tråd med Aksjelovutvalgets forslag – kommet til at det ikke er grunnlag for å foreslå en lovregulering av spørsmålene om ansvarsgjennombrudd og tilordning i denne sammenheng.”

Den ulovfestede regels innhold må etter dette fastlegges på bakgrunn av rettspraksis, teori og alminnelige selskapsrettslige grunnsetninger. Den følgende drøftelsen vil ta for seg de faktorene som kan være avgjørende.

4.2 Ansvarsgjennombrudd – en helhetsvurdering

Spørsmål om ansvarsgjennombrudd i norsk rett ble blant annet drøftet i to høyesterettsdommer i 1996, Rt. 1996 s. 672 og Rt. 1996 s. 742. Selv om Høyesterett ikke fant grunnlag for et ansvar basert på gjennombruddstankegang, pekes det i begge saker på sentrale momenter for en eventuell vurdering. Særlig er det av interesse at Høyesterett fastlegger at et eventuelt ansvar må begrunnes i en helhetsvurdering, jfr Rt. 1996 s. 672 på side 679 og Rt. 1996 s. 742 på side 757. Denne helhetsvurderingen vil hovedsakelig ha to hovedelementer, jfr. Rt. 1996 s. 672:

”(1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern.” (s. 678)

Det følger av begge de to elementene at de hver for seg kan inneholde en rekke ulike momenter og at den vurderingen som skal gjøres vil kunne bli kompleks.

4.3 Momenter i helhetsvurderingen

Flere forfattere har i sine omtaler av ansvarsgjennombrudd anført argumenter som vil kunne føre til ansvar. Werlauff tar i sin drøftelse utgangspunkt i følgende argumenter, som han mener trekker i retning av å kunne statuere heftelse:

”... (1) et betydelig eller vedvarende misforhold mellem selskabets egenkapital og omfanget af de med selskabets virksomhed forbundne risici, (2) konsekvent beherskelse af selskabets ledelsesforhold uden om dets generalforsamling og uden iagttagelse af den hermed forbundne publicitet, (3) konsekvent overførsel til selskabsdeltagere eller andre af de af selskabet invundne overskud med den følge, at selskabets egen konsolidering umuliggøres, (4) anvendelse af selskabet til at omgå forpligtelser, der påhviler selskabsdeltagere, eller (5) dispositioner i eller for selskabet, som ud fra den foran udviklede pligt til loyal varetagelse af selskabets interesse er materielt uberettigede og påviseligt synes at tilføre de disponerende selskabsdeltagere m.v. eller andre nogle ikke ubetydelige fordele.”⁷⁰

Brunsvig lister i sin behandling av spørsmålet punktvis opp følgende momenter knyttet spesifikt til konsernforhold:

- *underkapitalisering av datterselskapet,*
- *utgifter og inntekter behandles tilfeldig mellom selskapene etter hvilket selskap som har behov for likvider,*
- *intet skikkelig mellomregnskap i konsernforholdet,*
- *utstrakt bruk av gjensidige sikkerhetsstillelser for hverandres gjeld,*
- *felles regnskapsføring,*
- *felles reell styring. Ledelsen innehas i praksis av de samme personer.*⁷¹

Selv om temaet for denne oppgaven er begrenset til norsk rett med eksempler fra nordisk teori og praksis, kan det i forhold til momentene i helhetsvurderingen være interessant også å ta utgangspunkt i amerikansk utvikling av prinsippet om ansvarsgjennombrudd. Av særlig interesse er det som er blitt kjent som ”The Fisser-test”.⁷² Bakgrunnen for denne er avgjørelsen i Fisser v. International Bank, 282 F. 2d 34. ”Testen” består av elleve punkter som kan være relevante ved en vurdering av ansvarsgjennombrudd i forholdet mellom et morselskap og et datterselskap:

⁷⁰ Werlauff: ”Selskabsmasken” s. 39.

⁷¹ Brunsvig s. 71.

⁷² Omtalt av bl.a. Clausen s. 955 flg. og Brocker s. 67 flg.

1. *The parent corporation owns all or most of the capital stock of the subsidiary.*
2. *The parent and subsidiary corporations have common directors or officers.*
3. *The parent corporation finances the subsidiary.*
4. *The parent corporation subscribes to all of the capital stock of the subsidiary or otherwise causes its incorporation.*
5. *The subsidiary has grossly inadequate capital.*
6. *The parent corporation pays the salaries and other expenses or losses of the subsidiary.*
7. *The subsidiary has substantially no business except with the parent corporation and no assets except those conveyed to it by the parent corporation.*
8. *In the papers of the parent corporation or in the statements of its officers, the subsidiary is described as a department or division of the parent corporation, or its business or financial responsibility is referred to as the parent corporation's own.*
9. *The parent corporation uses the property of the subsidiary as its own.*
10. *The directors or executives of the subsidiary do not act independently in the interest of the subsidiary but takes their orders from the parent corporation in the latter's interest.*
11. *The formal legal requirements of the subsidiary are not observed.*⁷³

Disse punktene kan være av interesse før man går løs på en vurdering av rettspraksis og andre kilder etter norsk rett selv om den amerikanske selskapsretten ikke er direkte sammenlignbar. Punktene gir en pekepinn om hvilke faktorer man kan lete etter også i norsk praksis. De setter således enkelte føringer for fremstillingen. For å skape en oversiktlig drøftelse, er det i det følgende sondret etter hvilket av subjektene i heftelsesforholdet momentene i helhetsvurderingen er knyttet til.

4.4 Forhold på debitorsiden; i morselskapet og datterselskapet

4.4.1 Underkapitalisering i datterselskap

Et av typetilfellene hvor ansvarsgjennombrudd er blitt gjort gjeldende etter norsk rett er hvor datterselskapet ikke har tilstrekkelig kapital i forhold til virksomheten i selskapet, gjerne omtalt som underkapitalisering. Dette er typisk i konsernforhold hvor man aktivt

⁷³ Sitert fra Clausen s. 960.

velger å skille ut særlig kapitalkrevende virksomhet i et eget selskap, og ikke i tilstrekkelig grad sikrer kapitalbasen. Tilsvarende kan konsernet velge å plassere særlig risikopreget virksomhet i et eget selskap. En annen variant er å skille den inntektsgivende del av konsernet fra den del som genererer de fleste kostnadene. Slike strukturer kan føre til underkapitalisering for det enkelte selskap i konsernet og kan føre til et behov for kontinuerlige kapitaloverføringer for at det enkelte selskap skal kunne videreføres.

Den underkapitalisering som foreligger kan være et resultat av en utvikling i det enkelte selskap etter igangsetting av virksomheten, eller den kan ha sin bakgrunn i forhold som har gjort seg gjeldende fra stiftelsen av selskapet. I de fleste tilfeller av underkapitalisering i konsernforhold vil ikke et ansvarsgjennombrudd bli aktualisert ettersom ledelsen av konsernet ser på hele konsernet som en organisatorisk og økonomisk helhet og derfor sørger for det enkelte selskap i konsernet. Likevel vil vi kunne møte tilfeller hvor konsernet som sådant ikke tar dette ansvar.

Ett av aksjelovens hovedformål er som nevnt innledningsvis, å sikre en tilstrekkelig kapitalbase i det enkelte selskap, blant annet for å beskytte kreditorene slik at disse kan søke dekning i selskapets midler for sine krav. Mangel på kapital kan være i strid med blant annet asl § 3-4, og dermed utløse et erstatningsansvar for datterselskapets styre eller morselskapet etter asl § 17-1, eventuelt et straffansvar etter asl § 19-1. Det er likevel ikke det som er tema under dette punkt, ettersom vi her behandler en eventuell direkte heftelse for morselskapet i forhold til datterselskapets kreditorer.

Sentralt i rettspraksis vedrørende underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd står Rt. 1979 s. 81, hvor datterselskapets underkapitalisering blir trukket frem som et moment som førte til ansvarsgjennombrudd overfor morselskapet. Norges Boligbyggelags Landsforbunds (NBBL) heleide datterselskap Eidskog Industrier AS ble tildelt en totalentreprise på oppføring av boliger for Skogen Borettslag. Under byggearbeidet gikk Eidskog Industrier AS konkurs og påførte byggeprosjektet ekstrakostnader. Samtidig opptrådte NBBL som den reelle forretningsfører for Skogen Borettslag og kom således i en uheldig dobbeltrolle. Allerede ved kontraktsinngåelsen var det klart at datterselskapet var underkapitalisert. Selskapet hadde gått med underskudd siden starten fire år tidligere, og det hadde ved flere anledninger blitt tilført ny kapital. Den økonomisk alvorlige stillingen ble understreket av selskapets revisor overfor generalforsamlingen i Eidskog Industrier AS,

som her altså er NBBL, allerede et år før kontraktsinngåelsen. Høyesterett bygger ikke direkte på underkapitalisering som grunnlag for ansvaret, men peker derimot på NBBLs manglende informasjon til borettslaget ved kontraktsinngåelsen:

”NBBL hadde en vanskelig dobbeltrolle i byggesaken. På den ene siden er det naturlig at landsforbundet var interessert i at datterselskapet Eidskog Industrier fikk entreprisen. På den annen side skulle NBBL som forretningsfører vareta andelseiernes interesser overfor entreprenøren, og dette verv påla NBBL en streng informasjons- og aktsomhetsplikt. Sett på denne bakgrunn og i betraktning av at Eidskog Industrier var landsforbundets eget datterselskap, må NBBLs medvirkning til kontraktsinngåelsen sterkt kritiseres.” (s. 86)

Et moment av interesse i denne dommen er at morselskapet her står i et direkte forhold til datterselskapets debitor, og debitors tap kan avledes direkte av morselskapets utilbørlige opptreden, i form av utilbørlig mangel på informasjon og i form av et underkapitalisert datterselskap. Det må derfor påpekes at dommen ikke kan tas til støtte for at underkapitalisering i seg selv er nok til å fastlegge et ansvar, men den taler for at det kan være en medvirkende faktor eller en forutsetning for et morselskapsansvar.

