



Det Juridiske Fakultet

**Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. tolket i lys av
insolvensrettslige regler**

Selskapsinteressen eller konserninteressen som målestokk for vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.?

Rikke Løvstad Philipps

Masteroppgave i [rettsvitenskap]...[JUR-3902]...[Vår 2020]

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	1
1.1 Temaet	1
1.2 Metode	2
1.3 Definisjoner og avgrensninger.....	2
1.3.1 Konserndefinisjonen	2
1.3.2 Konserninterne transaksjoner	2
1.3.3 Avgrensninger	3
1.4 Den videre fremstillingen	3
2. Konsernets stilling i norsk rett.....	3
2.1 Hvorfor konsernstruktur?	3
2.2 De rettslige utgangspunktene for konsernets stilling.....	4
2.2.1 Innledning	4
2.2.2 Det enkelte konsernselskap som selvstendig økonomisk enhet	4
2.2.3 Det enkelte konsernselskap som selvstendig selskapsorganisasjon	5
2.2.4 Konsernet som en helhet.....	6
3. Interessen etter europeisk selskapsrett.....	6
3.1 EUs forsøk på en harmonisert konsernregulering	6
3.2 Rozenblum-doktrinen	7
3.2.1 Innledning	7
3.2.2 Gjelder doktrinen i norsk rett?	7
4. Aksjelovens regulering av konserninterne transaksjoner	8
4.1 Innledning.....	8
4.2 Armlengdeprinsippet	9
4.3 Hvilken interesse ligger til grunn for aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.?..	10
4.3.1 Innledning	10
4.3.2 Selskapsinteressen	10

4.3.3 Konserninteressen.....	11
4.3.4 Betydning av hvilken interesse som forutsettes etter bestemmelsen.....	11
4.3.5 Hvilken interesse forutsettes dersom armlengdeprinsippet vurderes ut fra en selskapsrettslig innfallsvinkel?	12
5. Åpner insolvensrettslige regler for at vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt kan tolkes i lys av en konserninteresse?	14
5.1 Innledning.....	14
5.1.1 Anvendelse av insolvensrettslige regler	14
5.2 Konsernets stilling i insolvensretten.....	15
5.2.1 Norsk rett	15
5.2.2 EU-retten	16
5.2.3 The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2015).....	18
5.3 Omstøtelsesinstituttet.....	20
5.3.1 Overordnet om omstøtelse.....	20
5.3.2 Hensyn bak omstøtelsesinstituttet	21
5.3.3 Objektive omstøtelsesregler, jf. dekningsloven §§ 5-5 og 5-7	23
5.3.4 Subjektiv omstøtelsesregel, jf. dekningsloven § 5-9	23
5.3.5 Partskonstellasjonen i omstøtelsestvister.....	24
5.4 Interessen når rettighetskollisjonen består mellom konsernintern kreditor og konkursboet	25
5.4.1 Innledning	25
5.4.2 Kan konsernkreditors rettsstilling begrunne en konserninteresse?.....	25
5.5 Interessen når rettighetskollisjonen består mellom utenforstående kreditor og konkursboet	31
5.5.1 Innledning	31
5.5.2 Kan tredjemannsbetalinger omstøtes på grunn av konserntilknytningen mellom konkursdebitor og tredjemann?	31

5.5.3 Kan sikkerhetsstillelse i tredjemanns formuesgode omstøtes på grunn av konserntilknytningen mellom konkursdebitor og tredjemann?	32
5.6 Interessen ved likviditetsvurderingene i omstøtelsesreglene.....	35
5.6.1 Innledning	35
5.6.2 Likviditetsvurderingens relevans i insolvensretten	36
5.6.3 Skal utestående krav mellom konsernselskapene medregnes ved fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne, jf. dekningsloven § 5-5?	36
5.6.4 Kan morselskapet bestemme tidspunktet for datterselskapets insolvens?.....	39
6. Oppsummering	41
Kildeliste.....	42
Lover.....	42
Forarbeider og andre offentlige dokumenter	42
EU forordning.....	43
Rettspraksis.....	43
Litteratur	44

1. Innledning

1.1 Temaet

Masteravhandlingen gjelder et av konsernrettens grunnproblemer. Det er et særtrekk ved konsernstrukturen at det foreligger et spenningsforhold mellom konsernet som en samling av to eller flere selvstendige selskaper på den ene siden, og konsernet som en enhet på den annen.¹ Av spenningsforholdet kan det utledes en selskapsinteresse og en konserninteresse.

Dette spenningsforholdet viser seg blant annet ved konserninterne transaksjoner. Et utgangspunkt for reguleringen av konserninterne transaksjoner fremgår av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt., som lyder slik:

*«Transaksjoner mellom selskaper i samme konsern skal grunnes på vanlige og forretningsmessige vilkår og prinsipper».*²

Hensikten med masteravhandlingen er å undersøke hvorvidt vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. gjenspeiler selskapsinteressen eller konserninteressen når tolkningen skjer i lys av insolvensrettslige regler. Med hensyn til rettssikkerhet og forutberegnelighet bør det kunne legges til grunn at en rettslig vurderingsnorm er uavhengig av om en konsernintern transaksjon vurderes under vanlige driftsforhold eller i et insolvenstilfelle.

Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. har vært gjenstand for omfattende behandling og diskusjon siden innføringen i 1997. Ved tidligere analyser av bestemmelsen er det i liten grad sett hen til insolvensrettslige regler som tolkningsbidrag.³ Krüger Andersen mener imidlertid at «det egentlige konsernrettlige dilemma» ikke kan løses ved å se hen til insolvensrettslige regler, herunder omstøtelsesreglene.⁴ Likevel er vilkåret om at konserninterne transaksjoner skal grunnes på «vanlige og forretningsmessige vilkår og prinsipper» naturlig å anse som en henvisning til alle rettsdisipliner som inneholder bestemmelser av relevans for forretningsmessige forhold, herunder selskapsrett, avtalerett og

¹ NOU 1996:3 s. 87, Krüger Andersen s. 541, Andenæs m/fl. (2016) s. 42, Werlauff (2019) s. 711, Aarbakke m/fl. s. 223, Gomard m/fl. s. 144.

² LOV-1997-06-13-44 om aksjeselskaper (aksjeloven), LOV-1997-06-13-45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

³ Se likevel Lilleholt: Konsern og konkurs.

⁴ Krüger Andersen s. 563.

formuerett. Følgelig kan det finnes relevante tolkningsbidrag for vurderingen av forretningsmessighet i henhold til aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. også i disse rettsdisiplinene. Dette gjelder særlig insolvensretten som setter vilkåret om forretningsmessighet, og avveiningen mellom selskapsinteressen og konserninteressen på spissen.

1.2 Metode

Masteroppgaven er basert på juridisk metode og rettskildelære som beskrevet av Eckhoff.

Europeisk rett vil bli benyttet i avhandlingen. Ved anvendelse av annen lands rett, oppstår spørsmålet om hvilken rettskildemessig vekt denne kan tillegges. Dette blir tatt stilling til fortløpende i avhandlingen. Utenlandsk rett brukes i avhandlingen for å kaste lys over norsk rett. Målet er ikke å gjennomføre inngående komparative analyser.

1.3 Definisjoner og avgrensninger

1.3.1 Konserndefinisjonen

Masteravhandlingen behandler konserninterne transaksjoner i aksjeselskapsretten. Det tas derfor utgangspunkt i aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-3 (1) for den videre behandlingen. I bestemmelsen heter det at «et morselskap utgjør sammen med et datterselskap eller datterselskaper et konsern». Bestemmende for aksjeloven/allmennaksjelovens konsernbegrep er mor-datterkonstellasjonen. Som morselskap regnes et aksje-/allmennaksjeselskap som har «bestemmende innflytelse over et annet selskap», jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-3 (2). Datterselskapet er selskapet som morselskapet har bestemmende innflytelse over, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-3 (3). Datterselskapet kan være heleid eller deleid av morselskapet, avhengig av morselskapets aksjeeierandel i datterselskapet.

1.3.2 Konserninterne transaksjoner

Transaksjonsbegrepet skal tolkes vidt, men det må avgrenses mot «åpne overføringer som lovlig kan foretas mellom konsernselskaper».⁵ Konserninterne transaksjoner innebærer at et konsernselskap stiller fordeler, herunder kapital, til rådighet for et annet selskap i samme konsern.⁶ Transaksjoner fra datterselskapet til morselskapet betegnes som «up stream-transaksjoner», mens transaksjoner fra morselskapet til datterselskapet er såkalte «down

⁵ NOU 1996:3 s. 192, Aarbakke m/fl. s. 224.

⁶ Bråthen (2020) s. 15.

stream-transaksjoner».⁷ Transaksjoner mellom søsterselskapene defineres som «cross stream-transaksjoner».⁸

Det er usikkert om det har rettslig betydning å skille mellom down stream-, up stream-, eller cross stream-transaksjoner ved kartleggingen av vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Lovforarbeidene viser ikke til et slikt skille. Vurderingen av om sondringen er av betydning gjøres forløpende i avhandlingen.

1.3.3 Avgrensninger

Regler og prinsipper fra skatteloven og finansforetaksloven er relevante tolkingsbidrag ved kartleggingen av hvilken interesse som gjelder for vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.⁹ Av hensyn til avhandlingens omfang avgrenses det likevel mot disse lovenes innfallsvinkel på vurderingsnormen.

1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingens kapittel 2 tar for seg konsernets rettsstilling i norsk rett, herunder de rettslige utgangspunktene for norsk konsernregulering. Deretter tar avhandlingens kapittel 3 for seg europeisk konsernregulering. Kapittel 4 behandler aksjeloven/allmennaksjelovens regulering av konserninterne transaksjoner, og hvilken interesse som forutsettes ut fra selskapsrettslige regler og prinsipper. Endelig tar kapittel 5 for seg avhandlingens hovedproblemstilling.

2. Konsernets stilling i norsk rett

2.1 Hvorfor konsernstruktur?

Lovgiver pålegger enkelte virksomheter en bestemt selskapsform.¹⁰ Slik forvaltningsregulering finnes blant annet i energiloven § 4-6.¹¹ Ifølge lovbestemmelsen må virksomheten deles inn i flere juridiske enheter.

Forvaltningsregulering er likevel unntaket. I norsk rett er det alminnelige utgangspunktet næringsfrihet, og næringsdrivende velger hvordan virksomheten skal organiseres og under

⁷ Bråthen (2020) s. 15-16.

⁸ Bråthen (2020) s. 16.

⁹ LOV-1999-03-26-14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven), LOV-2015-04-10-17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven). Se imidlertid punkt 4.3.5 hvor skattesak i Rt-2008-1537 (Conoco Philips) er brukt til illustrasjon.

¹⁰ Woxholth s. 402.

¹¹ LOV-1990-06-29-50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).

hvilken selskapsform.¹² Konsernstrukturen er derfor kun én av flere alternative selskapsformer.

I dag velger stadig flere næringsdrivende å innordne virksomheten innunder konsernstrukturer, og konserner utgjør således en sentral del av næringslivet.¹³ En nærliggende årsak til at mange velger konsernstrukturen som organisasjonsform, er ansvarsbegrensningen som morselskapet nyter, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-2 (1).¹⁴ I tillegg kan blant annet organisatoriske forhold, hensynet til risikospredning og hensynet til kapitalforhold ligge til grunn for valget.¹⁵ Konsernstrukturen er imidlertid ikke alltid et bevisst eller planlagt valg for virksomheten, da forhold som restrukturering eller oppkjøp kan resultere i en mer tilfeldig oppstått konsernstruktur.¹⁶

2.2 De rettslige utgangspunktene for konsernets stilling

2.2.1 Innledning

Norsk rett inneholder ingen fullstendig systematisert konsernregulering i lovs form.¹⁷ Isteden synes det som at lovgiver suksessivt tar grep der behovet viser seg.¹⁸

Selv om konsernretten ikke er gjennomregulert, finnes det rettslige utgangspunkter for forholdet mellom det enkelte konsernselskapet og konsernet som en helhet. I det følgende blir det ved behandlingen av de rettslige utgangspunktene skilt mellom økonomiske og administrative forhold på den ene siden, og selskapsorganisasjonen på den annen. Sondringen henter sin begrunnelse fra spenningsforholdet som finnes i konsern.¹⁹

2.2.2 Det enkelte konsernselskap som selvstendig økonomisk enhet

Det formelle og rettslige utgangspunktet er prinsippet om rettssubjektivitet.²⁰

Konsernselskapet er rettssubjekt i forholdet til tredjemann, og ikke konsernet som sådan.²¹

¹² Woxholth s. 401, NOU 1996: 3 s. 17.

¹³ NOU 1996:3 s. 86, Krüger Andersen s. 541.

¹⁴ Andenæs m/fl. (2016) s. 41.

¹⁵ Andenæs m/fl. (2016) s. 41, Bråthen (2020) s. 3, Gomard m/fl. s. 140.

¹⁶ Bråthen (2020) s. 3.

¹⁷ Bråthen (2017) s. 254, Andenæs m/fl. (2016) s. 45.

¹⁸ Andenæs m/fl. (2016) s. 45.

¹⁹ NOU 1996:3 s. 86.

²⁰ Aarbakke m/fl. s. 223, NOU 1996:3 s. 86.

²¹ Werlauff (2019) s. 723, NOU 1996:3 s. 86, Andenæs m/fl. (2016) s. 43.

Dette innebærer at konsernselskapet er ansvarlig for kontraktmessig samhandling overfor sine medkontrahenter med egen selskapskapital, jf. HR-2017-1932-A avsnitt 101.²²

Det enkelte konsernselskap må dessuten utarbeide årsregnskap for å kartlegge sin økonomiske stilling uavhengig av konsernets, jf. regnskapsloven § 1-2 (1) nr. 1.²³ I tillegg må det antas at kravene til forsvarlig egenkapital og likviditet i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-4 gjelder på selskapsnivå, og ikke konsernnivå.²⁴ Dersom det enkelte konsernselskap har en uforsvarlig egenkapital eller likviditet, må konsernselskapet følge tiltaksreglene i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-5. Konsernselskapene er ansvarlige for egen selskapskapital, herunder at kapitalen er i tråd med de krav som aksjeloven/allmennaksjeloven stiller.

2.2.3 Det enkelte konsernselskap som selvstendig selskapsorganisasjon

På grunn av det formelle og rettslige utgangspunktet om selskapers rettssubjektivitet, må konsernselskapene ha hver sin egen selskapsorganisasjon.²⁵ Aksjeloven/allmennaksjeloven stiller krav til hvilke selskapsorganer et aksje-/allmennaksjeselskap må ha. Aksje-/allmennaksjeselskapet må for det første ha et styre, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-1 (1). Daglig leder er derimot valgfritt i aksjeselskap, jf. aksjeloven § 6-2 (2) 1.pkt., men lovpålagt i allmennaksjeselskap, jf. allmennaksjeloven § 6-2 (1).

Videre inneholder aksjeloven/allmennaksjeloven regler om kompetansefordelingen mellom selskapsorganene. Kompetansereglene er avgjørende for en lovmessig beslutningsprosess innad i konsernselskapene og konsernet som en helhet. Reglene legger blant annet føringer for morselskapets beslutningsmyndighet overfor datterselskapet. Morselskapet er aksjonær i datterselskapet, og er henvist til å utøve beslutningsmyndighet gjennom gyldig generalforsamlingsvedtak, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-1 (1).²⁶ Dessuten kan ikke kompetanse hos et datterorgan overføres til morselskapet dersom det medfører at organet mister sin reelle rolle.²⁷

²² NOU 1996:3 s. 86.

²³ NOU 1996:3 s. 86, LOV-1998-07-17-56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

²⁴ Likevel HR-2016-1439-A (Bergshav Holding) avsnitt 108: her ble det uttalt at minoritetsaksjonær hadde «rett til utbytte som er passende i forhold til eiendeler og inntjening på konsernnivå».

²⁵ NOU 1996:3 s. 86, Aarbakke m/fl. s. 223.

²⁶ Andenæs m/fl. (2016) s. 42, Krüger Andersen s. 555.

²⁷ Aarbakke m/fl. s. 45.

2.2.4 Konsernet som en helhet

Selv om det formelle og rettslig utgangspunktet er prinsippet om rettssubjektivitet, er det forhold som tilsier at konsernet bør vurderes som én administrativ og økonomisk enhet.²⁸

Regelsett som taler for å betrakte konsernet som én økonomisk enhet, er blant annet regnskapsloven og revisorloven.²⁹ Regnskapsloven pålegger morselskapet en plikt til å utarbeide konsernregnskap, jf. regnskapsloven §§ 3-2 (3) og 3-6. Konsernregnskapet illustrerer konsernets økonomiske stilling, og det er normalt denne som er viktigst for konsernet.³⁰ I revisorloven § 5-7 (1) heter det at revisor skal «ved revisjon av årsregnskapet for et morselskap avgi en felles revisjonsberetning for morselskapet og konsernet». Følgelig skal revisors vurdering av den økonomiske situasjonen innad i konsernet gis under ett.

Morselskapets rett til å drive konsernledelse av datterselskapet gjennom generalforsamlingsvedtak, taler for å se konsernet som én administrativ enhet.

Det er gode grunner som taler for at realiteten i konsernstrukturen, herunder det økonomiske og administrative fellesskapet, må tas hensyn til. Likevel kan det ikke hevdes at konserninstituttet fratar konsernselskapene rettsstillingen som selvstendige rettssubjekter.³¹ Lovgiver kan vanskelig bryte med prinsippet om rettssubjektivitet, men konsernstrukturens særtrekk bør altså ikke ignoreres.³²

3. Interessen etter europeisk selskapsrett

3.1 EUs forsøk på en harmonisert konsernregulering

Konsernrettens grunnproblem gjør seg gjeldende i store deler av Europa.³³ EU arbeider stadig med utviklingen av selskapsretten med sikte på en harmonisert selskapsrettsregulering.³⁴

Spørsmålet er om EU-retten har en avklaringsfunksjon i forbindelse med grunnproblemet.

EU har gjentatte ganger forsøkt å harmonisere konsernretten. Det var lenge en diskusjon om det skulle vedtas et niende selskapsdirektiv om materiell konsernrett.³⁵ Kommisjonens utkast

²⁸ Werlauff (1996) s. 51-54, NOU 1996:3 s. 86, Aarbakke m/fl. s. 223.

²⁹ LOV-1999-01-15-2 om revisjon og revisorer (revisorloven).

³⁰ Andenæs m/fl. (2016) s. 43.

³¹ Andenæs m/fl. (2016) s. 42, Aarbakke m/fl. s. 223.

³² Krüger Andersen s. 541.

³³ Krüger Andersen s. 542, Werlauff (2019) s. 731.

³⁴ Sundby s. 428 og s. 459.

³⁵ Bråthen (2020) s. 3, Sundby s. 459, Andenæs m/fl. (2016) s. 44.

fikk liten tilslutning, og arbeidet med direktivet ble avsluttet på slutten av 1980-tallet.³⁶ Kommisjonen har ikke fremmet forslag til et nytt selskapsdirektiv.³⁷ Likevel fremmet kommisjonen Action Plan 2003 og Action Plan 2012, med sikte på en felles konsernmålsetning for medlemslandene. Action Plan 2003 hentet inspirasjon fra Rozenblum-doktrinen, og fremmet derfor en konserninteresse.³⁸ Tilsvarende tok Action Plan 2012 sikte på å fremme «gruppeinteresser».³⁹ Verken Action Plan 2003 eller Action Plan 2012 har resultert i EU-regulering av konsernretten.⁴⁰ Det er derfor uklart hvilken interesse som er avgjørende etter den europeiske selskapsretten.

3.2 Rozenblum-doktrinen

3.2.1 Innledning

Rozenblum-doktrinen, heretter omtalt som «doktrinen», baserer seg på den franske Rozenblum-dommen fra 1985. Doktrinen har tjent som inspirasjon til Kommisjonens Action Plan 2003, og har tilslutning fra flere europeiske land. Følgelig kan det argumenteres for at doktrinen utgjør en del av europeisk selskapsrett, og anses derfor for å være den ledende tilnærmingen til konsernproblematikken i EU.

Doktrinen tar stilling til konsernrettens grunnproblem, og forankrer en konserninteresse såfremt visse vilkår er oppfylt.⁴¹ For det første stilles det krav om «en fast konsernstruktur». Videre må det «utvikles en konsekvent og koordinert politikk for konsernets virksomhet». Endelig må de «fordeler og ulemper som påføres konsernselskapene fordeles mellom mor- og datterselskaper på en balansert måte».

3.2.2 Gjelder doktrinen i norsk rett?

Problemstillingen er relevant for tolkningen av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Dersom det er rettslig holdepunkter for å konstatere at doktrinen gjelder i norsk rett, bør aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. tolkes i lys av denne.

³⁶ Bråthen (2020) s. 3-4, Andenæs m/fl. (2016) s. 44-45, Sundby s. 459.

³⁷ Bråthen (2020) s. 4.

³⁸ Bråthen (2020) s. 4. Se punkt 3.2 for behandling av Rozenblum-doktrinen.

³⁹ Bråthen (2020) s. 4.

⁴⁰ Bråthen (2020) s. 4.

⁴¹ Jf. f.eks. Bråthen (2020) s. 6, Werlauff (2019) s. 731.

Aksjeloven/allmennaksjeloven har regler som bygger på en forutsetning om at konsernet er en «organisasjonsmessig enhet som ledes av morselskapet».⁴² Eksempler på dette er aksjeloven/allmennaksjeloven §§ 6-5 og 8-7 (3) nr. 2. Likevel kan det ikke være avgjørende at konsernstrukturens særlige forhold er tatt hensyn til i lovs form.

Aksjeloven/allmennaksjelovens anerkjennelse av morselskapets konsernledelse kan ikke uten videre tolkes som en tiltredelse av doktrinen.

Doktrinen har dessuten beskjeden forankring i de norske rettskildedefaktorene. Doktrinen er ikke nevnt i lovforarbeidene.⁴³ Dette trekker i retning av at doktrinen ikke er relevant ved tolkningen av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Videre finnes det ikke rettspraksis som bygger på doktrinen eller som tar stilling til dens rettslige betydning ved tolkningen av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.⁴⁴ I juridisk litteratur er rettsoppfatningen delt.⁴⁵ Ettersom doktrinen ikke har støtte i sentrale norske rettskildedefaktorer må konklusjonen være at den ikke gjelder i norsk rett. Doktrinen vurderes derfor ikke som relevant for den videre tolkningen av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.

4. Aksjelovens regulering av konserninterne transaksjoner

4.1 Innledning

Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 har ingen forgjenger i tidligere aksjelover.

Bestemmelsen statuerer grunnleggende prinsipper for behandlingen og håndteringen av konserninterne transaksjoner.⁴⁶ Behovet for bestemmelsen knytter seg til spenningsforholdet som oppstår i relasjon til konsernstrukturen, og i forlengelsen av dette beskyttelse av kreditorer og minoritetsaksjonærer.⁴⁷

⁴² NOU 1996:3 s. 86.

⁴³ Bråthen (2020) s. 10, Sundby s. 462.

⁴⁴ Bråthen (2020) s. 11, Sundby s. 462.

⁴⁵ Stølen s. 418, Sundby s. 462, Aarbakke m/fl. s. 225, Bråthen (2020) s. 10.

⁴⁶ NOU 1996:3 s. 87, Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 135 og 136, Bråthen (2009) s. 210.

⁴⁷ NOU 1996:3 s. 87.

4.2 Armlengdeprinsippet

Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. statuerer et armlengdeprinsipp.⁴⁸ Etter armlengdeprinsippet i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. er utgangspunktet at aksje-/allmennaksjeselskaper med og uten konserntilknytning skal bedømmes likt.⁴⁹

Hvorvidt transaksjonen er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet, beror på flere forhold. For det første må vilkårene for transaksjonen være lojale ut fra selskapsrettslige og insolvensrettslige prinsipper.⁵⁰ Videre må transaksjonen være forretningsmessig begrunnet, herunder i tråd med alminnelig markedspraksis.⁵¹ Endelig må kontraktsytelsene og vilkårene for transaksjonen være likevektige.⁵²

Aksjelovutvalget tok i NOU 1996:3 stilling til forholdet mellom vilkårene som stilles for at transaksjonen skal være i tråd med armlengdeprinsippet.⁵³ Utvalget la til grunn at ensidige overføringer kan tillates dersom disse er forretningsmessig begrunnet.⁵⁴ Det kan dermed legges til grunn at kravet til forretningsmessig begrunnelse avhjelper kravet til likevekt i kontraktsforholdet. En slik forståelse er nødvendig for konsernets siktemål om optimal utnyttelse av de samlede konsernressursene.⁵⁵ En ensidig overføring vil stride mot kravet til likevekt, men kan likevel være forretningsmessig begrunnet som ledd i et større transaksjonsbilde, og utlignes på et senere tidspunkt.⁵⁶ Kravet til likevekt må dermed underlegges en kumulativ og dynamisk vurdering i konsernforhold.⁵⁷ Lemping av kravet til likevekt innebære likevel at kravet til transaksjonens begrunnelse skjerpes. Bråthen argumenterer i den forbindelse for at aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-4 utgjør armlengdeprinsippet nedre grense.⁵⁸ Han skriver at det ved ensidige transaksjoner som resulterer i en uforsvarlig egenkapital og likviditet, må det stilles «spesielt strenge krav» til

⁴⁸ Bråthen (2009) s. 208.

⁴⁹ NOU 1996:3 s. 192, Truyen (2004) s. 314, Bråthen (2020) behandler spørsmålet om hvor langt denne likestillingen går ut fra en selskapsrettslig innfallsvinkel.

⁵⁰ Bråthen (2009) s. 211.

⁵¹ NOU 1996:3 s. 192, Ot.prp.nr.2 (1991-1992) s. 18, Werlauff (1996) s. 264.

⁵² NOU 1996:3 s. 192, Rt-1996-672 (Kongeparken) s. 679.

⁵³ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

⁵⁴ NOU 1996:3 s. 192, Bråthen (2009) s. 208.

⁵⁵ NOU 1996:3 s. 87, Bråthen (2020) s. 14.

⁵⁶ Truyen (2005) s. 148, Bråthen (2020) s. 14.

⁵⁷ Bråthen (2020) s. 14.

⁵⁸ Bråthen (2020) s. 20.

transaksjonens begrunnelse.⁵⁹ I tillegg bør utligningsperioden være kort av hensyn til konsernselskapets kreditorer.

4.3 Hvilken interesse ligger til grunn for aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.?

4.3.1 Innledning

Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. er ikke utarbeidet med sikte på en uttømmende regulering av alle rettslige problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med konserninterne transaksjoner. I forarbeidene fremhever departementet at lovforslaget ble utarbeidet under en snau tidsramme, og at dette resulterte i en regulering som i beskjeden grad tar stilling til kreditorinteresser/-hensyn.⁶⁰ Departementets uttalelser gir grunnlag for å stille spørsmål om hvilke interesser som skal legges til grunn ved fortolkningen av armlengdeprinsippet.

4.3.2 Selskapsinteressen

Selskapsinteressen er uttrykk for en samling av de interesser som gjør seg gjeldende innad i selskapsstrukturen på kort og lang sikt.⁶¹ Det kan blant annet trekkes en sontring mellom aksjonærinteresser og tredjemannsinteresser.

Det er nærliggende å legge aksjonærinteressen til grunn som den mest sentrale delen av selskapsinteressen, ettersom aksjelovene bygger på et vinningsformål for selskapet og dets aksjonærer, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 2-2 (2) og § 1-1 (3) nr. 2.⁶² Likevel bør selskapsinteressen gis et mer omfattende innhold, jf. HR-2018-570-A. Her heter det:

«Selskapsinteressen er et mindre entydig begrep. Et selskap skal naturligvis ivareta aksjonærinteressen, men har også ansvar for de ansatte, for selskapets medkontrahenter og kreditorer, og for oppfyllelse av andre forpliktelser det måtte ha overfor omgivelsene og samfunnet for øvrig.»⁶³

Etter dette kan ikke aksjonærinteresser utgjøre selskapsinteressen alene. Aksjonærinteressene må avveies mot øvrige interesser som blant annet kreditorinteresser.⁶⁴

⁵⁹ Bråthen (2009) s. 212.

⁶⁰ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 136.

⁶¹ Jakobsen s. 19, Prop. 135 L (2018-2019) s. 95.