Selv om det ikke var grunnlag for ansvarsgjennombrudd i Rt. 1996 s. 672 var underkapitalisering et moment som ble belyst. Saken lå slik an at Park Holding AS overtok en fritids- og fornøylespark utenfor Stavanger. Parken hadde vært vanskelig å drive, men de nye eierne ville forsøke en ny struktur, og gjennom dette skape en lønnsom virksomhet. Park Holding AS skulle kun opptre som eiendomsselskap i den nye strukturen. De andre funksjonene knyttet til drift, markedsføring og lignende av parken, ble lagt til det heleide datterselskapet Kongeparken AS. Tanken var at de ulike tilbudene i parken skulle drives etter et franchisekonsept. Kongeparken AS ble stiftet med en aksjekapital på kr 50.000 som etter dagjeldende regler var et minimum.⁷⁴ Denne kapitalen ville kanskje vært tilstrekkelig hvis forretningsplanen hadde latt seg gjennomføre. Det viste seg dog at franchisekonseptet ikke lot seg gjennomføre det første året, og det ble besluttet at Kongeparken AS skulle drive attraksjonene i parken. Høyesterett fastslår at aksjekapitalen som eneste egenkapital da ville vært ”åpenbart [...] utilstrekkelig” (s. 680), men ettersom det var ytet ansvarlig lånekapital, fant

⁷⁴Jfr. lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper § 1-1, 5.ledd.

Høyesterett likevel at det var en tilfredstillende kapital situasjon i selskapet. Man kan med andre ord ikke kun ta utgangspunkt i det som strengt tatt er datterselskapets egenkapital, jfr regnskapslovens § 6-2 C, men også ta hensyn til annen kapital som står tilbake for de ulike kreditorenes krav, jfr blant annet punkt 2.5.

Spørsmålet om underkapitalisering kan også sees fra en annen vinkel hvor man spør om det foreligger en økonomisk ubalanse mellom morselskapet og datterselskapet. Her er altså morselskapets forhold av interesse. Dette var også en vinkel som ble berørt i Rt. 1996 s. 672. Man kan her ta utgangspunkt i alle økonomiske mellomværende mellom de to selskapene og vurdere totalbyrden på det enkelte selskap. I en slik vurdering vil ikke bare egenkapitalnivå i datterselskapet være av interesse. Blant annet vil det ofte i konsern som er inndelt med et eiendomsselskap som morselskap og en datter som er driftsselskap, foreligge avtaler om driften og vederlag for bruk av morselskapets eiendommer, slik som i Rt. 1996 s. 672. Dette vil kunne være av interesse. Videre kan man rette fokus på de enkelte selskapers vedtekter for å se om disse inneholder reguleringer av kapitalforholdene i selskapene. Det foreligger regulær avtalefrihet på området med de begrensninger som ligger i aksjeloven og variasjonsmulighetene er derfor mange. Et spørsmål om underkapitalisering blir etter dette en helhetsvurdering av den økonomiske situasjon i datterselskapet.

En dansk høyesterettsdom, UfR 1989 s. 921, kan også være av interesse. Saken gjelder en stiftelse og ikke et aksjeselskap, men det som sies kan likevel være overførbart til aksjeselskapets område.⁷⁵ To av stiftelsens grunnleggere ble kjent ansvarlige for et utestående beløp etter at stiftelsen var oppløst som følge av at den ikke lenger ga overskudd. En rekke momenter ble anført for at stiftelsen ikke var å se på som et selvstendig rettssubjekt, blant annet stiftelseskapitalen som kun var på kr 10.000. Dette sett i forhold til en årlig omsetning på cirka kr 1.400.000, var å anse som en for spinkel og usikker kapitalbase. Dette forholdet mellom kapital og omsetning kan neppe sees som et grensetilfelle.

Det er på det rene at en viss risiko ligger i aksjeselskapets natur og at kun en mindre underbalanse ikke kan føre til gjennomskjæring.⁷⁶ Vi må ha klart for oss at utgangspunktet er at morselskapet ikke hefter for datterselskapet. En vurdering må

⁷⁵ Se nærmere om analogien fra stiftelse til aksjeselskap under pkt. 4.4.2

⁷⁶ Jfr. blant annet Rt. 1991 s. 119: ”Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter.” (s. 123).

knyttet opp mot den konkrete risiko og det kapitalbehov som ligger i den enkelte virksomhet. En underkapitalisering som kan medføre ansvarsgjennombrudd kan sies å foreligge når datterselskapet har en for liten kapitalbase i forhold til disse momentene.

For å sammenfatte dette punktet kan det påpekes at ingen av de dommene som er nevnt over hvor aksjeeierne ble gjort ansvarlige, fremstår som rene underkapitaliseringstilfeller. I forhold til underkapitalisering kan det trolig sies at dette i seg selv ikke er nok til å fastslå et ansvarsgjennombrudd, men det vil være et sterkt moment i vurderingen.

Den nevnte form for underkapitalisering omtaler Werlauff som den ”relative underkapitalisering”, en av tre former for underkapitalisering, og han konkluderer med at dette kan være et indisium for ansvarsgjennombrudd, men neppe tilstrekkelig i seg selv.⁷⁷ Dette harmonerer godt med det som fremkommer av norsk rettspraksis.

Den andre form for underkapitalisering omtaler Werlauff som en ”absolutt formell underkapitalisering” og viser her til drift i strid med aksjelovens absolutte kapitalkrav. Jeg forstår Werlauff dit hen at en slik underkapitalisering etter norske forhold tilsvarer et brudd på regelen i asl § 3-1 om minste aksjekapital. Aksjeloven opererer med et minimumskrav på kr. 100.000.⁷⁸ Foreligger ikke denne kapitalen ved registrering medfører dette et objektivt ansvar for selskapets styre og revisor, jfr. asl § 2-19. Det foreligger ikke et krav om årsakssammenheng, ei heller krav om lidt tap.⁷⁹

I forhold til asl § 3-1 kan det rettes kritikk mot den ”relative underkapitalisering” som grunnlag for gjennombrudd.⁸⁰ En slik løsning vil i realiteten kunne sette strengere krav enn det loven selv gjør i asl § 3-1. Dette gjelder i forhold til underkapitalisering allerede ved stiftelsen av datterselskapet. Etter stiftelsen og under driften av selskapet, ligger det ingen føringer i asl § 3-1 på bruk av aksjekapitalen, slik at den kan forbrukes uten å skape en situasjon med underkapitalisering, men det foreligger handlingsplikt for styret hvor egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen, jfr § 3-5, 1. ledd 3. punktum. Under driften vil også asl § 3-4 kunne komme inn, som nevnt over.

Den tredje form for underkapitalisering som Werlauff omtaler, er den ”markedsrelaterte underkapitalisering”. Denne form vil ifølge Werlauff, direkte føre til

⁷⁷ Werlauff: ”Selskabsmasken” s. 73-76 og s. 518 pkt. 20.

⁷⁸ Den tilsvarende bestemmelsen i asal. § 3-1 krever et minimum på kr 1.000.000.

⁷⁹ Aarbakke...[et al.] s. 137-138.

⁸⁰ Hagstrøm: ”Obligasjonsrett” s. 94.

ansvarsgjennombrudd i forhold til de midler morselskapet har tilført datterselskapet som fremmedkapital. Med ”markedsrelatert underkapitalisering” mener han en situasjon hvor datterselskapets kapitalsituasjon er slik at eventuell ny fremmedkapital ikke kan skaffes til vanlige markedsvilkår. Hvis morselskapet velger å skyte inn kapital i form av fremmedkapital, vil denne i alle fall stå tilbake i forhold til øvrige kreditorer, og en videre drift vil kunne føre til ansvarsgjennombrudd overfor morselskapet. Foreligger det derimot ikke ”markedsrelatert underkapitalisering” vil et ansvarsgjennombrudd ikke kunne tenkes, ifølge Werlauff.