⁶² Andenæs m/fl. (2016) s. 344, Werlauff (2019) s. 30.

⁶³ HR-2018-570-A avsnitt 41.

⁶⁴ Andenæs m/fl. (2016) s. 344, Werlauff (2019) s. 30.

4.3.3 Konserninteressen

Konserninteressen har ikke tilsvarende fotfeste i norsk rett som selskapsinteressen. Årsaken antas å være at konserninteressen overordner seg det formelle og rettslige utgangspunktet om selskapers rettssubjektivitet. Konserninteressen innebærer en rett for konsernledelsen å foreta disposisjoner som er fordelaktige for konsernet, men som isolert sett ikke er optimale for det enkelte konsernselskaps interesser på lang sikt.⁶⁵

4.3.4 Betydning av hvilken interesse som forutsettes etter bestemmelsen

Spørsmålet om hvilken interesse aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. skal tolkes i lys av har blant annet rettslig betydning for morselskapets adgang til å utøve konsernledelse, ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper og forbudet mot myndighetsmisbruk. I det følgende vil jeg kort redegjøre for dette.

Aksjeloven/allmennaksjeloven har ingen egen hjemmel for morselskapets myndighet til å utøve *konsernledelse*. Morselskapet er derfor henvist til å følge de alminnelige saksbehandlingsreglene. Morselskapet er majoritetsaksjonær i datterselskapet og må dermed utøve konsernledelse gjennom gyldig generalforsamlingsvedtak, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-1.⁶⁶ Generalforsamlingsvedtakets gyldighet er avhengig av lovmessighet,⁶⁷ og morselskapet kan ikke fatte beslutninger på generalforsamlingen som er i strid med reglene i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Tolkningen av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. er derfor bestemmende for den materielle rekkevidden av morselskapets konsernledelse.

Videre står hovedregelen om *ansvarsbegrensning* for aksjonærer etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-2 sterkt i selskapsretten. Etter bestemmelsen hefter ikke aksjonærene for selskapsforpliktelsene utover eget aksjeinnskudd. Unntak fra hovedregelen krever særskilt hjemmel.⁶⁸ Dersom vurderingsnormen for konserninterne transaksjoner kan tolkes i lys av en konserninteresse, med en rett for morselskapet å foreta disposisjoner som ikke er optimale for datterselskapet, kan det argumenteres for at hensynet bak ansvarsbegrensningen ikke står seg.⁶⁹ Regelen om ansvarsbegrensning bør derfor ha et

⁶⁵ Normann (2010) s. 251-252, Aarbakke m/fl. s. 225.

⁶⁶ Krüger Andersen s. 555, Andenæs m/fl. (2016) s. 42, Normann (2018) s. 559-560.

⁶⁷ Dette fremgår indirekte av aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-22 1.pkt.

⁶⁸ Rt-1996-672 s. 678-679.

⁶⁹ Lau Hansen punkt 3.3.

svakere vern dersom aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. tolkes i lys av en konserninteresse.

Dessuten oppstiller aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-21 en regel om forbud mot *myndighetsmisbruk*. Bestemmelsen forbyr generalforsamlingsvedtak som er «egnet til å gi visse aksjonærer [...] en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning». I deleide datterselskaper er aksjeeierandelene representert av både majoritets- og minoritetsaksjonærer. Truyen legger til grunn at konserntilknytningen ikke gir grunnlag for økt forskjellsbehandling av aksjonærer, og argumenterer for at majoritetsaksjonærens styringsrom bør være snevert.⁷⁰ Ved å tolke vurderingsnormen for konserninterne transaksjoner i lys av en konserninteresse, vil det imidlertid åpnes for en økt forskjellsbehandling av aksjonærene, all den tid morselskapet kan få en urimelig fordel på datterselskapets bekostning.

4.3.5 Hvilken interesse forutsettes dersom armlengdeprinsippet vurderes ut fra en selskapsrettslig innfallsvinkel?

Avhandlingen har så langt blant annet behandlet aksjelovens regulering av konserninterne transaksjoner etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt., herunder armlengdeprinsippet og de alternative interessene prinsippet kan tolkes i lys av. Her skal det tas stilling til om armlengdeprinsippet skal tolkes i lys av selskapsinteressen eller konserninteressen når vurderingen skjer ut fra et selskapsrettslig perspektiv.

I teorien er det ulike oppfatninger knyttet til hvilken interesse som skal legges til grunn for vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Aarbakke argumenterer for at selskapsinteressen må være utgangspunktet for vurderingen etter vurderingsnormen.⁷¹ Bråthen viser på sin side til høyesterettspraksis, og konkluderer med at aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. i tillegg kan tolkes i lys av en konserninteresse.⁷² Bråthen ser blant annet hen til HR-2016-1439-A (Bergshaven Holding), Rt-1996-672 (Kongeparken) og Rt-2008-1537 (Conoco Philips). I det følgende vil jeg redegjøre for disse dommene og hvordan Høyesterett har sett hen til konserninteressen i de ulike sakene.

⁷⁰ Truyen (2005) s. 339.

⁷¹ Aarbakke m/fl. s. 225.

⁷² Bråthen (2020) s. 10-13.

I HR-2016-1439-A (Bergshav Holding) reiste minoritetsaksjonær søksmål på grunnlag av manglende utdeling av utbytte. Ved vurderingen av utbyttegrunnlaget uttalte Høyesterett at saksøker hadde «rett til utbytte som er passende i forhold til eiendeler og inntjening på konsernnivå».⁷³ Det var dermed ikke tilstrekkelig å vurdere utbyttekapasiteten på selskapsnivå, all den tid morselskapet kunne fått kapitaltilførsel fra datterselskapet. Uttalelsen innebærer at utbyttegrunnlaget må vurderes på konsernnivå, og konsernet som en økonomisk enhet får avgjørende betydning.

I Rt-1996-672 (Kongeparken) anerkjennes konsernet som en økonomisk enhet. Datterselskapets konkursbo reiste søksmål mot morselskapet med påstand om ansvarsgjennombrudd. I vurderingen så Høyesterett hen til hvorvidt datterselskapet var underkapitalisert. Datterselskapets aktiva bestod av en aksjekapital og «ansvarlig lånekapital som skulle stå tilbake for krav fra øvrige kreditorer» ytt av morselskapet. Høyesterett konkluderte med at lånet fra morselskapet inngikk i datterselskapets egenkapital. Lån fra eksterne kreditorer utgjør aksje-/allmennaksjeselskapets fremmedkapital, og inngår ikke i egenkapitalen.⁷⁴ Høyesterett tok derfor hensyn til internfinansieringen som finner sted i konserner, og vurderte konsernet som en økonomisk enhet.

I skattesaken i Rt-2008-1537 (Conoco Philips) saksøkte Oljeskattenemnda Conoco-konsernet etter at konsernet nektet å innrette seg etter et av deres omgjøringsvedtak. Omgjøringsvedtaket bestemte at en ervervet fordring skulle tilordnes morselskapet, mens konsernet hadde besluttet fordringen plassert hos datterselskapet. Oljeskattenemnda anførte at plasseringen var skatterettslig motivert. Avgjørende for Høyesterett var kompetansefordelingen mellom morselskapet og datterselskapet, og uttalte at selskapet hadde «tilpassa seg ein – for selskapet og konsernet – naturleg investeringsstruktur med den aktuelle investeringa».⁷⁵ Høyesterett vurderte plasseringen av fordringen ut fra hva konsernet er best tjent med.

De ovennevnte dommene illustrerer at vurderingsnormen i aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. kan tolkes i lys av en konserninteresse. Dommene støtter særlig oppunder konsernet som én økonomisk enhet.

⁷³ HR-2016-1439-A (Bergshav Holding) avsnitt 108.

⁷⁴ Woxholth s. 167 og 169, Rt-1930-854 s. 857.

⁷⁵ Rt-2008-1537 (Conoco Philips) avsnitt 68.

5. Åpner insolvensrettslige regler for at vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt kan tolkes i lys av en konserninteresse?

5.1 Innledning

5.1.1 Anvendelse av insolvensrettslige regler

Så langt har avhandlingen illustrert og gjort rede for den selskapsrettslige innfallsvinkelen til et av konsernrettens grunnproblemer.

Idet følgende er siktemålet å anvende insolvensrettslige regler for å ta stilling til om vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. skal tolkes i lys av en konserninteresse eller en selskapsinteresse.

I denne forbindelse oppstår spørsmålet om insolvensrettslige regler kan anvendes til å belyse innholdet av en selskapsrettslig bestemmelse. Det formelle utgangspunktet er at insolvensretten og selskapsretten er to selvstendige rettsdisipliner.⁷⁶ Samtidig er vilkåret om at konserninterne transaksjoner skal grunnes på «vanlige og forretningsmessige vilkår og prinsipper» naturlig å forstå som en henvisning til alle relevante bestemmelser som regulerer forretningsmessige forhold. Følgelig må de konserninterne transaksjonene være i overensstemmelse med regler og prinsipper etter øvrige rettsområder for å være lovmessige etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Av den grunn bør insolvensrettelige regler og prinsipper kunne legge føringer for hva som anses som forretningsmessig etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. Det må imidlertid tas høyde for at aksjerettslige og insolvensrettslige regler bygger på ulike hensyn. Interesseavveiningen mellom kreditorhensyn og konsernets rett til optimal forvaltning av konsernressursene er gjennomgående for drøftelsen.

Insolvensrettslige regler kan etter dette benyttes til å belyse innholdet av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt.

I det følgende skal det undersøkes hvorvidt det er selskapsinteressen eller konserninteressen som legges til grunn for insolvensbehandlingen av konserner. Avhandlingen vil først ta

⁷⁶ Giertsen s. 251.

stilling til spørsmålet på et generelt nivå, og deretter spesielt i forhold til omstøtelsesinstituttet.

5.2 Konsernets stilling i insolvensretten

5.2.1 Norsk rett

I norsk rett finnes det ingen spesialregulering av insolvensbehandlingen i konserner. På grunn av manglende lovregulering er rettsanvendelsen basert på alminnelige prinsipper, hensyn og interesser i både insolvens- og selskapsretten.

Av prinsipper som gjør seg gjeldende kan det vises til konserninteressen opp mot selskapsinteressen. Videre må forholdet mellom aksjonærinteresser og kreditorinteresser tas i betraktning. Aksjeloven omhandler aksjonærinteresser, mens insolvensrettslige regler verner om kreditorinteresser.

Spørsmålet er om kreditorinteressen, slik de fremgår gjennom insolvensretten, taler for at insolvensbehandlingen skal skje i lys av en selskapsinteresse eller en konserninteresse. Forut for et eventuelt konkurstidspunkt kan det antas at konsernressursene forvaltes ut fra en fellesinteresse.⁷⁷ Kreditorer kan derfor ha interesse i at den insolvensrettslige vurderingen av konserninterne transaksjoner skjer på konsernnivå. Likevel er kreditorinteresser en del av selskapsinteressen.⁷⁸ I forlengelsen av dette vil spenningsforholdet mellom konsernet som en samling av flere selvstendige selskaper på den ene siden, og konsernet som en enhet på den annen gjøre seg særlig gjeldende i insolvensretten. Konsernet kan ikke uten særskilt grunnlag, for eksempel i kontrakt, opptre som debitor, og det er derfor det enkelte konsernselskap som går konkurs.⁷⁹ Dette illustreres i tilfellet der flere av konsernselskapene går konkurs samtidig. I denne situasjonen skal boene gjøres opp hver for seg.⁸⁰ I mangel av særskilt kontraktsregulering vil kreditorene dermed ha interesser knyttet til et konkret konsernselskap og ikke til konsernet som sådan.⁸¹

Konserners rettsstilling i insolvensretten kompliseres ytterligere ved at konsernselskapene regnes som hverandres nærstående etter dekningsloven § 1-5 nr. 3.⁸² På grunn av

⁷⁷ Lilleholt s. 119, NOU 1972:20 s. 251-252.

⁷⁸ HR-2018-570-A avsnitt 41.

⁷⁹ Werlauff (1996) s. 113, Werlauff (2019) s. 723, Lilleholt s. 119.

⁸⁰ Lilleholt s. 119, Gomard m/fl. s. 152.

⁸¹ Aarbakke m/fl. s. 223, Gomard m/fl. s. 147.

⁸² LOV-1984-06-08-59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), NOU 1972:20 s. 253.

fellesforvaltningen av konsernressursene, er disposisjoner som det konkursrammede konsernselskapet foretar før konkursåpning til større skade for kreditorene enn for skyldneren.⁸³ Følgelig er det oppstilt særskilte omstøtelsesregler for disposisjoner mellom nærstående.⁸⁴ Etter disse reglene er kreditorinteressene gitt ekstra vern.

De generelle utgangspunktene for norsk insolvensbehandling taler for at konserner bør betraktes som en samling av flere selvstendige rettssubjekter, og selskapsinteressen gis tilsynelatende avgjørende betydning.

5.2.2 EU-retten

Spenningsforholdet mellom konsernforvaltning ut fra et interessefellesskap forut for konkurstidspunktet, og det enkelte konsernselskap som en selvstendig økonomisk enhet under konkursbehandlingen er gjennomgående for nasjonal lovgivning i Europa. Bare et mindretall av europeiske land har spesialregulering av insolvensbehandlingen i konserner. De fleste europeiske land opererer med tilsvarende regel som i norsk rett – i de tilfeller flere konsernselskaper går konkurs samtidig, må boene gjøres opp hver for seg.⁸⁵ Årsaken kan antas å være at konsolidering av insolvensbehandlingene bryter med prinsippet om selskapers rettssubjektivitet.

Konsernreguleringen i store deler av Europa byr på utfordringer. Forut for konkurstidspunktet kan konsernressursene forvaltes ut fra et interessefellesskap, og konsernledelsen kan dra nytte av konsernstrukturen. Tilsvarende gjelder ikke under insolvensbehandlingen, da boene må gjøres opp hver for seg. Krüger Andersen anerkjenner tilsvarende problemstilling med å vise til utfordringene ved det å kunne dra nytte av konsernstrukturen på den ene siden, og ivaretagelse av kreditorhensyn på den andre siden.⁸⁶

EU har gitt problemstillingen oppmerksomhet i Regulation (EU) 2015/848, heretter omtalt som forordningen.⁸⁷ Forordningens kapittel 5 inneholder regler om prosessuell konsolidering av insolvensbehandlingene ved konkursåpning i flere av konsernselskapene. Forordningen er

⁸³ NOU 1972:20 s. 251.

⁸⁴ NOU 1972:20 s. 251.

⁸⁵ Rescue of Business in Insolvency Law, Instrument of the European Law Institute, ELI s. 344.

⁸⁶ Krüger Andersen s. 564.

⁸⁷ Regulation (EU) 2015/848 of The European Parliament and of The Council of 20 May 2015 on Insolvency proceedings.

bindende for alle medlemstater i EU. Den er imidlertid ikke bindende for Norge, all den tid insolvensretten faller utenfor EØS-avtalen.⁸⁸

Forordningen stiller krav til «cooperation and communication» mellom «practitioners» og «courts», jf. artikkel 56-60, og «coordination» av «proceedings», jf. artikkel 61-77.

Forordningen henviser til et samarbeid mellom behandlingene av de ulike konkursboene.

Prosessuell konsolidering innebærer likevel ikke at insolvensbehandlingen tar utgangspunkt i konsernet som en juridisk enhet. Konsernselskapene betraktes fremdeles som selvstendige rettssubjekter, og prosessuell konsolidering bryter derfor ikke med prinsippet om selskapers rettssubjektivitet. Forordningens kapittel 5 kan ikke tas til inntekt for at insolvensbehandlingen skal underlegges en konserninteresse, men legger snarere til grunn en forvaltning i henhold til selskapsinteressen.

Uavhengig av målestokken ved insolvensbehandlingen, vil reglene om prosessuell konsolidering gi bedre forutsetninger for å vurdere det faktiske innholdet av en konsernintern transaksjon. De enkelte transaksjonene inngår ofte i et større transaksjonsbilde, og prosessuell konsolidering legger forholdene til rette for å se transaksjonene i sammenheng.

Spørsmålet om vi burde ha lignende regler i Norge ble så vidt berørt i forbindelse med forslag om endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling).⁸⁹ Den Norske Advokatforeningen gjorde i høringsrunden gjeldende at det er behov for regulering av konsern med selskaper i flere land.⁹⁰ Departementet vurderte ikke dette nærmere, og vist til at reglene i forordningens kapittel 5 er forholdsvis omfattende og at eventuelle norsk bestemmelser om dette ikke hadde vært sendt på høring.⁹¹ Departementet konkluderte derfor med at det i den omgang ikke burde gis særregler for insolvensbehandlingen i konserner, slik at gjeldende rett fortsatt ville være at det skal foretas individuelle bobehandlinger for hvert konsernselskap.

Selv om det i denne runden ikke ble foreslått særregler tilsvarende forordningens kapittel 5, kan det stilles spørsmål ved om prosessuell konsolidering av insolvensbehandlingene kan ha gode grunner for seg også i Norge.

⁸⁸ Prop. 88 L (2015-2016) s. 12.

⁸⁹ Prop. 88 L (2015-2016) s. 20.

⁹⁰ Prop. 88 L (2015-2016) s. 18.

⁹¹ Prop. 88 L (2015-2016) s. 21.

Konkursloven har ingen særregulering av insolvensbehandlingen i konsern.⁹² Det kan derfor argumenteres for at inkorporering av regler om prosessuell konsolidering ikke kommer i konflikt med reglene i konkursloven. Likevel bygger konkursloven på et prinsipp om individuell behandling for hvert enkelt rettssubjekt. Departementet tok i ovennevnte proposisjon ikke stilling til hvordan en regel om prosessuell konsolidering stiller seg i forhold til konkurslovens regler. Departementet uttalte imidlertid at «[i]kke alle sider ved reglene passer for norsk rettstradisjon».⁹³ Uttalelsen knytter seg til forordningen generelt, og det er derfor usikkert om uttalelsen har overføringsverdi til spørsmålet om prosessuell konsolidering.

Etter dette kan det hevdes at reglene om prosessuell konsolidering primært følger praktiske hensyn da de gjør konkursbehandlingen mer oversiktlig og gir grunnlag for en betryggende og effektiv insolvensbehandling i konserner. Forordningen tilsier prosessuell konsolidering, og insolvensbehandlingen henvises til en vurderingsnorm underlaget en selskapsinteresse. Reglene om prosessuell konsolidering er derfor i tråd med prinsippet som allerede gjelder for insolvensbehandlingen.

5.2.3 The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2015)

The United Nations har utarbeidet The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2015), heretter omtalt som «Guiden». Reguleringen er ikke rettslig bindende, men inneholder retningslinjer i tråd med de prinsipper og formål som bør være ledende for nasjonalstatenes insolvensregulering.⁹⁴

I Guiden del 3 er det gitt anbefalinger i relasjon til insolvensbehandlingen i konserner. Det formelle og rettslige utgangspunktet om selskapers rettssubjektivitet kommer til uttrykk i Recommendation 219:

*«Respect the separate legal identity of each enterprise group member».*⁹⁵

Guiden åpner imidlertid for materiell konsolidering på visse betingelser, jf. Recommendation 220, jf. Recommendation 219. Materiell konsolidering er derfor et unntak. Unntaket innebærer at det ses bort fra konsernselskapenes rettssubjektivitet, og at konsernet betraktes

⁹² LOV-1984-06-08-58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

⁹³ Prop. 88 L (2015-2016) s. 20.

⁹⁴ Prop. 88 L (2015-2016) s. 13.

⁹⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, Recommendation 219.

som en juridisk enhet under insolvensbehandlingen. Under insolvensbehandlingen vil det være kapital og gjeld på konsernnivå som er avgjørende ved vurderingen av kreditorenes dekningsgrunnlag. Dette taler for at reglene om materiell konsolidering konstaterer en konserninteresse som målestokk under insolvensbehandlingen. Reglene om materiell konsolidering innebærer at det etableres en kontinuitet i det økonomiske og administrative fellesskapet som foreligger forut for insolvensbehandlingen, slik at dette også gjelder under insolvensbehandlingen. På denne måten kan konsernselskapene lettere dra nytte av de fordeler som konsernstrukturen representerer, samtidig som kreditorene er ivarettatt.

Spørsmålet er i hvilke tilfeller Guiden tillater materiell konsolidering av insolvensbehandlingen. Guiden oppstiller to alternative vilkår for å tillate dette.⁹⁶ For det første er konsolidering lovlig såfremt eiendeler eller forpliktelser er blandet sammen i slik grad at «the ownership of assets and responsibility for liabilities» ikke kan identifiseres uten «disproportionate expense or delay». For det andre kan materiell konsolidering finne sted dersom konsernet bedriver «fraudulent scheme or activity with no legitimate business purpose» og materiell konsolidering er «essential to rectify that scheme or activity». Vilklårene for materiell konsolidering har klare likhetstrekk med vilklårene for den ulovfestede læren om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, jf. Rt-1996-672.⁹⁷ Det kan derfor argumenteres for at insolvensbehandlingen bør underlegges en konserninteresse dersom det er rettslig grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

Utgangspunktene i internasjonal rett taler for at insolvensbehandlingen av konserner som hovedregel må skje i lys av en selskapsinteresse. Likevel åpner unntaket i Guiden for at konserninteressen kan ses hen til i spesielle tilfeller.

Etter dette tilsier utgangspunktene som følger av norsk rett og internasjonal rett at selskapsinteressen er avgjørende ved insolvensbehandlingen av konserner.

Idet følgende skal behandlingen ta for seg omstøtelsesinstituttet. Spørsmålet er om omstøtelsesreglene åpner for å tolke vurderingsnormen for insolvensbehandlingen i lys av en konserninteresse.

⁹⁶ Jf. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three, Recommendation 220.

⁹⁷ Se Rt-1996-672 s. 678-679 for vilklårene for ansvarsgjennombrudd.

5.3 Omstøtelsesinstituttet

5.3.1 Overordnet om omstøtelse

Omstøtelsesinstituttet aktualiseres ved at det åpnes konkursbehandling i konkursdebitors bo, jf. konkursloven § 60. Når konkursbehandlingen er åpnet, overtar konkursboet forvaltningen av formuesgodene som inngår i konkursdebitors bomasse, jf. konkursloven § 100. Ettersom konkursbehandlingen skjer gjennom fellesforfølgning, er ikke omstøtelsesreglene anvendelige overfor enkeltforfølgende kreditorer.⁹⁸

Konkursboets dekningsrett reguleres av dekningsloven § 2-2.⁹⁹ Etter bestemmelsen gjelder konkursboets beslagsrett «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Ved bedømmelsen av om et formuesgode tilhørte skyldneren på beslagstiden, er de reelle eierforholdene avgjørende.¹⁰⁰ Bakgrunnen for disse begrensningene er at konkursboet ikke har større rett enn konkursdebitor. Konkursboet har derfor et derivativt erverv i forhold til konkursdebitor.

Dekningsloven § 2-2 regulerer kun forholdet mellom konkursdebitor og konkursboet. Konkursboets beslagsrett hos tredjemann er ikke regulert av bestemmelsen. Dersom konkursdebitor kontraktmessig har overdratt formuesgoder til tredjemenn forut for boåpning, må dekningsloven § 2-2 suppleres av omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 for å bestemme hvem som er den endelige eier av formuesgodet.¹⁰¹ Omstøtelsesreglene er derfor aktuelle der formuesgoder er på vei ut av konkursdebitors formuesmasse. Etter omstøtelsesreglene kan konkursboet ekstingvere rettighetene i formuesgodet som konkursdebitor avtalerettslig har overdratt til tredjemann. Omstøtelsesreglene gir således konkursboet en utvidet dekningsrett til å forfølge disposisjoner foretatt forut for boåpningen. Reglene innebærer at konkursboet får større rett enn konkursdebitor.

Noen av omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 er subjektive mens andre er objektive omstøtelsesregler. Hvorvidt det er subjektive eller objektive omstøtelsesregler som er anvendelige, avhenger av det subjektive forholdet hos konkursdebitors suksessor.¹⁰² Dersom

⁹⁸ Andenæs (2012) s. 10. Omstøtelsesadgang for enkeltforfølgende kreditorer finnes likevel i blant annet ekteskapsloven.

⁹⁹ LOV-1984-06-08-59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

¹⁰⁰ Rt-1935-981 (Bygland).

¹⁰¹ NOU 1972:20 s. 255, Andenæs (2012) s. 285.

¹⁰² Andenæs (2012) s. 287.

konkursdebitors suksessor skjønnte eller burde ha skjont at disposisjonen var illojal, rammes forholdet normalt av den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9.¹⁰³ Det kan imidlertid være krevende å føre bevis for hvilken skyld vedkommende har utvist. Av den grunn opererer dekningsloven i tillegg med objektive omstøtelsesregler. Disposisjoner som oppfyller vilkårene i de objektive omstøtelsesreglene, presumeres å være illojale.¹⁰⁴

Ved spørsmålet om hvilke omstøtelsesregler som er anvendelige ved konserninterne transaksjoner, må det trolig sondres mellom down-stream transaksjoner og up-stream transaksjoner på den ene siden, og cross-stream transaksjoner på den annen. Det er nærliggende å anta at morselskapet og datterselskapet stiller med ulike forutsetninger for å kunne oppfylle det subjektive vilkåret som dekningsloven § 5-9 oppstiller. Denne problemstillingen vil bli behandlet nærmere under punkt 5.4.2.

Før det utredes hvorvidt omstøtelsesreglene med tilhørende rettspraksis inneholder vurderinger som kan gi et tolkningsbidrag i relasjon til avveiningen mellom selskapsinteressen og konserninteressen, skal det redegjøres for hensynene bak omstøtelsesinstituttet, det nærmere innholdet av dekningsloven §§ 5-9, 5-5 og 5-7 og partskonstellasjonen i omstøtelsestvister.

5.3.2 Hensyn bak omstøtelsesinstituttet

Hensynene bak omstøtelsesinstituttet utgjør en sentral del av avhandlingens videre argumentasjon. Årsaken til dette er at de hensyn som omstøtelsesinstituttet definerer, kan være beskrivende for hva som anses å være forretningsmessig i insolvensretten. I det følgende skal avhandlingen derfor gi en kort oversikt over hensynene som ligger til grunn for omstøtelsesinstituttet. Omstøtelsesinstituttet utgjør en del av konkursretten slik at hensyn på konkursrettens område også er relevante for omstøtelsesreglene.

Konkursrettens overordnende hensyn er kreditorbeskyttelse, og omstøtelsesreglene er derfor gitt til fordel for konkursboet.¹⁰⁵ Ekstinksjon etter omstøtelsesreglene skal ramme kreditorskadelig disposisjoner som er foretatt i nær tid opp mot konkurstidspunktet, og som dermed fremstår som illojale overfor konkursboet.¹⁰⁶ Illojaliteten knytter seg til to forhold.¹⁰⁷

¹⁰³ Aasebø m/fl. s. 176.

¹⁰⁴ Aasebø m/fl. s. 176, Andenæs (2012) s. 288.

¹⁰⁵ NOU 1972:20 s. 281 og s. 295, Rt-2014-883 avsnitt 31, Aasebø m/fl. s. 245.

¹⁰⁶ NOU 1972:20 s. 281, Aasebø m/fl. s. 176.

¹⁰⁷ NOU 1972:20 s. 281, Aasebø m/fl. s. 176, Andenæs (2012) s. 285.

For det første blir konkursdebitors formuesstilling forringet, og konkursboets dekningsgrunnlag reduseres tilsvarende. Dette svekker hensynet til kreditorfellesskapets dekningsrett. Fellesforfølgningen innebærer at kreditorfellesskapet skal kunne ta generalbeslag i konkursdebitors formuesmasse og således oppnå dekning for sine utestående krav.¹⁰⁸ Illojaliteten består videre i at disposisjonen forfordeler kreditorene.¹⁰⁹ En fellesforfølgning er underlagt prinsippet om at fordringshaverne skal bære en forholdsmessige andel av tapet dersom dekningsgrunnlaget ikke er tilstrekkelig til å dekke alle konkursdebitors utestående forpliktelser.¹¹⁰ Forfordeling resulterer i en tilfeldig fordeling av konkursdebitors formuesmasse. Hvorvidt en kreditor oppnår dekning, blir avspist med dividende eller ikke oppnår dekning, er avhengig av hvilke forpliktelser konkursdebitor velger å oppfylle forut for innledning av gjeldsforhandling eller konkurs.¹¹¹ Omstøtelsesinstituttet er derfor gitt som et av flere rettsmidler kreditorfellesskapet kan benytte i sitt mål om dekning.