4.4.2 Dominerende rådighet over datterselskap

Som vist under punkt 4.3, knytter juridiske forfattere flere av sine momenter i forhold til et eventuelt ansvarsgjennombrudd til det som med en samlebetegnelse kan kalles morselskapets dominerende rådighet over datterselskapet.

Bakgrunnen for at dominerende rådighet kan sees som grunnlag for ansvarsgjennombrudd, er den konflikt som kan tenkes å oppstå med aksjelovens prinsipper om uavhengighet for det enkelte aksjeselskap.⁸¹ Dette uavhengighetsprinsippet er et av grunnlagene for å kunne tillate selskaper hvor eierne ikke hefter overfor kreditor. Uavhengighet kan sikre at ikke bare aksjeeiernes rettigheter blir beskyttet, men også andre interessenter, slik som selskapets kreditorer.

Fra en annen vinkel kan man se på den dominerende rådighet som et forhold hvor beslutninger som etter selskapsrettslige regler er tillagt datterselskapet, blir tatt utenfor datterselskapet.⁸² Asl §§ 6-1 flg. omhandler selskapets ledende organer. Disse reglene representerer lovfesting av prinsippene om det enkelte datterselskaps ledelses uavhengighet, og i forlengelsen av dette, disse organers plikt til å opptre med selskapets beste for øye. Særlig viser asl § 6-12 at forvaltningen av selskapet hører under styret som organ. I dette ligger både en plikt og en rett til å handle på egenhånd. Forvaltningsretten kan nok beskjæres gjennom vedtektene, men hvor langt man her kan gå er uklart.⁸³

Mot denne uavhengigheten trekker lojaliteten til konsernet. Mange konsern opererer med et konsernstyre som formelt sett er styret i konsernspissen. Denne

⁸¹ Jfr. pkt. 1.3.1.

⁸² Slik er utgangspunktet hos Werlauff ”Selskabsmasken” s. 77-78 under betegnelsen ”centralisering”.

⁸³ Andenæs s. 290-293.

konsernsjesspen er gjerne et holdingselskap. Konsernstyret vil i forhold til det enkelte datterselskap fremstå som dettes reelle og formelle generalforsamling, jfr. asl §§ 5-1 flg. Det er viktig å presisere at det formelt ikke tillegges konsernstyret noen større myndighet enn som generalforsamling for datterselskapene. Likevel er det en kjensgjerning at helhetstenkningen i konsernforhold gjerne trekkes lenger enn det formelle utgangspunktet. Det er ikke tvil om at et konsern stort sett sees på som et økonomisk og organisatorisk hele, selv om det klare utgangspunkt er at styrearbeidet og ledelsen ellers i datterselskapene skal fungere som et vanlig aksjeselskapsstyre og ikke som konsernledelsens forlengede arm.⁸⁴

Spørsmålet i forlengelsen av dette blir altså om et slikt brudd på prinsippene om det enkelte selskaps uavhengighet, kan medføre at man skjærer igjennom og gjør konsernsjesspen ansvarlig for datterselskapets forpliktelser.

I forlengelse av behandlingen av underkapitalisering under forrige punkt kan det her påpekes at underkapitalisering lett kan føre til at morselskapet får en dominerende stilling, ettersom datterselskapet kan ha et stadig behov for kapitaltilførsel. En slik avhengighet vil naturlig nok kunne innvirke på de hensyn som vil bli tatt ved eventuelle beslutninger i datterselskapets ledelse. Styret vil således fort føle seg presset.

Spørsmål knyttet til dominerende rådighet var i fokus allerede i Rt. 1932 s. 1015. Den norske Creditbank hadde her som tidligere panthaver i Dalen Gruver, via en kommisjonær overtatt denne eiendommen ved tvangsauksjon. Et halvt år senere ble gruvene med tilhørende rettigheter overført til et nystiftet heleid datterselskap av Den norske Creditbank, AS Nye Dalen Gruber. AS Nye Dalen Gruber og Den norske Creditbank ble etter en vurdering fra Høyesterett, under dissens, stilt solidarisk ansvarlige overfor en kreditor med en tidligere tinglyst grunnbyrderett knyttet opp mot gruvene.

Førstvoterende, som representant for flertallet, gjorde gjeldende at det reelle eierforholdet vil være av betydning ved en slik vurdering. Særlig gjaldt dette hvor man sto overfor en nystiftelse av datterselskapet og hvor grunnlaget for kravet tidligere var tilknyttet morselskapet. Som argument for å se på morselskapet som den reelle eier trakk Høyesterett frem sammensetningen i datterselskapets styre. To av styremedlemmene var ansatt i morselskapet, mens det siste medlemmet var

⁸⁴ NOU 1996:3 s. 86.

morselskapets faste advokat. Reelt ga denne styresammensetning morselskapet full kontroll med datterselskapet.

Videre påpekte Høyesterett at den faktiske rådighet over eiendommen var tillagt morselskapet. Denne rådigheten medførte blant annet at inntekt fra salg av noe av eiendommen tilfalt morselskapet direkte, uten å gå veien om datterselskapet. Sett i lys av den lave aksjekapitalen i datterselskapet og at denne i sin helhet kom fra morselskapet, gjorde Høyesterett morselskapet solidarisk ansvarlig.

Høyesterett la også vekt på at hensynet bak organiseringen av AS Nye Dalen Gruber som eget datterselskap var skattemessig, kombinert med et ønske om å gjøre et fremtidig salg lettere. Sånn sett var det ikke sentralt for morselskapet å begrense sin heftelse overfor datterselskapets kreditorer.

Avslutningsvis foretok førstvoterende en rimelighetsvurdering av et ansvarsgjennombrudd, og fant at det ville være urimelig

”at banken paa denne maate i egenskap av den materielt berettigede skal inndra selskapets aktiva til fordel for sig og samtidig kunne henvise den bedre prioriterte grunnbyrdekreditor til at rette sin fordring mot det nye selskap som debitor.”
(s. 1019)

Denne vurderingen faller inn under det Høyesterett i Rt. 1996 s. 672 angir som en utilbørighetsvurdering.

Etter min mening vil momentet vedrørende organiseringen av et eget datterselskap ha mindre vekt ved en tilsvarende situasjon i dag sett i lys av den økte bruk av datterselskaper, også hvor formålene er andre enn ønsket om å opprette selvstendige enheter, men hvor målet er å skape lett omsettelige enheter.

Det må i tillegg påpekes at det kan synes som om Høyesteretts syn på bruk av morselskapets ansatte som styremedlemmer, har blitt moderert slik at det ikke lenger kan brukes som et moment til støtte for ansvarsgjennombrudd. Dette hevder jeg med bakgrunn i Rt. 1996 s. 672 hvor Høyesterett fastslår:

”Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter.”
(s. 679)

Man kan hevde at slik representasjon ikke i seg selv skaper grunnlag for gjennombrudd, men en slik styresammensetning kan ligge i bunn for en helhetsvurdering som gir grunnlag for å hevde at det foreligger en dominerende rådighet.

Det kan i denne sammenheng være av interesse å trekke noen linjer til det ansvarsgrunnlaget som ble drøftet under punkt 2.3, morselskapets ansvar for sine ansatte i datterselskapets styre. Etter Rt. 1996 s. 742 vil ikke morselskapet kunne bli ansvarlig etter skl § 2-1. Arbeidsgiveransvar ville vært et objektivt ansvar for morselskapet på bakgrunn av styremedlemmets culpøse opptreden i sitt verv. Dette utelukker likevel ikke et ansvar for morselskapet med bakgrunn i at konsernet har organisert seg slik at ansatte i morselskapet sitter som styrerepresentanter i datterselskapet. Det kan foreligge et utilbørlig press fra morselskapet på de ansatte, slik at disse ikke styrer datterselskapet med dettes beste for øye. Det er ikke uvanlig i norsk næringsliv å se det slik at et styreverv i et datterselskap for ansatte i morselskapet, skal anses som morselskapets styreverv.⁸⁵ Med denne bakgrunnen vil det lett bli til at beslutninger blir tatt til fordel for morselskapet. Dette kan langt på vei være gode beslutninger også for datterselskapet, men foreligger det situasjoner hvor de to selskapers interesser spriker, vil problemstillingen om ansvarsgjennombrudd kunne aktualisere seg. Særlig kan en svekkelse av datterselskapet gå på bekostning av dettes kreditorer.

Selv om vurderingen fra Høyesteretts side i Rt. 1932 s. 1015 var sammensatt, er dommen i teorien angitt å være et eksempel på dominerende rådighet som grunnlag for gjennombrudd.⁸⁶ Dommen kan også, slik som annenvoterende griper saken an, sies å gjelde et spørsmål av mer generell rettslig karakter, et spørsmål om proforma. Grensen mellom ansvarsgjennombrudd og proforma kan i denne sammenhengen være vanskelig å angi. Men i en selskapsrettslig sammenheng kan det være problematisk å fastslå at et selskap som sådant er proforma når de formelle regler for selskapsstiftelse er fulgt og de øvrige regler om selskapets drift følges. Det vil i et slikt tilfelle lettere kunne brytes igjennom selskapsformen når man benytter seg av en utilbørlighetsvurdering slik som er tilfelle ved et ansvarsgjennombrudd.