Konkursretten bygger også på hensynet til effektivisering av beslagsretten.¹¹² Tilsvarende må legges til grunn for omstøtelsesreglene. Omstøtelsesreglene hjemler en utvidet beslagsrett for konkursboet, sammenlignet med hovedregelen om beslagsretten i dekningsloven § 2-2. En utvidet dekningsrett innebærer at konkursdebitors formuesmasse blir lettere tilgjengelig for konkursboet, og dermed effektiviseres dekningsretten.

Dessuten kan det vises til næringlivshensyn.¹¹³ Beslagsreglene sikrer kreditorene mot konkursdebitors manglende betalingsvilje og betalingsmulighet.¹¹⁴ Dersom konkursdebitor ikke innfrir utestående krav ved forfall på grunn av insolvens og illikviditet, må kreditorene kunne gjennomtvinge en inndrivelse. Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende der debitors insolvens og illikviditet skyldes illojale disposisjoner forutfor konkursåpning. Dersom det var lovmessig for konkursdebitor å unndra formuesgoder fra konkursboets dekningsgrunnlag, taler gode grunner for at risikoen ved tilskudd av kreditt og lån hadde gjort slik lånevirkosomhet mindre attraktiv. Omstøtelsesreglene reduserer tilstedeværelsen av en slik risiko.

¹⁰⁸ Andenæs (2012) s. 10.

¹⁰⁹ Andenæs (2012) s. 10.

¹¹⁰ Andenæs (2012) s. 11.

¹¹¹ Andenæs (2012) s. 10.

¹¹² Andenæs (2012) s. 11 og 286.

¹¹³ Andenæs (2012) s. 11.

¹¹⁴ Andenæs (2012) s. 9.

Omstøtelsesreglene definerer etter dette blant annet lojalitetsprinsippet, og dette bør anses å være beskrivende av forretningsmessighet i insolvensretten.

5.3.3 Objektive omstøtelsesregler, jf. dekningsloven §§ 5-5 og 5-7

Dekningsloven §§ 5-5 og 5-7 er objektive omstøtelsesregler. Dekningsloven § 5-5 regulerer omstøtelse av «ekstraordinær betaling», mens § 5-7 hjemler omstøtelse av «sikkerhetsstillelse for eldre gjeld».

Dekningsloven § 5-5 er en praktisk viktig omstøtelseshjemmel. Bestemmelsen viderefører tidligere regler i konkursloven, samtidig som den inneholder nye tilføyelser som ble innført ved vedtakelsen av dekningsloven.¹¹⁵

Dekningsloven § 5-5 gir grunnlag for å omstøte «betaling av gjeld». For at disposisjonen skal være omstøtelig, må betalingen være foretatt «senere enn tre måneder før frisdagen». I tillegg må betalingen være skjedd med «usedvanlige betalingsmidler» og betalingen ha funnet sted «før normal betalingstid» eller skjedd «med et beløp som har forringet skyldnerens betalingsevne». Endelig oppstiller bestemmelsen en reservasjon for tilfeller der betalingen likevel fremstår som ordinær. Betalingen anses som ordinær når den inngår som del «i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning ...».¹¹⁶

Dekningsloven § 5-7 hjemler omstøtelse av alle sikkerhetsstillelser som springer ut av partenes disposisjoner, herunder panterrettigheter og tilbakeholdsrett.¹¹⁷ Bestemmelsens første ledd bokstav a rammer tilfellet der sikkerheten ble stilt «senere enn tre måneder før frisdagen» og som er «stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Slik sikkerhetsstillelse er omstøtelig fordi skyldneren ikke tilføres ny kapital ved disposisjonen, og det finner sted forfordeling av kreditorene.¹¹⁸

5.3.4 Subjektiv omstøtelsesregel, jf. dekningsloven § 5-9

Dekningsloven § 5-9 regulerer omstøtelsesadgangen på subjektivt grunnlag, og er en kodifisering av tidligere ulovfestet rett.¹¹⁹

¹¹⁵ Aasebø m/fl. s. 204.

¹¹⁶ NOU 1972:20 s. 292, Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 167, Aasebø m/fl. s. 223.

¹¹⁷ NOU 1972:20 s. 294, Aasebø m/fl. s. 237.

¹¹⁸ NOU 1972:20 s. 294, Aasebø m/fl. s. 241.

¹¹⁹ NOU 1972:20 s. 297, Aasebø m/fl. s. 250.

Bestemmelsen oppstiller tre alternative omstøtelsesgrunner. Disposisjonen kan omstøtes dersom denne «begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning». Videre er disposisjonen omstøtelig dersom den «unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning». Endelig kan omstøtelse finne sted når disposisjonen «forøker skyldnerens gjeld til skade for dem».

I tillegg oppstiller bestemmelsen et utilbørighets- og et aktsomhetskrav. Utilbørighetskravet knytter seg til disposisjonens karakter, mens aktsomhetskravet må vurderes opp mot subjektive forhold hos konkursdebitors suksessor.¹²⁰ Det kreves alminnelig uaktsomhet, og suksessor må ha utvist skyld i relasjon til de øvrige kreditorenes tap.¹²¹

5.3.5 Partskonstellasjonen i omstøtelsestvister

Partskonstellasjonene i omstøtelsestvister springer ut av avtaleforholdet. For det første må den enkelte kreditor ha et utestående krav mot konkursdebitor ved konkursåpningen. Kravet gir kreditor rett til dekning på formuerettslig grunnlag. Åpning av konkurs gir et ytterligere stiftelsesgrunnlag for kreditorenes rett til dekning i skyldnerens formuesmasse.¹²²

Kreditorenes utestående fordringer forvaltes av konkursboet gjennom fellesforfølgning, jf. dekningsloven § 6-1. Konkursboet inndriver således kreditorenes krav.

Dersom konkursdebitor overdrar formuesgoder til en tredjemann før konkurs åpnes, oppstår det en rettighetskollisjon mellom konkursboet og konkursdebitors suksessor. Begge utleder sin rett fra konkursdebitor og påstår tilsvarende rett i formuesgodet. Slike rettigheter kan ikke eksistere ved siden av hverandre.

Ved omstøtelse av konserninterne transaksjoner er det særlige forhold som gjør seg gjeldende for rettighetskollisjonen. For det første kan rettighetskollisjonen bestå mellom konkursboet og konsernintern kreditor. I dette tilfellet inngår konkursdebitor og kreditor i samme konsernforhold. For det andre kan rettighetskollisjonen bestå mellom konkursboet og utenforstående kreditor.

Ved den videre undersøkelsen av hvilken interesse som skal legges til grunn for insolvensbehandlingen av konserner skiller avhandlingen mellom tilfeller der

¹²⁰ NOU 1972:20 s. 298, Aasebø m/fl. s. 264.

¹²¹ Aasebø m/fl. s. 265, Andenæs (2012) s. 367.

¹²² Andenæs (2012) s. 9.

rettighetskollisjonen er mellom konsernintern kreditor og konkursboet, og der rettighetskollisjonen består mellom utenforstående kreditor og konkursboet.

5.4 Interessen når rettighetskollisjonen består mellom konsernintern kreditor og konkursboet

5.4.1 Innledning

Fremstillingen under dette punktet behandler situasjonen der rettighetskollisjonen består mellom en konsernintern kreditor og konkursboet. Rettighetskollisjonen oppstår blant annet som følge av internfinansieringen som finner sted innad i konserner, og skyldner-kreditorforholdet som etableres i som følge av denne.

I det følgende skal det tas stilling til om konserntilknytningen mellom kreditor og debitor medfører at konsernkreditor stilles i en særlig posisjon sammenlignet med øvrige kreditorer, og om den særlige posisjonen har betydning for omstøtelsesvurderingen.

5.4.2 Kan konsernkreditors rettsstilling begrunne en konserninteresse?

Et tilfelle av internfinansiering behandles i Rt-1997-1623 (Royal Christiania). Saken gjaldt omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 av en cross stream-transaksjon, herunder nedbetaling på gjeldsbrevlån. Den konserninterne transaksjonen skjedde mellom de to norske søsterselskapene Reso og Royal Christiania. Normalt fikk Royal Christiania likviditetstilførsel fra sitt svenske morselskap, men på grunn av forbigående valutakrise i Sverige, var det uforholdsmessig dyrt for et svensk selskap å overføre midler til et norsk selskap. Gjeldsbrevlånet fra Reso til Royal Christiania trådte derfor i stedet for likviditetstilførselen fra morselskapet. Royal Christiania fikk senere likviditetstilførsel fra morselskapet, og store deler av likviditetstilførselen ble benyttet til å nedbetale gjeldsbrevlånet. Ved Royal Christianias konkurs reiste konkursboet søksmål med krav om omstøtelse av nedbetalingen på gjeldsbrevlånet. Reso motsatte seg kravet.

Høyesterett vurderte omstøtelseskravet opp mot dekningsloven § 5-5 (1) 3.alternativ, altså omstøtelse av «ekstraordinær betaling». Det var enighet om at nedbetalingen på gjeldsbrevlånet hadde «betydelig forringet skyldnerens betalingsevne». Spørsmålet for Høyesterett var om betalingen «likevel fremtrådte som ordinær». I denne forbindelse uttalte Høyesterett:

«De betalinger saken gjelder, har skjedd mellom to datterselskaper i et konsern. Konsernforholdet kan ikke i seg selv gjøre betalingene ekstraordinære, selv om de har funnet sted i de siste månedene før konkursen og forringet skyldnerens betalingsevne. På den annen side vil en slik konserntilknytning etter min mening kunne ha betydning for vurderingen av om det dreier seg om ordinære betalinger. Konsernforholdet gir innsyn i disposisjonene utover det utenforstående kreditorer normalt vil ha og mulighet til å dirigere likviditet og betalinger utover det ordinære mellom kreditorer og debitorer.»¹²³

Etter uttalelsen må det antas at konserntilknytningen mellom kreditor og debitor kan ha betydning for ordinærreservasjonen etter dekningsloven § 5-5 (1) 3.alternativ. Høyesterett viser til to forhold som begrunnelse for konserntilknytningens relevans. Konsernkreditor har innsyn i disposisjonsvirksomheten hos konserndebitor, og mulighet til å dirigere likviditet og betalinger hos konserndebitor «utover det utenforstående kreditorer normalt vil ha».¹²⁴ Konsernkreditor gis dermed en særlig stilling på grunn av konserntilknytningen. Av Høyesteretts uttalelse må det sluttet at ordinærreservasjonen skal tolkes i lys av en konserninteresse.

Høyesteretts uttalelse inneholder ingen reservasjoner eller betingelser. Det er derfor grunn til å anta at Høyesterett uttaler seg på generelt grunnlag. Uttalelsen har en viss støtte i juridisk teori. Det legges til grunn at majoritetsaksjonærer normalt vil ha og anvende sin «forretningsmessige innsikt» i datterselskap.¹²⁵ Etter juridisk teori synes den forretningsmessige innsikten å være forbeholdt morselskapet.

Høyesteretts forståelse er ikke selvsagt etter aksjelovens regler, og den er ikke omtalt i lovforarbeidene. En generell rettsregel tar ikke nødvendigvis høyde for nyansene som gjør seg gjeldende i den konkrete transaksjonen. Vurderingen av konsernkreditors rettsstilling bør derfor underlegges en nærmere analyse. Spørsmålet er om konsernkreditor alltid har en særlig stilling sammenlignet med utenforstående kreditorer. Vurderingen er avgjørende for om ordinærreservasjonen bestandig kan tolkes i lys av en konserninteresse.

¹²³ Rt-1997-1623 (Royal Christiania) s. 1627.

¹²⁴ Rt-1997-1623 (Royal Christiania) s. 1627.

¹²⁵ Normann (2010) s. 252, Aasebø m/fl. s. 225.

I den nærmere analysen må det videre ses hen til hvilken transaksjon det dreier seg om, og om datterselskapet er heleid eller deleid. Utgangspunktet for analysen er forholdene som Høyesterett begrunner konsernkreditors særlige stilling ut fra.

5.4.2.1 Konsernkreditors innsyn i konserndebitors transaksjonsvirksomhet

Konsernkreditors mulighet til innsyn i transaksjonsvirksomheten hos konserndebitor må vurderes ut fra transaksjonspartene. I det følgende skiller fremstillingen derfor mellom down stream-transaksjoner, up stream-transaksjoner og cross stream-transaksjoner.

Down stream-transaksjoner skjer mellom morselskapet og datterselskapet. Ved vurderingen av morselskapets innsyn i datterselskapets transaksjoner kan det ses hen til flere grunnlag. For det første utgjør morselskapet konsernledelsen, og er derfor lovpålagt å utarbeide konsernregnskap, jf. regnskapsloven § 3-6, jf. § 3-2 (3).¹²⁶ I forbindelse med konsernregnskapet trenger morselskapet informasjon om datterselskapets økonomiske stilling.¹²⁷ Aksjonærer får normalt ikke innsyn i selskapets papirer.¹²⁸ Morselskapet er derfor henvist til de alminnelige saksbehandlingsreglene. Datterselskapets årsregnskap fremlegges på ordinær generalforsamling, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-5 (2) nr.1. Etter bestemmelsen får morselskapet innsyn i datterselskapets årsregnskap «senest en uke før» generalforsamlingen, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-5 (3). Regnskap blir likevel offentlige gjennom regnskapsregisteret, jf. regnskapsloven § 8-1 (1), jf. § 8-2. Innsyn etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-5 (3) gir derfor ikke morselskapet innsyn utover hva utenforstående kreditorer har. For det andre kan det ses hen til aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-16. Bestemmelsen regulerer pliktig informasjonsutveksling innad i konsernet, og den er gitt av hensyn til opprettelsen av konsernregnskapet.¹²⁹ Etter bestemmelsens første ledd plikter datterselskapets styre å gi morselskapets styre «opplysninger som er nødvendige for å kunne vurdere konsernets stilling og resultat av konsernets virksomhet». Datterselskapets informasjonsplikt overfor morselskapet er generell, og omfatter samtlige forhold knyttet til konsernet.¹³⁰ Det er morselskapet som må initiere og spesifisere hvilken informasjon som ønskes for at informasjonsplikten skal aktiveres.¹³¹ Bestemmelsen åpner for at morselskapet

¹²⁶ Andenæs m/fl. (2016) s. 41.

¹²⁷ Handeland m/fl. s. 121.

¹²⁸ Bråthen: Rettsdata Norsk Lovkommentar (2014) note 806.

¹²⁹ NOU 1996:3 s. 192, Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 105.

¹³⁰ NOU 1992:29 s. 152-153.

¹³¹ NUT 1970:1 s. 120.

kan få innsyn i datterselskapets transaksjonsvirksomhet uten å måtte forholde seg til tidspunktet for fremleggelsen av årsregnskapet eller offentliggjøringen i regnskapsregisteret. Reglene i regnskapsloven § 3-6, jf. § 3-2 (3) sammenholdt med aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-16 innebærer altså at morselskapet har innsyn utover hva utenforstående kreditorer har. For det tredje kan det ses hen til dekningsloven § 5-9. Etter bestemmelsens subjektive vilkår kreves det at den begunstigede part «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Bestemmelsen oppstiller et aktsomhetskrav for debtors medkontrahenter. Det gjelder særlig strenge krav til medkontrahentens aktsomhet dersom denne utgjør en sentral del av debtors ledelse.¹³² I slike tilfeller presumeres det at medkontrahenten kjente til debtors økonomiske stilling.¹³³ Morselskapet utgjør konsernspissen, og det må antas at den strenge aktsomhetsnormen også kan komme til anvendelse i forholdet mellom mor- og datterselskaper. Avgjørende er imidlertid hvor integrert morselskapet og datterselskapet er. I denne forbindelse kan formålet med konsernetableringen ha betydning.¹³⁴ Dersom konsernetableringen er finansielt begrunnet, utøver datterselskapet normalt stor grad av selvstendighet med hensyn til ledelse og økonomiske resultater. Her er morselskapet normalt lite involvert i ledelsen av datterselskapet.¹³⁵ Skyldes konsernetableringen driftsmessige hensyn, er datterselskapets virksomhet integrert i morselskapets, og morselskapet utgjør en sentral del av ledelsen i datterselskapet.¹³⁶ I sistnevnte tilfelle utøver morselskapet tett konsernstyring, og det bør kunne antas at morselskapet har innsyn i datterselskapets økonomiske stilling.

Ved *up stream-transaksjoner* kan det ses hen til aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-16 (2) 1.pkt. Etter bestemmelsen er styret i morselskapet pliktig til å informere datterselskapets styre om «forhold som kan ha betydning for konsernet som helhet». Lovforarbeidene viser til at morselskapets informasjonsplikt blant annet omfatter «utvidelser og innskrenkninger i deler av konsernets virksomhet» og «konsernets opphør».¹³⁷ Morselskapets informasjonsplikt må derfor tolkes innskrenkende til å gjelde forhold av «stor betydning».¹³⁸ Tilsvarende begrensning gjelder ikke for datterselskapets informasjonsplikt overfor morselskapet.

¹³² Rt-1966-636 s. 639.

¹³³ Wiker: Norsk lovkommentar (2017) note 200.

¹³⁴ Normann (2010) s. 251-252, Werlauff (2019) s. 729, Krüger Andersen s. 544.

¹³⁵ Werlauff (2019) s. 729, Normann (2010) s. 251-252.

¹³⁶ Normann (2010) s. 251-252.

¹³⁷ NOU 1992:29 s. 152.

¹³⁸ Bråthen: Rettsdata Norsk Lovkommentar (2014) note 1136.

Morselskapet skal videre informere datterselskapet om «beslutninger som kan ha betydning for datterselskapet», jf. 2.pkt. Informasjonsplikten omfatter forhold som direkte retter seg mot datterselskapets virksomhet.¹³⁹ Bestemmelsen er gitt for at datterselskapet skal være inkludert i beslutningsprosesser som angår dets virksomhet.¹⁴⁰ Etter dette synes morselskapets informasjonsplikt overfor datterselskapet å være situasjonsbestemt. En alminnelig innsyns adgang i morselskapets transaksjonsvirksomhet kan vanskelig tolkes ut fra aksjeloven/allmennaksjeloven § 6-16 (2). Datterselskapet har derfor ikke innsyn i morselskapets transaksjonsvirksomhet utover det utenforstående kreditorer har.

Ved *cross stream-transaksjoner* er det mindre nærliggende at konsernselskapene har innsyn i hverandres transaksjoner. Søsterselskaper er normalt ikke aksjonærer i hverandres selskaper. Konsernselskapene er derfor ikke integrert i hverandres virksomhet slik som mor- og datterselskap. Et slik synspunkt kan likevel ikke legges ubetinget til grunn. Der søsterselskapene er integrert, for eksempel ved felles økonomiavdeling eller ledelse, kan innsyn i praksis foreligge. Dette var situasjonen i Rt-1997-1623 (Royal Christiania). Søsterselskapene hadde felles administrerende direktør, økonomiavdeling og innkjøp, og det var opprettet en mellomregningskonto for å håndtere det mellomværende mellom selskapene. Er det derimot tale om søsterselskaper som ikke er integrert i hverandres virksomhet, vil konsernkreditor ikke ha innsyn i konserndebitors transaksjoner.

Etter dette kan det legges til grunn at morselskapet kan ha innsyn i datterselskapets transaksjonsvirksomhet. I tillegg kan søsterselskaper ha innsyn i hverandres disposisjoner dersom deres virksomheter er økonomisk eller administrativt integrert.

5.4.2.2 Konsernkreditors mulighet til å dirigere likviditet og betaling hos konserndeбитor

Ved vurderingen av konsernkreditors mulighet til å dirigere likviditet og betaling hos konserndeбитor, må det skilles mellom tilfellet der morselskapet er konsernkreditor og tilfellet der datterselskapet er konsernkreditor.

Formelt sett er *morselskapet* henvist til å følge de alminnelige saksbehandlingsreglene når det ønsker å rette pålegg mot datterselskapet.¹⁴¹ Morselskapet er derfor avhengig av gyldig generalforsamlingsvedtak for å kunne dirigere likviditet og betaling hos datterselskapet, jf.

¹³⁹ NOU 1992:29 s. 152.

¹⁴⁰ NOU 1992:29 s. 152.

¹⁴¹ Andenæs m/fl. (2016) s. 42.

aksjeloven/allmennaksjeloven kapittel 5. Beslutning om konserninterne transaksjoner «krever flertall av de avgitte stemmer», jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-17 (1) 1. pkt. I kraft av sin stilling som majoritetsaksjonær i datterselskapene er morselskapet garantert tilstrekkelig flertall. Dette gjelder uavhengig av om datterselskapet er heleid eller deleid. Det kan likevel være grunn til å skille mellom heleide og deleide datterselskaper. Vedtektsbestemmelser i deleide datterselskaper kan begrense morselskapets adgang til å dirigere likviditet og betalinger hos datterselskapene, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-17 (3). Videre kan forbudet mot myndighetsmisbruk begrense morselskapets adgang til å dirigere likviditet og betalinger hos deleide datterselskaper, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 5-21. Bestemmelsen fastsetter at generalforsamlingen ikke kan treffe beslutning «som er egnet til å gi visse aksjeeiere [...] en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning». Generalklausulen viser at det er grenser for hva majoritetsaksjonæren kan bruke sin makt til.¹⁴² Minoritetsvernet må tas i betraktning ved vurderingen av morselskapets mulighet til å dirigere likviditet og betalinger hos deleide datterselskaper.

Formelt sett har et *datterselskap* ingen mulighet til å dirigere et søsterselskap eller morselskap. En mulighet til å dirigere likviditet og betaling hos et søsterselskap må ha kontraktmessig grunnlag eller skje gjennom morselskapet. Hvis dirigeringen skjer gjennom morselskapet, kan det argumenteres for at morselskapet reelt sett dirigerer likviditet og betalinger og ikke søsterselskapet selv.

Morselskapet har mulighet til å dirigere likviditet og betalinger hos datterselskapet. Denne adgangen kan likevel være begrenset i deleide datterselskaper.

Etter dette bør Høyesteretts rettsregel modifiseres. Konsernkreditor har ikke alltid en særlig stilling sammenlignet med utenforstående kreditorer. Hvorvidt ordinærreservasjonen etter dekningsloven § 5-5 (1) 3.alternativ skal tolkes i lys av en konserninteresse beror dermed på en konkret og skjønnsmessig vurdering ut fra den foreliggende transaksjonen. Det synes å være morselskapet som har en særlig stilling sammenlignet med det utenforstående kreditorer har. Morselskapet har innsyn i datterselskapets transaksjonsvirksomhet, samt mulighet til å dirigere betalinger og likviditet hos datterselskapet. Vurderingsnormen for down stream-transaksjoner skal derfor ses i lys av en konserninteresse, mens vurderingsnormen for up

¹⁴² Woxholth s. 79, Bråthen (2017) s. 167.

stream-transaksjoner og cross-stream transaksjoner normalt bør ses i lys av en selskapsinteresse.

5.5 Interessen når rettighetskollisjonen består mellom utenforstående kreditor og konkursboet

5.5.1 Innledning

Fremstillingen under dette punktet behandler situasjonen der rettighetskollisjonen består mellom en utenforstående kreditor og konkursboet. Denne rettighetskollisjon må undersøkes fordi det utestående kravet innfris ved at et konsernselskap stiller økonomiske ressurser til fordel for konsernselskapet som er debitor for kravet. Når kravet innfris på denne måten, blir det et spørsmål om omstøtelse av tredjemannsdisposisjoner. Den eksterne kreditoren oppnår dekning for kravet sitt fra tredjemann, mens konkursboet anfører oppfyllelsen omstøtt.

Spørsmålet er hvilken interesse som skal legges til grunn for insolvensbehandlingen av konserner når rettighetskollisjonen består mellom utenforstående kreditor og konkursboet. For å belyse problemstillingen skal det ses hen til omstøtelse av tredjemannsbetalinger og sikkerhetsstillelse i tredjemanns formuesgoder.

5.5.2 Kan tredjemannsbetalinger omstøtes på grunn av konserntilknytningen mellom konkursdebitor og tredjemann?

Dekningsloven § 2-2 og omstøtelsesreglene forutsetter at konkursdebitor er eller har vært eier av formuesgodet det tas beslag i. Omstøtelsesreglene skal dessuten ramme disposisjoner som konkursdebitor har foretatt forut for konkursåpningen.

I dekningsloven § 5-5 legges dette til grunn i lovs form. Omstøtelsesadgangen gjelder betaling av gjeld som «skyldneren har foretatt». Vilkåret oppstiller en absolutt avgrensning mot betalinger foretatt av tredjemenn.¹⁴³ Tilsvarende forståelse er lagt til grunn i rettspraksis, likevel med noen unntak.¹⁴⁴

I Rt-2012-468 hadde morselskapet utestående gjeld til sitt heleide datterselskap.

Datterselskapet hadde på sin side utestående gjeld til et advokatfirma som følge av utførte advokattjenester. Morselskapet innfridde datterselskapets gjeld overfor advokatfirmaet og motregnet betalingen i sin gjeld til datterselskapet. Datterselskapets konkursbo reiste søksmål

¹⁴³ NOU 1972:20 s. 291-292, Aasebø m/fl. s. 204.

¹⁴⁴ Foruten om Rt-2012-468, kan det vises til LG-2006-17565.

med krav om omstøtelse av morselskapets betaling til advokatfirmaet. Advokatfirmaet motsatte seg omstøtelseskravet med påstand om at dekningsloven § 5-5 ikke hjemlet omstøtelse av betaling foretatt av tredjemann. Datterselskapets konkursbo fikk medhold, og betalingen fra morselskapet ble omstøtt.

Løsningen følger ikke av ordlyden i dekningsloven § 5-5, men Høyesterett mente at det i dette tilfellet «[i] realiteten har [...] skjedd en indirekte betaling fra skyldneren selv. Det må være avgjørende».¹⁴⁵ Høyesterett vurderte altså betalingen fra morselskapet som en betaling fra datterselskapet. Etter dette kan det antas at Høyesterett vurderte konsernet som en økonomisk enhet også under insolvensbehandlingen. Høyesterett viste til alternative transaksjonsmønstre, og konkluderte med at «det ikke bør spille noen rolle om man i stedet går frem slik det har vært gjort i denne saken».¹⁴⁶ Uttalelsen må tolkes som en henvisning til omgåelseshensyn, og Høyesteretts forutsetter dermed at faren for omgåelse er større i tilfeller det foreligger konserntilknytning mellom tredjemann og konkursdebitor. Dette innebærer en utvidelse av konkursboets omstøtelsesadgang med grunnlag i konserninteressen.

5.5.3 Kan sikkerhetsstillelse i tredjemanns formuesgode omstøtes på grunn av konserntilknytningen mellom konkursdebitor og tredjemann?

I tillegg til internfinansiering vil det enkelte konsernselskapet normalt være finansiert gjennom fremmedkapital. Fremmedkapital utgjør en del av aksje-/allmennaksjeselskapets gjeld, og tilføres fra eksterne kreditorer.¹⁴⁷ Dersom de økonomiske utsiktene i et aksje-/allmennaksjeselskap er dårlige, krever eksterne kreditorer ikke sjelden at det stilles sikkerhet for kreditten som motytelse for at kreditten fortsetter å løpe. I slike tilfeller stilles sikkerheten for gjeld som debitor allerede har pådratt seg – det er med andre ord tale om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

Omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld er rettslig forankret i dekningsloven § 5-7. Av bestemmelsens første ledd bokstav a fremgår det at «pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse» som «skyldneren har foretatt», kan omstøtes når pantsettelsen eller sikkerhetsstillelsen er «stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerheten ble avtalt», og sikkerhetsstillelsen fant sted «senere enn tre måneder før fristdagen».

¹⁴⁵ Rt-2012-468 avsnitt 39.

¹⁴⁶ Rt-2012-468 avsnitt 39.

¹⁴⁷ Woxholth s. 167.