⁸⁵ Illustrerende er for eksempel følgende omtale i tilknytning til konsernadvokaten i Gjensidige NOR ASAs årsrapport for 2002: ”Flere styreverv på vegne av konsernet”.

⁸⁶ Aarbakke...[et al.] s. 34.

I Rt. 1937 s. 21 ble det gitt dom på et ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av dominerende rådighet. Saken gjaldt et tilfelle hvor en panthaver drev sitt panteobjekt, et skip, videre for egen regning. På bakgrunn av dette ble panthaveren holdt ansvarlig for mannskapets hyre. Dommen gjelder altså ikke et konsernforhold, men den belyser problemstillingen vedrørende dominerende rådighet. Høyesterett slutter seg til byrettens begrunnelse, og det er derfor denne som er av interesse. Panthaveren, Bergens Privatbank, hadde i forhold til rederiet den fulle kontroll, blant annet slik at panthaveren tvang igjennom skifte av disponent og kaptein. Videre var det klart at alle beslutninger av betydning måtte gjennom banken før de kunne tas. Oppsummeringsvis beskriver byretten forholdet slik at ”...panthaveren faktisk hadde hånd og hals over skibets drift...” (s. 25).

Ettersom det på generelt grunnlag kan sies at tilknytningen mellom en panthaver og pantet er svakere enn mellom et morselskap og et datterselskap kan denne dommen sies å gå lenger enn Rt. 1932 s. 1015. Hvor tilsvarende forhold gjør seg gjeldende i konsernforhold vil man kunne argumentere for et lignende resultat, selv om vi også her må ta inn den modifikasjon som følger av Rt. 1996 s. 672, se over. Men modifikasjonen må forstås slik at det kun er kontroll gjennom eierskap og styrerepresentasjon som ikke gir grunnlag for et ansvarsgjennombrudd. Hvor kontrollen går utover dette vil det fortsatt trolig kunne argumenteres for et ansvarsgjennombrudd.

I Rt. 1937 s. 600 finner vi lignende trekk som i Rt. 1937 s. 21. Dommen er en uteblivelsesdom og henviser til tidligere rettsinstans' mindretall. Retten fastslo her at en bank hadde dominerende rådighet over sitt datterselskap, A/S Fossnes. Banken var tilnærmet eneeier av selskapet (1250 av 1350 aksjer). I tillegg hadde den innsatt et annet selskap til å drifte datterselskap. Rettslig sett fremsto dette selskapet som bankens fullmektig, og datterselskapet var således lagt direkte inn under bankens kontroll. Banken kunne gjennom denne strukturen gå utenom aksjelovens regler om en eiers myndighet gjennom generalforsamlingen. Gjennom sin instruksjonsmyndighet med grunnlag i den alminnelige fullmaktslære, kunne banken styre datterselskapet direkte. Dette er klart i strid med den uavhengighetstankegang som ligger til grunn i aksjeretten. Mindretallet i underinstansen formulerte det slik:

”A/S Fossnes var bankens egen skapning, og banken var både reelt og formelt enerådende i selskapets anliggender, og selskapets bestyrer var bankens

befullmektigede, og når han optrådte, var det utelukkende i kraft av det almindelige opdrag banken hadde gitt ham.” (s. 611)

Banken ble på bakgrunn av dette ilagt et solidaransvar med datterselskapet overfor aksjeeiere i et selskap som var innfusjonert i datterselskapet på bakgrunn av uriktige opplysninger til aksjeeierne. Av domspremissene kan det ikke leses at banken i seg selv hadde deltatt i de uaktsomme handlinger eller unnlaterer som gjorde datterselskapet ansvarlig. Således kan denne dommen tolkes i retning av å bygge på et rent identifikasjonsgrunnlag på bakgrunn av bankens dominerende rådighet.

Av nyere rettspraksis kan nevnes Rt. 1985 s. 1221. Den dominerende part i dette tilfellet var ikke selv et aksjeselskap, men en privatperson og saken er således ikke direkte anvendelig i denne oppgaves problemstilling. Sørlandets Revmatisme sykehus AS var eid av Hærum og hans familie. Hærum var den dominerende aksjeeier, overlege på sykehuset og i tillegg personlig innehaver av eiendomsretten til sykehusets bygninger og utstyr. Sykehuset var del av Vest-Agder fylkes helseplan og det var derfor fylket som dekket sykehusets driftsutgifter. Blant disse utgiftene var husleie til Hærum. Det var uenighet om størrelsen på den leie som sykehuset skulle betale til Hærum, og i strid med vedtak i fylket som skulle godkjenne budsjettet, ble det utbetalt et høyere beløp. Saken gjaldt konkret om sykehuset kunne disponere over et overskudd som var oppstått. Høyesterett fastslo at det forelå et disposisjonsforbud og at sykehuset derfor måtte tilbakebetale husleie utbetalt til Hærum. I tillegg ble Hærum ilagt et solidaransvar for tilbakebetalingskravet. Dette solidaransvaret kan sees fra tre vinkler. Hærum disponerte den konto som husleiebetalingene var gjort fra, slik at han kan sees på som administrerende overlege og dermed ilagt et ansvar som følge av uaktsom opptreden i ledende stilling med grunnlag i alminnelig erstatningsrett. Fra en annen vinkel kan man se på Hærum som den dominerende aksjeeier som utnyttet sin posisjon og således trekke linjer til ansvarsgjennombruddet. Fra en tredje vinkel kan dommen sees på som illojal tapping av aksjeselskapet, noe som også kan medføre ansvar.

Illojal tapping var tema i Rt. 1993 s. 20. Styrelederen i aksjeselskapet, som også var en større aksjeeier, ble her ilagt ansvar etter en totalvurdering av saksforholdet, ikke ulikt den helhetsvurderingen som er grunnlaget for et ansvarsgjennombrudd i Rt. 1996 s. 672. Med denne bakgrunn kan dommen sies å bygge på ansvarsgjennombrudd. Heller ikke her er forholdet et rent mor - datter forhold. Manglende regnskapsførsel, kombinert med at aksjeeierne ”sørget for å få utbetalt til seg selv istedenfor til selskapet det som

kom inn ved realisasjon av selskapets aktiva” (s. 27), tydet på illojal tapping av selskapet. Samtidig var det styrelederen som hadde inngått avtalene med kreditorene, og han måtte derfor vite at disse ikke var dekket da aksjeselskapet ble avvirket. Høyesterett omtaler at styrelederens disponering av likvidasjonsutbytte ”*representerte et klart og forsettlig rettsbrudd i forhold til kreditorene.*” (s. 28). Slik dommen fremstår, er det uklart om grunnlaget for ansvaret er alminnelig erstatningsansvar, eller om det bygges på gjennombrudd. Dommen kan også sies å bygge på tappingen av selskapet som et selvstendig grunnlag.

Det ansvar som ble ilagt i Rt. 1970 s. 871 sto heller ikke i forbindelse med det klassiske mor - datter forholdet. To aksjeselskap ble holdt medansvarlige for aksjeeiers opptreden. Sånn sett fremstår dommen som motsatt av denne oppgaves hovedproblemstilling. Den dominerende rådigheten aksjeeier hadde over de to selskapene var imidlertid av betydning. Høyesteretts behandling av aksjeselskapenes medansvar er kortfattet, og for det ene selskapets del vises det bare til tidligere retters behandling. Hovedgrunnlaget synes å være at selskapene var ”*...brukt som medium for [...] rettsstridige handlinger.*” (s. 877). Høyesterett uttalte videre at aksjeeieren ”*øvde bestemmende innflytelse på disse forretningsmessige disposisjoner.*” (s. 878). Det foreligger altså ikke slike handlinger hos selskapene selv, men på bakgrunn av at aksjeeieren var styreformann og førte sin fortjeneste inn i de to selskapene ble de ansett som medansvarlige. Det kan hevdes at selskapene her blir ilagt et objektivt ansvar på bakgrunn av eiers opptreden.

I den danske dom som er omtalt i punkt 4.4.1 i forbindelse med underkapitalisering, UfR 1989 s. 921, forelå det også momenter som kan trekkes inn i en diskusjon om dominerende rådighet. Saken gjaldt en stiftelse, og regler knyttet til stiftelser kan ikke direkte sammenlignes med de regler som gjelder for aksjeselskapers uavhengighet. Stiftelser er i kraft av sin rettslige karakter selvstendige rettssubjekter. Dette er etter norsk rett ikke direkte fastlagt i gjeldende lov, men vil få sitt uttrykk når ny lov av 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser trer i kraft, jfr § 2. I dag utledes dens selvstendige stilling av lov av 23. mai 1980 nr. 11 om stiftelser m.m. § 2. Således vil det kunne anføres et ”fra det mer til det mindre” argument, ettersom stiftelsers uavhengighet i forhold til sine stiftere i alminnelighet er sterkere enn et datterselskaps uavhengighet sett i forhold til sitt morselskap. Foreligger det noe som kan sees på som et ansvarsgjennombrudd i fra et stiftelsesrettslig perspektiv slik at stifterne blir

ansvarlige, kan det trolig også være av interesse i forhold til et ansvarsgjennombrudd i et konsernforhold.

Landsretten som Højesteret bygget sin dom på uttaler blant annet:

”Rådighedsbeføjelserne findes således ikke at have tilkommet en ledelse, der var selvstændig i forhold til stifteren. Landsretten finner herefter ikke, at Jydske Lokalavisers Fond har opfyldt betingelserne for at kunne anerkendes som et selvstændigt retssubjekt.” (s. 928)

Denne mangelen på selvstendighet skyldtes blant annet at stifteren selv, hennes ektemann og en personlig bekjent av disse var eneste medlemmer i stiftelsens styre. Videre kunne ektemannen, som skulle fungere som formann etter stiftelsens statutter, inneha vervet som styreformann så lenge han ønsket. Dette ga i realiteten ekteparet full kontroll over stiftelsen, som i praksis kunne sies å være drevet som et familieselskap. Mulighetene til å få et eventuelt overskudd av driften betalt ut til ekteparet var også tilstede, ettersom styreformannens honorar kunne økes hvis stiftelsen hadde positiv avkastning. I tillegg ble stiftelsen drevet fra ekteparets bolig, noe som muliggjorde en faktisk sammenblanding. I aksjerettslig sammenheng kan man tenke seg at vedtektene i datterselskapet er utformet på en slik måte at morselskapets rådighet går utover det som er forutsatt i aksjeloven.

I tillegg til en form for vedtektsregulering kan det tenkes avtaler mellom morselskap og datterselskap som medfører en utvidet rådighet på morselskapets side. I denne forbindelse kan det være av interesse å vise til et tysk selskapsrettslig instrument på bakgrunn av at det tyske rettssystem i større grad enn det norske har knyttet lovregler til konsernforhold.

Innledningsvis ble det stilt spørsmål ved det enkelte selskaps rettssubjektivitet i et konsern. Reglene i aksjeloven er som tidligere anført, klart motivert i et ønske om å skape selvstendige enheter med selvstendige organ for å beskytte blant andre det enkelte selskaps kreditorer. Tysk rett har her lovregulert særlige konsernavtaler som i ulik grad knytter konsernselskapene sammen. Som en følge av disse tettere bånd, vil også morselskapet i større grad hefte for datterselskapets forpliktelser. Helhetstenkningen vil etter dette ikke lenger bare ha grunnlag i organisatoriske og økonomiske hensyn, men også selskapsrettslige regler vil legitimere en slik innretning. De sterkeste former for konsernavtaler er såkalte ”Beherrschungsverträge”, som medfører at datterselskapet

legges direkte inn under morselskapets ledelse. I tillegg opereres det med ”Gewinnabführungsverträge”, som tilsier at datterselskapet har plikt til å overføre nettooverskudd til morselskapet. Disse rettighetene for morselskapet har sitt motstykke i en plikt til å dekke eventuelle underskudd i datterselskapet. I tillegg har kreditorer i datterselskapet hvis kravet har oppstått før en eventuell ”herskeavtale” blir sagt opp, krav på sikkerhet for sitt utestående, eventuelt må morselskapet stille kausjon.⁸⁷

Det kan tenkes at en slik avtale kan bli aktuell også i norske forhold. En vurdering av en slik avtale må etter norsk rett sees i forhold til de regler som aksjeloven har om selskapers ulike organ og deres kompetanse. Aksjelovens regler vedrørende generalforsamlingens kompetanse kan komme i strid med en slik avtale.⁸⁸ Morselskapet vil etter en slik avtale utøve sin myndighet utenfor de tiltenkte organ. Etter tysk rett kan et morselskap i realiteten pålegge ledelsen i datterselskapet å gjøre disposisjoner til skade for datterselskapet. Slike disposisjoner vil ikke medføre ansvar for datterselskapets ledelse, men derimot gjøre morselskapet ansvarlig.⁸⁹ På denne bakgrunn kan det trekkes linjer mellom det norske ulovfestede ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av dominerende rådighet og det tyske lovregulerte konsernforhold. Videre er det også regler for styret og daglig leders kompetanse, jfr. blant annet asl §§ 6-12 til 6-15. Disse reglene må naturlig nok tolkes i lys av selskapsrettslige prinsipper, og i denne sammenheng særlig med tanke på det enkelte selskaps uavhengighet. En slik fortolkning vil trolig føre til at en avtale som i for stor grad er knyttet opp mot de tyske ”Beherrschungsverträge”, vil måtte sies å være ugyldig da de strider mot alminnelige selskapsrettslige prinsipper om det enkelte selskaps uavhengighet.⁹⁰

For ytterligere å belyse dominerende rådighet som ansvarsbetingende for morselskapet, er det av interesse å se på den konsernstruktur og organisasjonsfilosofi som rådet i det norske forsikringskonsernet UNI Storebrand på begynnelsen av 1990-tallet. Dette ble særlig aktualisert i forbindelse med UNI Storebrands forsøk på å overta det svenskes selskapet Skandia i 1991-1992. Morselskapet i konsernet ble ikke ilagt

⁸⁷ For en mer utfyllende behandling av tyske konsernavtaler, se Werlauff: ”Selskabsmasken”, s. 235 flg. Se også utkast til EUs 9. selskapsdirektiv, konserndirektivet, som var ment som materielle regler i konsernforhold og som er tydelig inspirert av tysk konsernrett.

⁸⁸ Se asl § 5-1(1) jfr. blant annet §§ 5-5, 5-18, 8-2, 10-1 (1), 12-1 (1), 13-3 (2), 14-6 (1) og (2), 15-1 (1), 16-1 (1) og 17-4.

⁸⁹ Etter Werlauff ”Selskabsmasken” s. 238 jfr. Aktiengesetz §§ 308 og 309

⁹⁰ Jfr. bl.a. NOU 1996:3 s. 86.

noen form for ansvar i denne forbindelse, men det kan likevel være av interesse i forhold til arbeidsformer i norske konsern. UNI Storebrand ble i etterkant av den feilslåtte investeringen i svenske Skandia satt under offentlig administrasjon, jfr daværende lov av 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) § 2a-16.⁹¹

Den krisen som UNI Storebrand kom i som følge av oppkjøpsforsøket medførte blant annet en offentlig granskning trykt i NOU 1994 nr. 7 "UNI Storebrands behandling av Skandiainvesteringen". UNI Storebrand, det nåværende Storebrand ASA, er kun ett av en rekke konsern i Norge, men filosofien bak kan være illustrerende for flere konserns tankesett. UNI Storebrands konsernleder Jan Erik Langangen, var før krisen inntraff, en av Norges mest profilerte ledere og hans lederfilosofi var vel ansett. Det følgende er basert på granskningskommisjonens rapport.

Slagordet "Konsern er større enn selskap" var en gjenganger i UNI Storebrands lederskolering. I dette lå tanken at hensynet til det enkelte selskap må vike for hensynet til konsernet. Dette må, etter min mening, i sin sterkeste form stride mot aksjelovens generelle regel om datterselskaps uavhengighet. I likhet med mange andre konsern hadde UNI Storebrand valgt å la ansatte i morselskapet være styrerepresentanter i datterselskapenes styre, deriblant konsernsjefen.

I tillegg til å være aksjeselskap, og dermed være regulert av aksjeloven, var UNI Storebrand regulert av finansieringsvirksomhetsloven og denne stiller særlige krav til ekstern styrerepresentasjon i datterselskap.⁹² Denne eksterne representasjonen har blant annet sin hensikt i å skape uavhengighet, tildels på bakgrunn av det særlige ansvar forsikringsselskaper har for, til enhver tid, å være betalingsdyktige i forhold til sine forsikringstakere. Dette medfører at spørsmålet om datterselskapenes uavhengighet lettere kommer på spissen i selskaper regulert av finansieringsvirksomhetsloven. Kommisjonen uttaler på s. 25 følgende:

⁹¹ Tilsvarende bestemmelse finnes i dag i lov av 6. desember 1996 nr. 75 om sikringsordninger for banker og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner § 4-5.

⁹² Jfr. forskrift med hjemmel i finansieringsvirksomhetslovens § 2-8, 2. ledd, som fastlegger i § 2 at minst ¼ av styremedlemmene i datterselskapet må være personer som ikke har tillitsverv eller er ansatt i annen finansinstitusjon i eller utenfor konsernet.