Idet følgende skal fremstillingen fokusere på vilkåret «pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt». Ordlyden avgrenser mot sikkerhetsstillelse som er foretatt av tredjemenn. Vilkåret innebærer at skyldneren må være den reelle eieren av objektet sikkerheten stiftes i for at disposisjonen skal være omstøtelig.¹⁴⁸

Konsernet betraktes som et økonomisk fellesskap, og konsernmidlene forvaltes deretter.¹⁴⁹ Det kan ikke påvises et tilsvarende økonomisk fellesskap mellom selskaper uten konserntilknytning. I slike tilfeller vil en beslagsrett begrenset til disposisjoner som er «foretatt av skyldneren» normalt gi kreditorene tilstrekkelig vern. Spørsmålet er om vilkåret er like godt begrunnet ved insolvensbehandlingen i konsernselskaper.

Lilleholt argumenterer for at det formelle utgangspunktet nødvendigvis ikke er like velbegrunnet ved insolvensbehandlingen i konsern.¹⁵⁰ Argumentasjonen tar utgangspunkt i eksempelet der morselskapet har stiftet pant i datterselskapets forretningseiendom som sikkerhet for egen gjeld overfor utenforstående kreditor. Pantsettelse av datterselskapets forretningseiendom er skjedd som alternativ til pantsettelse av morselskapets aksjepost i datterselskapet. For utenforstående kreditor er det fordelaktig at dennes separatistrett stiftes i datterselskapets aktiva. Datterselskapets aktiva tilhører ikke morselskapet, og er ikke gjenstand for omstøtelse i morselskapets konkursbo, jf. dekningsloven § 5-7. På den annen side er omstøtelsesadgangen for morselskapets konkursbo avhengig av at aksjeposten pantsettes, da denne tilhører morselskapet. Pantsettelse av forretningseiendommen vil redusere verdien på morselskapets aksjepost, all den tid forretningseiendommen er datterselskapets eneste frie aktiva. I denne sammenheng havner morselskapets konkursbo i en uheldig stilling. Dekningsgrunnlaget til konkursboet reduseres, samtidig som omstøtelses etter dekningsloven § 5-7 er utelukket. Lilleholt konkluderer med at pantsettelse av datterselskapets frie aktiva til sikkerhet for morselskapets eldre gjeld «stor sett» må være gjenstand for omstøtelse i morselskapets konkursbo etter dekningsloven § 5-7.¹⁵¹ Argumentasjonen henviser til at vilkåret «foretatt av skyldneren» kan ses bort fra dersom det foreligger en konserntilknytning mellom eier av panteobjektet og konkursdebitor. Lilleholts forståelse strider mot et av grunnvilkårene for omstøtelse etter dekningsloven § 5-7.

¹⁴⁸ Aasebø m/fl. s. 239.

¹⁴⁹ Andenæs m/fl. (2016) s. 43.

¹⁵⁰ Lilleholt s. 122.

¹⁵¹ Lilleholt s. 123.

Spørsmålet er om det kan konstateres en generell regel om utvidet dekningsrett for konkursboet der det er konserntilknytning mellom eier av panteobjektet og konkursdebitor. Som begrunnelse for å likestille omstøtelsesadgangen uavhengig av de formelle eierforholdene uttaler Lilleholt:

*«I det heile verkar det upassande dersom det skal vera lett å sikre seg mot omstøyting ved å velje ein annan formell framgangsmåte».*¹⁵²

Uttalelsen må forstås som en henvisning til omgåelsestilfellene. Pantsettelse av datterselskapets forretningseiendom resulterer i en tilsvarende verdireduksjon i morselskapets aksjepost. Konkursboets dekningsgrunnlag reduseres med pantesikkerhetens verdi, uavhengig av om sikkerheten stiftes i forretningseiendommen eller aksjeposten. Forskjellen mellom disposisjonene er at den ene er bestemt omstøtelig i lovs form, mens det samme ikke gjelder for den andre. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i Rt-2012-468. Dersom konserntilknytningen mellom eier av panteobjektet og konkursdebitor resulterer i omgåelse av omstøtelsesreglene, må det legges til grunn en utvidet dekningsrett for konkursboet etter dekningsloven § 5-7.

Det kan synes som om Lilleholt går enda lenger i å anerkjenne konserntilknytningen mellom eier av panteobjektet og konkursdebitor som grunnlag for utvidet dekningsrett for konkursboet, da han uttaler:

*«I litteraturen har ein nærast sett det slik at det er i stråmanns- eller omgåingstilfella at omstøyting kan bli aktuelt. Er det rett, får ikkje omstøytingsregelen stor slagvidde. Pantsetjing av dotterselskapets eigedom i staden for av aksjeposten kan, som nemnt, ha andre grunnar enn ønsket om å koma utanom omstøytingsreglane, og da passar det ikkje godt å kalle det omgåing. Og eigarforholdet kan vera reelt nok».*¹⁵³

Av hensyn til kreditorvern bør omstøtelse ikke bare gjelde ved omgåelsesmotiverte disposisjoner, men også der pantsettelse av datterselskapets aktiva er motivert av andre forhold. Synspunktet går langt i å beskytte konkursboets rett til dekning. Likevel fremgår det ikke presist hvilke andre forhold som kan begrunne en utvidet dekningsrett for konkursboet.

¹⁵² Lilleholt s. 123, tilsvarende forståelse er lagt til grunn i Aasebø m/fl. s. 244.

¹⁵³ Lilleholt s. 122.

Spørsmålet er om det er rettslig grunnlag for en utvidet dekningsrett av et slikt omfang. Vurderingen beror på en interesseavveining. Det må i vurderingen ses hen til behovet for beskyttelse av kreditorfellesskapet, samt til konsernets behov for å ha rom for forretningsmessig utnyttelse av konsernressursene. I tillegg må det tas hensyn til at man befinner seg utenfor hovedregelen for omstøtelse hvis konkursboets dekningsrett utvides basert på en konserninteresse.

I Lilleholts eksempel kan det være rimelig å legge til grunn en utvidet dekningsrett for morselskapets konkursbo også utenom omgåelsestilfellene. Forretningsbygget er datterselskapets eneste aktiva, og morselskapets aksjepost er derfor kun knyttet til dette. Disposisjoner som foretas i relasjon til forretningsbygget, kan anses som indirekte disposisjoner i aksjeposten. I dette tilfellet er disposisjonen kreditorskadelig, uavhengig av om den har sin begrunnelse i omgåelse eller øvrige forhold.

Saken kan imidlertid stille seg annerledes dersom datterselskapet eier flere formuesgoder. I slike tilfeller er aksjepostens verdi knyttet til andre formuesgoder i tillegg til panteobjektet. En verdireduksjon i et av datterselskapets formuesgoder rammer ikke konkursboets dekningsgrunnlag tilsvarende hardt når aksjepostens verdi knytter seg til flere formuesgoder. Behovet for kreditorvern gjør seg ikke gjeldende som i Lilleholts eksempel, og det kan ikke slutes en utvidet dekningsrett utover omgåelsestilfellene.

Konserntilknytningen mellom eier av panteobjektet og konkursdebitor kan begrunne en utvidet dekningsrett for konkursboet ut fra en konserninteresse dersom pantsettelsen skjer i datterselskapets eneste aktiva. Hvis datterselskapet er eier av flere formuesgoder er det ikke grunnlag for en utvidet dekningsrett for konkursboet, med unntak av omgåelsesmotiverte disposisjoner.

5.6 Interessen ved likviditetsvurderingene i omstøtelsesreglene

5.6.1 Innledning

Konserner betraktes som et økonomisk fellesskap forut for konkursåpningen, og konsernressursene forvaltes ofte i tråd med en fellesinteresse.¹⁵⁴ Den videre behandlingen skal undersøke hvorvidt tilsvarende gjør seg gjeldende under insolvensbehandlingen. Vurderingen

¹⁵⁴ Aarbakke m/fl. s. 223, Krüger Andersen s. 541 og s. 544.

tar utgangspunkt i likviditetsvilkårene i omstøtelsesreglene. Spørsmålet er hvordan konserninterne transaksjoner behandles ved likviditetsvurderingene etter omstøtelsesreglene.

5.6.2 Likviditetsvurderingens relevans i insolvensretten

I insolvensretten har likviditetsvurderingen relevans forut for og under konkursbehandlingen. Likviditetsvurderingen knytter seg blant annet til lovmessigheten av å åpne konkurs i skyldnerens bo. Etter konkursloven § 60 må skyldneren være «insolvent» for at vedkommendes bo skal være gjenstand for konkursbehandling.¹⁵⁵ Skyldneren er insolvent dersom vedkommende er insuffisient og illikvid, jf. konkursloven § 61. Det avgjørende for illikviditetsvurderingen er om skyldneren er i stand til å innfri sine forpliktelser «etter hvert som de forfaller».¹⁵⁶ Likviditetsvurderingen er videre relevant etter omstøtelsesreglene. I dekningsloven § 5-5 oppstilles det som vilkår at disposisjonen som vurderes omstøtt «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne». Vilkåret krever ikke at skyldneren blir insolvent som følge av disposisjonen.¹⁵⁷ Vurderingen beror på en skjønnsmessig vurdering der blant annet beløpets størrelse og skyldnerens beslagsfrie formuesgoder inngår som relevante momenter.¹⁵⁸ Videre er likviditetsvurderingen relevant for «[o]bjektive regler med omvendt bevisbyrde for solvens».¹⁵⁹

5.6.3 Skal utestående krav mellom konsernselskapene medregnes ved fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne, jf. dekningsloven § 5-5?

Omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 er betinget av at disposisjonen «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne». Spørsmålet i det følgende er hvilke formuesverdier som inngår i vurderingen av hvorvidt det har funnet sted en «betydelig» forringelse.

I teorien er skyldnerens betalingsevne vurdert med utgangspunkt i skyldnerens beslagsfrie eiendeler.¹⁶⁰ Dette må forstås som en henvisning til konkursboets dekningsmuligheter. Lovforarbeidene henviser imidlertid til at skyldnerens betalingsevne må vurderes ut fra «beløpets størrelse i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet».¹⁶¹ I Rt-1999-64 (Teamcom) synes Høyesterett å tiltre forståelsen lagt til grunn i forarbeidene, og det er

¹⁵⁵ LOV-1984-06-08-58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

¹⁵⁶ NOU 1972:20 s. 120.

¹⁵⁷ NOU 1972:20 s. 291, Aasebø m/fl. s. 218.

¹⁵⁸ NOU 1972:20 s. 291, Aasebø m/fl. s. 218.

¹⁵⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 161.

¹⁶⁰ Andenæs (2012) s. 325, Aasebø m/fl. s. 219.

¹⁶¹ NOU 1972: 20 s. 291.

skyldnerens «betalingsevne – likviditet – som er det sentrale».¹⁶² Samme forståelse er lagt til grunn i Rt-2012-468, hvor Høyesterett uttalte at et «[f]ormuesgode ikke uten videre skal regnes med ved fastlegging av betalingsevnen etter § 5-5 bare fordi den inngår i bomassen».¹⁶³

Det må med andre ord foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering av det enkelte formuesgodet ved fastleggelsen av debtors betalingsevne. I denne forbindelse oppstår spørsmålet om utestående krav og tilgodehavende mellom konsernselskaper skal medregnes ved fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne.

Et utgangspunkt for vurderingen er Rt-2012-468, herunder behandlingen i lagmannsretten (LB-2011-82851).¹⁶⁴ I omstøtelsesvurderingen måtte retten ta stilling til om betalingen fra morselskapet «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne». Lagmannsretten og Høyesterett kom til ulike resultater i dette spørsmålet. Etter vanlig rettskildelære er det Høyesteretts avgjørelse som representerer gjeldende rett.¹⁶⁵ Datterselskapets aktiva besto av blant annet en utestående fordring mot morselskapet, pålydende NOK 872 422. Det var ikke tvilsomt at bankinnskuddet pålydende NOK 5000 inngikk i vurderingen av skyldnerens betalingsevne. Spørsmålet for både lagmannsretten og Høyesterett var om fordring på tredjemann kunne medregnes ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne.

Fordringen i saken var et pengekrav. Et pengekrav tilfører kreditor likviditet enten ved oppfyllelse eller overdragelse.¹⁶⁶ Pengekrav kan dessuten pantsettes, jf. panteloven § 1-2 (2), jf. lovens kapittel 4.¹⁶⁷ Det fremstår derfor som rimelig at et pengekrav skal inngå i vurderingen av skyldnerens betalingsevne. Spørsmålet er om konserntilknytningen mellom kreditor og debitor tilsier at et pengekrav likevel ikke kan inngå i vurderingsgrunnlaget av skyldnerens betalingsevne.

Lagmannsretten konkluderte med at datterselskapets utestående fordring på morselskapet ikke kunne medregnes ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne. Lagmannsretten viste til at fordringen ikke kunne betraktes som datterselskapets «frie eller tilgjengelige

¹⁶² Rt-1999-64 (Teamcom) s. 69.

¹⁶³ Rt-2012-468 avsnitt 49.

¹⁶⁴ Det vises til tidligere redegjørelse av sakens faktum under punkt 5.5.2.

¹⁶⁵ Grunnloven §§ 88 og 90, Høgberg m/fl. s. 89.

¹⁶⁶ Bergsåker s. 85 og s. 90, Rt-2008-385 avsnitt 61, Rt-1994-792 s. 796.

¹⁶⁷ LOV-1980-02-08-2 om pant (panteloven), Bergsåker s. 89.

dekningsmidler». ¹⁶⁸ Det er nærliggende å anta at dette hadde sammenheng med fordringens rolle i oppgjøret mellom mor- og datterselskapet. Morselskapet dekket datterselskapets utgifter og motregnet disse i datterselskapets tilgodehavende overfor morselskapet. Det fant aldri sted fullstendig innfrielse av fordringen, men «oppgjør i mellomregning». ¹⁶⁹ Ut fra dette la lagmannsretten til grunn at:

«Det var morselskapet som langt på vei styrte over Centrum Eiendomsmeglings likviditet, noe som også var egnet til å skape usikkerhet om hvilke av selskapets gjeldsposter som ville bli innfridd». ¹⁷⁰

Lagmannsretten vektla de særlige forhold som gjør seg gjeldende ved konsernstrukturen. Uttalelsen viser at fellesforvaltningen forut for konkursåpningen også legger føringer for insolvensbehandlingen. Dette trekker i retning av at vurderingsnormen må tolkes i lys av en konserninteresse. Likevel synes lagmannsretten å legge avgjørende vekt på at dersom fordringen forvaltes i henhold til morselskapets interesser skapes det et feilaktig bilde av skyldnerens likviditet. I et slikt tilfelle kan fordringens pålydende tjene til dekning av andre gjeldsposter enn datterselskapets kreditorers krav. Lagmannsrettens uttalelse må forstås slik at formuesgodet må forvaltes av skyldneren og i tråd med dennes interesser for at det skal medregnes i skyldnerens betalingsevne. Lagmannsretten tolker vurderingsnormen i lys av en selskapsinteresse.