”I forhold til styrene i datterselskapene er det vesentlig å påpeke at de enkelte operative forsikringselskapene rettslig sett er selvstendige aksjeselskaper underlagt aksjelovens regler. Ansvar for selskapenes drift ligger hos styrene i disse selskaper, herunder ansvaret for forvaltningen av selskapenes midler. I egenskap av generalforsamling for datterselskapene representerer styret i holdingselskapet – ”konsernstyret” – den øverste myndighet i disse selskaper, og kan i prinsippet treffe alle de beslutninger som ikke er i strid med aksjelovens bestemmelser, eller bestemmelser gitt i eller i medhold av lov om forsikringsvirksomhet og lov om finansieringsvirksomhet. Det valgte styret i datterselskapene er imidlertid fortsatt ansvarlig for gjennomføring av generalforsamlingens beslutninger, og må markere sin uenighet ved eventuelt å fratre dersom det finner generalforsamlingens beslutning i strid med regelverket.”

Videre oppsummerer kommisjonen på s. 209 på følgende måte:

”Kommisjonen aksepterer at det også for forsikringskonsern er nødvendig at en del strategiske beslutninger av betydning for hele konsernet treffes av konsernspissen. Med de krav lovverket stiller til et forsikringskonsern, er det imidlertid klart at det påhviler de enkelte datterselskapenes styre et særlig ansvar for disses forvaltning av kapitalen. Styrene skulle derfor ha foretatt en egen behandling av den tildeling av aksjer som administrasjonen besluttet. Dette ble også påpekt av de ”eksterne” styremedlemmene i livselskapet, skadeselskapet og reassuranseselskapet.”

Av særlig interesse i disse utdragene er den vektleggingen kommisjonen gjør av rollen til datterselskapets styre, og som illustrerer den kontrollfunksjon som er tillagt styre. Selv om dette anses som eiernes organ for forvaltningen av selskapet, kan det foreligge ulike syn på virksomheten. Styret har i slike sammenhenger som oppgave å være en selvstendig part i diskusjonen og således foreta egne behandlinger av beslutninger tatt av morselskapet og om nødvendig fratre. Selv om det foreligger et konsern, opphører naturlig nok ikke asl § 6-12 vedrørende styrets rett og plikt til å forvalte datterselskapet.

4.4.3 Konsernstrukturens innvirkning – integrerte selskaper

Det kan stilles spørsmål ved om konsernets valg av organisasjonsstruktur kan påvirke bedømmelsen av et eventuelt ansvarsgjennombrudd. Problemstillingen er delvis berørt over i behandlingen av dominerende rådighet som grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Der var spørsmålet om bruken av holdingselskap kunne være grunnlag for et ansvarsgjennombrudd. I det følgende vil andre strukturer belyses. I Rt. 1996 s. 672 var konsernet organisert slik at morselskapet eide virksomhetens eiendommer, mens datterselskapet sto ansvarlig for driften og dermed i større grad pådro seg løpende utgifter. Rettmessigheten av en slik ordning ble omtalt av Høyesterett:

”Innledningsvis finner jeg grunn til å bemerke at det i seg selv ikke kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftselskap. En slik oppdeling er ikke uvanlig, og indikerer i seg selv ikke noe utilbørlig i forhold til kreditorer eller noen sammenblanding mellom selskapene.” (s. 679)

Selv om Høyesterett her behandler en spesiell form for selskapsstruktur, vil man trolig få samme resultat hvor andre former for integrerte selskap hadde vært i fokus. Dette med bakgrunn i at også disse formene ikke er uvanlige og som oftest ikke er utilbørlige i forhold til kreditor. Med integrerte konsern forstås i alminnelighet konserner hvor morselskapet og datterselskapet driver hver sine deler av en økonomisk sett sammenhengende felles virksomhet. Delingen kan gå vertikalt, hvor for eksempel morselskapet driver produksjon, mens datterselskapet opptrer som salgssledd. Det kan også tenkes en horisontal deling, hvor morselskap og datterselskap produserer ulike komponenter i et helhetlig produkt. Andre funksjonsdelinger kan også tenkes, slik som i Rt. 1996 s. 672.

Det må likevel kunne tas forbehold for de atypiske reguleringene av konsern. Det kan sies å være utilbørlig overfor kreditor, hvis konsernet er innrettet slik at inntekter ledes inn i et selskap, mens hovedtyngden av kostnadene blir belastet et annet selskap. Slike strukturer er forsøkt motarbeidet med regler om internprising, jfr. asl § 3-9. Regelen har et videre anvendelsesområde og regulerer generelt transaksjoner mellom konsernselskap. Bestemmelsen angir at eventuelle *”transaksjoner mellom selskaper i samme konsern skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper.”* Denne ordlyden legger til rette for en skjønnsmessig vurdering av den enkelte

transaksjon, og området for lovlige transaksjoner kan ikke sies å være strengt avgrenset. Et brudd på denne regelen kan medføre erstatningsansvar for det selskapet som har fått en fordel. Selv om en slik regel er lovfestet, kan man ikke se bort i fra at det kan være behov for et ansvarsgjennombrudd. Trolig vil problemstillingen knyttet til morselskapets heftelse for datterselskapet i fremtiden, først og fremst bli aktualisert i konsern med en integrert struktur. Bakgrunnen for å kunne hevde noe slik, er at det er i disse konsern hvor helhetstenkningen på tvers av de selskapsrettslige enhetene normalt vil være sterkest. Det må nok en gang understrekes at hovedregelen er at en slik organisasjon ikke er utilbørlig, men at ordninger for lettere å nå konsernets felles mål kan gå på bekostning av interesser knyttet til det enkelte selskap.

4.4.4 Sammenblanding

Et eventuelt ansvarsgjennombrudd kan tenkes hvor det foreligger en sammenblanding mellom morselskapet og datterselskapet fordi enkeltpersoner både kan fremstå som legitimert i forhold til morselskapet og datterselskap. Av rettspraksis kan Rt. 1985 s. 1221 trekkes frem. Som omtalt over var den dominerende aksjeeieren også administrerende overlege på sykehuset og hadde igjennom dette kontroll over sykehusets bankkonto. Det forelå her en sammenblanding av roller og aksjeeieren ble gjort solidarisk ansvarlig for utbetalingen av den urettmessige husleien.

Problemstillingen har også linjer til det som omtales som et tilordningsspørsmål. I et konsernforhold kan spørsmålet reises om hvilket av konsernselskapene som er hoveddebitor for en forpliktelse. Det vil i et slikt tilfelle kunne bli en vurdering av de formelle og reelle forhold. Rt. 1932 s. 1015 kan sees om et tilfelle hvor spørsmålet ble løst etter en slik tilordningsargumentasjon.⁹³ Man kan se det slik at formelt var det nye datterselskapet rette debitor for forpliktelsen, men etter en vurdering der det reelle slo igjennom, ble banken ansett å hefte.

Forholdet mellom tilordningsspørsmål og ansvarsgjennombrudd ble berørt i Ot.prp. nr. 23 (1996-97) punkt 12.1:

”I praksis kan ofte forskjellige tilordningssynspunkter føre til samme resultat som ansvarsgjennombrudd. For eksempel: Dersom noen har levert til datterselskapet på kreditt, og det ikke er noe klart skille mellom mor- og datterselskap, kan

⁹³ Dommen er omtalt under pkt. 4.4.2

morselskapet gjøres ansvarlig for å betale leveranse dersom man kommer til at det er morselskapet som i realiteten har bestilt den.”

Denne parallellen kom blant annet frem i Rt. 1999 s. 353, som er behandlet under punkt 4.7.

4.5 Forhold på kreditorsiden

4.5.1 Kreditors undersøkelsesplikt

Rt. 1934 s. 412 kan sies å begrense mulighetene til et ansvarsgjennombrudd. Saken gjelder direkte et erstatningsansvar, men man kan trekke interessante momenter ut av den. Høyesterett fastslo etter en konkret vurdering av den uaktsomme opptreden fra kreditors side at et ansvar ikke kunne ilegges styremedlemmene:

”Naar Kielland ikke fikk et riktig bilde av selskapenes stilling, skyldes det efter min mening hans egen uaktsomhet. Han anstillet ikke nærmere undersøkelser som han kunde ha gjort, [...]. Under de konkrete omstendigheter som foreligger i saken kan jeg ikke finne at Kielland har rimelig krav paa erstatning av styrets medlemmer.” (s. 414)

Kreditor hadde i den gjeldende sak kun forholdt seg til de regnskaper og den informasjon som var fremlagt av selskapets prokurist. Høyesterett peker på at andre undersøkelser burde vært gjort i forhold til de som var styremedlemmer i selskapet, og disse burde vært kontaktet for å få informasjon om selskapet. Videre gjorde kreditor seg ikke kjent med vedtekter eller de forhold som gjorde seg gjeldende mellom ulike selskaper.

De krav som skal stilles til undersøkelse kan tenkes å variere i det enkelte forhold. Det kan her trekkes paralleller til den alminnelige erstatningsrett hvor en aksept av risiko kan utelukke et ansvar. Det kan også sies at et gjennombrudd på tross av kjennskap til underkapitaliseringen kan fremstå som lite rimelig. Kreditor vil her praktisk sett ha mulighet til å gå inn i et særdeles risikofylt engasjement med den tanke

at et eventuelt tap kan dekkes av debtors morselskap. Et slikt synspunkt støttes både av Hagström og Werlauff.⁹⁴

Det kan videre vises til NJA 1992 s. 375 hvor kreditor var en bank. Högsta Domstolen viste til tingsrättens behandling av saken og anførte:

”Som TR:n har utvecklat har banken när de ifrågavarande krediterna lämnades varit medveten om de förhållande som från dess sida åberopas til stöd för yrkandet om betalningsskyldighet för kommunen enligt principerna om ansvarsgenombrott. Redan av detta skäl finner HD att yrkandet inte heller kan bifallas på sådan grund.” (s. 402)

Denne uttalelse støtter klart opp under en undersøkelsesplikt.

I tillegg kan det etter en rimelighetsvurdering, også knyttes ulike vurderinger til ulike aktører på kredittmarkedet. Det må være rimelig å stille strengere krav til profesjonelle långiveres aktsomhet enn en liten leverandør med få ressurser til å undersøke debtors forhold. Dette leder oss over i neste punkt.

4.5.2 Kreditors karakter

I forlengelsen av problemstillingen under punkt 4.5.1, kan det reises spørsmål om det stilles ulike krav etter hvilken karakter kreditor har. Det er på det rene at et aksjeselskaps kreditorer kan være av stor variasjon, helt fra den kommersielle långiver som en bank til den enkelte privatperson. I tillegg finner vi blant annet andre store konsern som kontraktspartner. Kan dette i seg selv være av betydning ved helhetsvurdering? Her begrenses ikke spørsmålet bare til den undersøkelsesplikt som foreligger, men stilles på et mer generelt grunnlag.

Etter den alminnelige erstatningsrett er det på det rene at man må behandle ulike kreditorer forskjellig. Spørsmålet er så langt jeg kjenner til, ikke behandlet i norsk rett på grunnlag av et ansvarsgjennombrudd, men det må her kunne trekkes linjer fra den alminnelige erstatningsrett. Et slikt standpunkt støttes også av Werlauff:

⁹⁴ Hagström ”Obligasjonsrett” s. 94 og Werlauff ”Selskabsmasken” s. 343.

”...risikoaccepten som hæftelsesudelukkende faktor eksisterer, og den indtræder efter en individuel vurdering, som angår kreditors, ikke kontrollgruppens forhold.”⁹⁵

Her må også påpekes det som er behandlet under punkt 2.8 om morselskapet ansvar for skatter og avgifter. Rettspraksis har vært mye mer villig til å gå bak selskapsformen til fordel for statens innkreving av skatter og avgifter enn til å tilgodese andre kreditorer.

4.6 Ansvarets faktiske grunnlag – bevisbyrdespørsmål

I det foregående har diskusjonen vært knyttet til de ulike partene i et konsernforhold og kreditors forhold. I dette punktet skal fokus rettes mot det som rent faktisk ligger til grunn for at spørsmålet om et ansvarsgjennombrudd har blitt aktualisert.

Før et eventuelt ansvarsgjennombrudd kan gjøres gjeldende må det foreligge et krav. Dette kravet kan blant annet fastlegges på bakgrunn av den alminnelige culperegulering. Det er etter disse alminnelige regler klart at det er den skadelidte som har bevisbyrden. Kan det i forbindelse med en vurdering av et ansvarsgjennombrudd sies å foreligge andre bevisbyrdekrav? Man kan blant annet tenke seg at skadelidtes bevisbyrde ved gitte situasjoner lempes med den følge at morselskapet vil få bevisbyrden.

For hoveddelen av den rettspraksis som er behandlet over har ansvarsgjennombruddet hatt sitt faktiske grunnlag i rene formuestap for kreditor. Dette er typisk tilfelle hvor datterselskapet går konkurs, og kreditor ikke får dekket sin fordring med grunnlag i kontrakt i konkursboet. Men det kan også tenkes situasjoner hvor grunnlaget for kreditors krav er av en mer samfunnsmessig verdi, slik som et krav med grunnlag i en miljøskade, for eksempel oljesøl etter et skipsforlis. Eller kravet kan ha sitt grunnlag i integritetskrenkelser mot en enkeltstående person. Det typiske med disse kreditorene er at de ikke selv kan foreta en vurdering av debtors betalingssevne og således gjennomføre en risikoanalyse.⁹⁶ I disse situasjonene vil en ren rimelighetsbetraktning kunne få en til å se at den ansvarsfrihet som et morselskap har

⁹⁵ Werlauff: ”Selskabsmasken” s. 343.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) kapittel 12.1, 2. avsnitt.

skaffet seg ved å stifte datterselskaper, kanskje ikke bør opprettholdes, og således at bevisbyrden bør tillegges morselskapet.

Problemstillingen er kort omtalt i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) hvor det uttales i kapittel 12.1, 6. avsnitt:

”Det er imidlertid grunn til å peke på at det generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i et konsern enn i en del andre tilfeller, og videre når det gjelder erstatningsansvar overfor tredjepersoner (for eksempel for miljø- og personskaade) enn for ansvar i kontraktsforhold hvor medkontrahtenten selv kan vurdere det kontraherende selskaps stilling.”

Disse forarbeidene støtter altså opp under en for kreditorene lempeligere behandling av krav med grunnlag i miljø- og personskader. For øvrig er det vanskelig å finne grunnlag for slike synspunkter i rettspraksis.

Man kan eventuelt påberope seg en svensk dom. Et erstatningskrav basert på en oversvømmelse var grunnlaget for det ansvarsgjennombrudd som ble fastlagt i NJA 1947 s. 647. Fem interessenter hadde her dannet et aksjeselskap. Aksjeselskapet skulle ha ansvar for en demning som regulerte en elv for at aksjeeierne kunne nyttiggjøre seg vannkraften. I forbindelse med en vårfloem ble det påført skade på eiendom i tilknytning til elven. Aksjeselskapet ble funnet erstatningsrettslig ansvarlig for skaden, men hadde ikke selv tilstrekkelige midler til å dekke dette. Dommen er svært kortfattet og legger blant annet til grunn at aksjeselskapet ikke drev selvstendig virksomhet:

”Med hänsyn härtill [den ikke-selvstendige virksomhet] och till omständigheterna i övrigt kunna staden och medparter [aksjeeierne] icke undgå at ersätta von Eckerman den förlust...” (s. 654) Mine tilføyelser i parentes.

Denne dommen er den klassiske i svensk ansvarsgjennombruddslære og har blitt omfattende behandlet i teorien.⁹⁷ Den har i hovedsak blitt forklart på bakgrunn av de alminnelige momentene i læren. Det kan på bakgrunn av dette være farlig å trekke andre slutninger, men når Högsta Domstolen viser til *”omständigheterna i övrigt”* ser jeg muligheten for å vektlegge en vurdering i forhold til ansvarets faktiske grunnlag. Jeg

⁹⁷ Se omtale i Brocker s. 40-43 med henvisninger til andre forfattere.

anser ikke at denne dommen er et tungt argument for at det faktiske grunnlaget er relevant vedrørende et bevisbyrdespørsmål knyttet til ansvarsgjennombrudd, men jeg mener det likevel kan være av interesse.

4.7 Ansvarsgjennombrudd overfor andre selskap i konsernet

Problemstillingen i det følgende er om den lære om ansvarsgjennombrudd i forholdet mellom morselskapet og datterselskapet som det så langt har blitt gjort rede for, også kan føre til et ansvarsgjennombrudd mellom andre selskap i konsern. I denne sammenheng vil drøftelsen bli begrenset til det som betegnes som søsterselskap. Det vil trolig kunne anføres lignende argumenter hvor slektskapet mellom de ulike selskapene er av en annen karakter. Søsterselskap kan kort forklares som et datterselskap av det angjeldende datterselskaps morselskap. Hvor morselskapet AS M har to datterselskap AS X og AS Y, vil disse to altså være hverandres søsterselskap. Den videre drøftelse vil også bli begrenset til kun å gjelde heleide datterselskap. Flere av de argumentene som er anført i forbindelse med ansvarsgjennombrudd mellom mor- og datterselskap kan også ha sin gyldighet. Særlig kan det være interessant å peke på sammenblanding av selskapsforholdene hvor for eksempel ledelsen i de to selskapene er sammenfallende og at det på denne bakgrunn kan være vanskelig å identifisere hvilket selskap som ledelsen reelt og formelt handler for. Sånt sett kan spørsmålet bli karakterisert som et tilordningsspørsmål.⁹⁸

Av interesse for denne problemstillingen er Rt. 1999 s. 353 hvor et norsk selskap ble ansvarlig for et svensk søsterselskap etter at det ble fastslått at det norske selskapet hadde gitt et bindende betalingstilsagn til søsterselskapets kreditor i forbindelse med en vareleveranse. Begge selskapene var heleide datterselskap av et norsk selskap. Grunnlaget var altså av avtalerettslig karakter.