Høyesterett sluttet seg ikke til lagmannsrettens premisser og uttalte:

«Jeg har vanskelig for å se at det i så måte gjør noen forskjell om det er én og samme person som styrer likviditeten i begge selskaper, eller om likviditeten blir styrt i morselskapets eller datterselskapets interesse. Det sentrale må være om fordringen rent faktisk fungerer som et betalingsmiddel for datterselskapet, ikke om den usikkerhet som eksisterer om hvilke gjeldsposter som vil bli betalt ved – i realiteten – å trekke på fordringen, er knyttet til datterselskapets eller morselskapets interesser». ¹⁷¹

Høyesteretts uttalelse fremmer både en selskapsinteresse og en konserninteresse. Høyesterett vurderte fordringens effekt på datterselskapets likviditet som avgjørende, og dette taler for at

¹⁶⁸ LB-2011-82851 «Lagmannsretten bemerker».

¹⁶⁹ LB-2011-82851 «Lagmannsretten bemerker».

¹⁷⁰ LB-2011-82851 «Lagmannsretten bemerker».

¹⁷¹ Rt-2012-468 avsnitt 52.

vurderingsnormen bør tolkes i lys av en selskapsinteresse. Samtidig viste Høyesterett til at usikkerheten knyttet til hvilke gjeldsposter som blir innfridd ved fordringen, ikke kan være avgjørende. Dette trekker i retning av at vurderingsnormen bør tolkes i lys av en konserninteresse. Høyesteretts tolkning medfører at fordringen inngår i datterselskapets betalingsevne, samtidig som fordringens fulle pålydende kan gå til dekning av utestående krav morselskapet har overfor sine særkreditorer. Datterselskapets kreditorer risikerer at de ikke kan søke dekning i fordringen. Etter dette synes Høyesterett å tildele konserninteressen tyngre vekt enn selskapsinteressen. Høyesterett tolker vurderingsnormen i lys av en konserninteresse. Dette må anses som gjeldende rett.

5.6.4 Kan morselskapet bestemme tidspunktet for datterselskapets insolvens?

Som nevnt i punkt 5.4.1 foran er selskaper med konserntilknytning å regne som hverandres nærstående, jf. dekningsloven § 1-5 nr. 3. Det oppstilles egne omstøtelsesfrister for disposisjoner som skyldneren foretar til sine nærstående, jf. dekningsloven §§ 5-2, 5-5 og 5-7. Bestemmelsene utvider omstøtelsesfristen da det heter at disposisjoner som foretas «tidligere, men senere enn to år før frisdagen» kan omstøtes.¹⁷² Dette gjelder kun dersom det «ikke kan bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent» da disposisjonen ble foretatt. Konkursutvalget betegner reglene som «[o]bjektive regler med omvendt bevisbyrde for solvens».¹⁷³ Disposisjoner mellom nærstående innenfor omstøtelsesfristen er presumert for å være illojale overfor konkursboet.¹⁷⁴ Den utvidede omstøtelsesfristen løper likevel fra et tidspunkt fjernt fra frisdagen. Behovet for en absolutt omstøtelsesregel gjør seg ikke gjeldende dersom skyldneren var solvent både ved og i etterkant av disposisjonen.¹⁷⁵ De objektive reglene med omvendt bevisbyrde for solvens kan betraktes som en sikkerhetsventil for disposisjon innenfor omstøtelsesfristen, men som ikke er tilstrekkelig kreditorskadelige.

Vilkåret om at «skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent» da disposisjonen ble foretatt er av særlig interesse når morselskapet yter datterselskapet kreditt som kan sies opp med umiddelbar virkning. Dersom kreditten ytes som en forutsetning for datterselskapets videre drift, kontrollerer morselskapet når datterselskapet er å betrakte som solvent eller insolvent. Morselskapet kan kontrollere datterselskapets likviditet ved å innvilge kreditt, men også ved å

¹⁷² Aasebø m/fl. s. 246.

¹⁷³ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 161.

¹⁷⁴ Aasebø m/fl. s. 176.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 160. For tidspunktet solvensvurderingen skal ta utgangspunkt i se Rt-1999-64 (Teamcom) s. 70.

si den opp. Morselskapet kan dermed påvirke tidspunktet omstøtelsesfristene begynner å løpe, og således innrette sine disposisjoner i henhold til dette.

Spørsmålet er om de objektive omstøtelsesreglene med omvendt bevisbyrde for solvens anerkjenner en rett for morselskapet til å bestemme tidspunktet for datterselskapets insolvens. Nærmere bestemt er spørsmålet om det kan ses hen til kreditten som morselskapet yter datterselskapet ved vurderingen av solvensvilkåret.

Kredittytelsen fra morselskapet er gjerne motivert av interessen i datterselskapets videre drift. Solvensvilkåret må tolkes i lys av hensynet bak om omstøtelsesinstituttet – å unngå kreditorskadelige disposisjoner. Det kan derfor argumenteres for at morselskapets interesse i å innvilge kreditt, er av betydning for hvorvidt denne kan inngå i vurderingen av solvensvilkåret. En slik forståelse synes å finne støtte hos Lilleholt. Han uttaler:

*«Noko vekt bør det og ha at ein ikkje skal leggje tilhøva til rette for at kreditor, her morselskapet, held liv i debitor nettopp for å unngå omstøyttingsfristane».*¹⁷⁶

På den ene siden gagnar kredittytelser normalt kreditorfellesskapet som en helhet, da dette kan hindre konkursåpning i debitors bo. Lilleholts uttalelse må likevel tas til inntekt for at kredittytende kreditor ikke skal ha anledning til å unndra disposisjoner fra omstøtelse ved å konstruere en solvent debitor. I slike tilfeller bør kredittytelsen tenkes bort, og disposisjoner foretatt etter kredittytelsen bør omstøtes. Konserntilknytningen mellom datterselskapet og morselskapet gir morselskapet innsyn i datterselskapet.¹⁷⁷ Morselskapet står derfor i en særlig posisjon til å vurdere datterselskapets økonomiske stilling. Når morselskapet har innsyn i datterselskapet åpner dette for at morselskapet kan tildele og si opp kreditt strategisk, og sikre seg en særlig stilling i relasjon til omstøtelsesreglene. Det kan følgelig argumenteres for at faren for omgåelse er større i konserntilfellene. Når kreditt gis for å unngå omstøtelsesfristene må vurderingsnormen tolkes i lys av en konserninteresse.

¹⁷⁶ Lilleholt s. 136

¹⁷⁷ Normann (2010) s. 252, Aasebø m/fl. s. 225.

6. Oppsummering

Hensikten med masteravhandlingen har vært å undersøke hvorvidt vurderingsnormen etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. er selskapsinteressen eller konserninteressen når tolkningen skjer i lys av insolvensrettslige regler.

Utgangspunktet for tolkingen av vurderingsnormen for konserninterne transaksjoner iht. aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-9 (1) 1.pkt. er selskapsinteressen. Gjennomgangen av litteratur og rettspraksis viser at insolvensreglene kan gi et tolkningsbidrag i relasjon til vurderingsnormen, da begge rettsdisipliner inneholder kriterier for forretningsmessighet og lojalitet av transaksjoner.

Det vises videre at insolvensretten gir både konserninteressen og selskapsinteressen betydning ved tolkningen av konserninterne transaksjoner.

Der rettighetskollisjonen består mellom konsernintern kreditor og konkursboet, er den konkrete transaksjonen bestemmende for hvilken interesse som skal legges til grunn ved tolkningen av den konserninterne transaksjonen. Har konsernkreditor en særlig stilling sammenlignet med utenforstående kreditorer ved at den har innsyn i og dirigeringsmuligheter av det enkelte konsernselskaps transaksjoner, må vurderingsnormen ses i lys av konserninteressen. Vurderingsnormen ved down stream-transaksjoner skal derfor tolkes ut fra en konserninteresse. Ved cross stream-transaksjoner og up stream transaksjoner stiller saken seg annerledes. Konsernkreditor har ikke en særlig stilling utover det utenforstående kreditorer har. Vurderingsnormen ved cross stream-transaksjoner og up stream-transaksjoner må derfor ses i lys av en selskapsinteresse.

Dersom rettighetskollisjonen består mellom utenforstående kreditor og konkursboet illustrerer litteratur og rettspraksis at der konserntilknytningen resulterer i omgåelsespregede transaksjonsmønstre, må forretningsmessigheten vurderes ut fra en konserninteresse. Dette gjelder uavhengig av hvem som er transaksjonspartene.

Ved likviditetsvurderingene etter omstøtelsesreglene er det tilsvarende rom for å se hen til en konserninteresse. Gjennomgangen viser at likviditetsvilkårene kan vurderes på konsernnivå. Dette bør gjelde når kortsiktig kreditt ytes fra morselskapet til datterselskapet for å omgå omstøtelsesfristene, samt ved vurderingen av skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler.

Der konsernteressen tillegges vekt, skjer dette ofte til konkursboets fordel. Konkursboets dekningsrett vurderes derfor på konsernnivå. Dette har gode grunner for seg. Når konsernet ofte forvalter konserntressursene ut fra en fellesinteresse forut for konkursåpning, er det rimelig at insolvensbehandlingen vurderer transaksjonene på konsernnivå. Dette sikrer at vurderingsnormen for konsernterne transaksjoner anvendes konsekvent fra konsernets etablering til dets opphør.

Kildeliste

Lover

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

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

Lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov av 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

Lov av 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven).

Lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

Lov av 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

Norge

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.

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

Ot.prp.nr.2 (1991-1992) Om lov om endringer i lov av 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner og visse andre lover. (Om finanskonsern).

Ot.prp.nr.50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.

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

Prop. 135 L (2018-2019) Endringer i aksjelovgivningen mv. (langsiktig eierskap i noterte selskaper mv.).

Prop. 88 L (2015-2016) Endringer i konkursloven mv. (grenseoverskridende insolvensbehandling).

NUT 1970:1 Innstilling til lov om aksjeselskaper.

EU

«Rescue of Business in Insolvency Law», Instrument of the European Law Institute (ELI).

FN

The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2015).

EU forordning

Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and The Council of 20. May 2015 on Insolvency proceedings.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1930-854.

Rt-1935-981 (Bygland-dommen).

Rt-1966-636.

Rt-1994-792.

Rt-1996-672 (Kongeparken-dommen).

Rt-1997-1623 (Royal Christiania-dommen).

Rt-1999-64 (Teamcom-dommen).

Rt-2008-1537 (Conoco Philips-dommen).

Rt-2008-385.

Rt-2012-468.

Rt-2014-883.

HR-2016-1439-A (Bergshav Holding-dommen).

HR-2017-1932-A.

HR-2018-570-A.

Lagmannsretten

LG-2006-17565.

LB-2011-82851.

Litteratur

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone, Skåre, Jan:
Aksjeloven og allmennaksjeloven: Lovkommentar, 4.utg., Universitetsforlaget 2017.

Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter og Sandvik, Siv: *Dekningsloven: med kommentarer*,
1.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2015.

Andenæs, Mads Henry: *Konkurs*, 2.utg., Mads Henry Andenæs 2012.

Andenæs, Mads Henry, Andenæs, Ole, Berge, Stig og Buskerud Christoffersen, Margrethe:
Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper, 3.utg., Mads Henry Andenæs 2016 (Gyldendal
Rettsdata).

- Bergsåker, Trygve: *Pengekravsrett*, 3.utg., Gyldendal Juridisk 2015.
- Bråthen, Tore: *Selskapsrett*, 5.utg., Gyldendal i kommisjon for Focus Forlag AS 2017.
- Bråthen, Tore: *Styremedlem og aksjonær*, 2.utg., Fagbokforlaget 2009.
- Bråthen, Tore, «Konserninterne transaksjoner» (upublisert manuskript) 2020.
- Bråthen, Tore, Lov om aksjeselskaper (aksjeloven), kommentarer, Gyldendal Rettsdata.
- Giertsen, Johan, «Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse» *Jussens Venner*, 2003 s. 249-263.
- Gomard, Bernhard og Schaumberg-Müller: *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde*, 8.udgave/1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2015.
- Handeland, Øyvind og Schwencke, Hans Robert: *Regnskapsloven med kommentarer*, 2.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2011.
- Høgberg, Alf Petter og Øyrehagen Sunde, Jørn: *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.
- Jakobsen, Lisa Charlotte, «Vinningsformålet i norsk aksjeselskapsrett» NTS 2018:2 s. 11-36.
- Krüger Andersen, Paul: *Aktie- og anpartsselskapsret Kapitalselskaber*, 14.udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2019.
- Lau Hansen, Jesper, «Udfordringerne fra EU-retten til den nordiske ledelsesmodel» NTS 2019:4.
- Lilleholt, Kåre, «Konsern og konkurs» NKR, 1994, 119-151.
- Normann, Kristin, «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2) – Særlig om medvirkeransvaret i konsernforhold» FEST-2010-mha s. 232-252, Gyldendal Akademisk.
- Normann, Kristin, «Styring av konserner: et aksjerettslig perspektiv» FEST-2018-sl s. 553-567, Jure Förlag.
- Stølen, Liv, «Konsernledelse – Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?» NTS 2004:4 s. 402-419.

Sundby, Anne Cathrine, «EUs arbeid med modernisering av selskapsretten» TFF 2003 s. 427-471.

Truyen, Filip, «Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper» *Jussens Venner*, 2004 s. 305-328.

Truyen, Filip: *Aksjonærenes myndighetsmisbruk: en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*, J.W Cappelens Forlag AS 2005.

Werlauff, Erik: *Selskapsret*, 11.udgave/1. oplag, Karnov Group Denmark A/S 2019.

Werlauff, Erik: *Koncernretten*, 1.udgave/1. oplag, GadJura 1996.

Wiker, Håvard, Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), kommentarer, Gyldendal Rettsdata.

Woxholth, Geir: *Selskapsrett*, 6.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2018.