Likevel antar jeg at dommen også kan sees på som et ansvarsgjennombrudd mellom to søsterselskap. Det forelå i den gjeldende saken ikke en klar avtale, men etter en totalvurdering av de ulike forholdene mellom søsterselskapene og kreditor ble det norske selskapet gjort ansvarlig. Blant momentene i totalvurderingen var det som etter en ansvarsgjennombruddsterminologi kan karakteriseres som sammenblanding. Morselskapets eneaksjeeier var i tillegg til å være styremedlem i samtlige tre selskaper,

⁹⁸ Se Knudsen "Gjeldsansvar i konsern", i Aakvaag...[et al.] s. 91.

også daglig leder av det norske selskapet. Sammen med at de tre selskapene hadde samme styreformann, viser dette at ledelsen i de tre selskapene var sammenvevd slik at det kan foreligge grunnlag for et ansvarsgjennombrudd. Den daglige leders opptreden i forhandlingene forut for vareleveransen var også med på å gjøre forholdene uoversiktlige. Det faktum at vi sto overfor to søsterselskap ble også vektlagt:

”Det er etter mitt syn her av sentral betydning at betalingstilsagnet gjaldt vareleveranser til et søsterselskap, ...” (s. 362)

I den videre behandlingen påpeker Høyesterett at det forelå utstrakt bruk av mellomregnskap mellom de to selskapene, hvor det norske selskapet i stor utstrekning betalte det svenske selskaps regninger. Dette var blant annet på bakgrunn av dårlig likviditet hos det svenske selskapet. Videre ble det svenske selskaps daglige leder lønnet av det norske selskap. Det forelå også utstrakt bruk av pantsettelser av det svenske selskaps eiendeler til fordel for det norske selskapet.

Hvis man sammenligner de momentene som det her er redegjort for, med den liste Brunsvig har utviklet for å fastlegge ansvarsgjennombrudd, jfr. punkt 4.3, ser man at det er mange fellesnevner, og at denne dommen kan anføres til støtte for at det etter norsk rett kan forekomme ansvarsgjennombrudd mellom to søsterselskap.

5 Avslutning

I forhold til den hovedproblemstilling som ble angitt innledningsvis, kan det på bakgrunn av den redegjørelsen som er gjort i denne oppgaven, fastslås at det etter norsk rett finnes grunnlag for å gjøre et morselskap direkte ansvarlig for datterselskaps forpliktelser selv om det klare utgangspunkt i asl § 1-2, 1. ledd ikke hjemler et slikt ansvar. Hvorvidt det som i denne oppgaven er behandlet under betegnelsen ansvarsgjennombrudd, skal sees på som et ansvar med grunnlag i alminnelig erstatningsrett, eller som en særlig heftelse med utgangspunkt i alminnelige selskapsrettslige regler kan ikke sies å være avklart i norsk rett. Men i forhold til synspunkter om hensiktsmessighet, ser jeg i likhet med Werlauff, fordelene av å operere med ansvarsgjennombruddet som et eget grunnlag, for gjennom dette å bevisstgjøre den

sikkerhetsventilen som trolig eksisterer i forhold til asl § 1-2, 1. ledd.⁹⁹ Likeledes vil ansvarsgjennombruddet da ha mulighet til å utvikle seg innenfor selskapsrettslige rammer, og om mulig bli et bedre rettslig instrument. Ansvarsgjennombrudd vil etter dette kunne gjøres gjeldende i flere tilfeller som også kan tenkes regulert med bakgrunn i alminnelig erstatningsrett.

Som påpekt i punkt 1.3.4, er spørsmålet om ansvarsgjennombrudd en del av et større selskapsrettslig problem knyttet til lovgiverens tanke om det enkelte selskaps uavhengighet, og den mer og mer fremtredende tanke i næringslivet hvor konsernet sees som en helhet. Det kan stilles spørsmål om dagens aksjelov i stor nok grad tar hensyn til denne utviklingen. Trolig vil lovgiver og domstoler i fremtiden møte en økende grad av utfordringer på dette område. I denne sammenheng vil store økonomiske verdier antakelig stå på spill, og en effektiv og hensiktsmessig regulering av konsernforhold vil være en nødvendighet. I forlengelsen av dette kan det påpekes at det så vidt meg bekjent ikke eksisterer en større norsk teoretisk fremstilling av konsernretten. Det må kunne sies å være et hull i norsk rettsvitenskap, og mulig kunne en slik helhetlig vitenskapelig behandling av problemer knyttet opp mot konsern, gi næring til lovgivers og domstolens videreutvikling av rettsområdet.

⁹⁹ Se kapittel 3.

Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998
- Augdahl, Per. *Aksjeselskapet efter norsk rett*. 3. utg. Oslo, 1959
- Brocker, Stefan. *Ansvarsgenombrott*. Stefan Brocker og Jan Grapatin. Stockholm, 1996
- Brunsvig, Per. *Hva eier en aksjeeier? I: Festskrift til Sjur Brækhus "Lov, Dom og Bok"*. Oslo, 1988
- Clausen, Nils Jul. *Faktiske forhold af betydning ved anvendelse af Piercing the corporate veil-doktrinen i USA*. I: TfR 1987 s. 955 flg.
- Giertsen, Johan. *Fusjon og fisjon*. Bergen, 1999
- Gomard, Bernhard. *Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner*. København, 1997
- Hagstrøm, Viggo. *Ansvarsgjenombudd etter norsk rett*. I: TfR 1993 s.250-282
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003
- Iversen, Torsten. *Støtteerklæringer*. København, 1994
- Moberg, Krister. *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder*. Stockholm, 1998.
- Røsæg, Erik. *Garantier eller fattigmannstrøst? Støtteerklæringer i selskapsforhold av typen comfort letters*. Oslo, 1992
- Vinje, Erik H. *Tolkning av garantier i forretningsforhold*. Oslo, 1999
- Werlauff, Erik. *Selskabsmasken*. København, 1991
- Werlauff, Erik. *Selskabsret*. 4. utg. København, 2000
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 4. utg. Oslo, 2001
- Aarbakke...[et al.]. *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*. Oslo, 2000
- Aakvaag...[et al.]. *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*. Oslo, 1994
- Aarum, Kristin N. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo, 1994

Forarbeider

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper (Aarbakke-utvalget)

NOU 1994:7 UNI Storebrands behandling av Skandiainvesteringen

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning (Selvig-utvalget)

NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper

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

Innst.O. nr. 80 (1996-1997) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgeving som følgje av ny aksjelovgivning m.m.

Sverige

SOU 1987:59 Ansvarsgenombrott m m

Proposition 1990/91:198 Om vissa ändringar i aktiebolagslagen

Domsregister

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1932 s. 1015 Nye Dalen Gruber

Rt. 1934 s. 412

Rt. 1937 s. 21 D/S Ulrikka

Rt. 1937 s. 600 Fossnes

Rt. 1970 s. 871 Marthinussen

Rt. 1976 s. 406

Rt. 1979 s. 81 NBBL

Rt. 1983 s. 1401

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1985 s. 1221 Revmatismesykehuset

Rt. 1990 s. 1126

Rt. 1991 s. 119 Normount Africa Line

Rt. 1992 s. 236
Rt. 1993 s. 20 Sjøldal
Rt. 1993 s. 513
Rt. 1994 s. 1002
Rt. 1996 s. 672 Kongeparken
Rt. 1996 s. 742 Minnor
Rt. 1999 s. 353 HTS
Rt. 2002 s. 456 Hydro Canada

Nytt juridisk arkiv (NJA)

NJA 1947 s. 647
NJA 1992 s. 375

Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)

UfR 1989 s. 921

USA

Fisser v. International Bank, 282 F. 2d 34.

Lovregister

Norge

1969 Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
Lov av 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)

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

1980 Lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)
Lov av 23. mai 1980 nr. 11 om stiftelser m.m. (stiftelsesloven)

1984 Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)

1985 Lov av 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven)
Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

1988 Lov av 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven)

- 1996 Lov av 6. desember 1996 nr. 75 om sikringsordninger for banker og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner (banksikringsloven)
- 1997 Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
 Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
- 1998 Lov av 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)
- 1999 Lov av 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven).
 Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- 2001 Lov av 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser (ikke trådt i kraft)

Tyskland

- 1965 Aktiengesetz vom 6. september 1965

Forkortelser

- Asl - Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
- Asal - Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
- Fregl - Lov av 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven)
- Mvl - Lov av 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)
- NJA - Nytt juridisk arkiv
- NOU - Norges Offentlige Utredninger
- Ot.prp. - Odelstingsproposisjon
- Rskl - Lov av 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)
- Rt. - Norsk Retstidende
- Sel - Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)
- Skl - Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
- Sktl - Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- SOU - Statens Offentlige Utredninger
- TfR - Tidsskrift for Rettsvitenskap
- UfR - Ugeskrift for Retsvæsen

A