

Särtryck ur

FESTSKRIFT TILL  
**STEFAN LINDSKOG**

Styrning av konserner  
– et aksjerettslig perspektiv

KRISTIN NORMANN

Jure Förlag 2018



# Styring av konserner – et aksjerettslig perspektiv

KRISTIN NORMANN\*

## I Innledning

Et stort antall norske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper inngår som del av et konsern, og utviklingen har siden midten av forrige århundre gått i retning av at flere og flere selskaper blir organisert på denne måten.<sup>1</sup>

Norsk lovgivning har ingen samlet regulering av konserner, og forarbeidene til de norske aksjelovene fra 1997 inneholder ingen fullstendig og prinsipiell drøftelse av konsernrettslige spørsmål.<sup>2</sup> Det finnes imidlertid en rekke enkeltbestemmelser som gjelder i konsernforhold.

I EU ble det i mange år arbeidet med regulering av konserner blant annet etter mønster av tysk rett. Intensjonen var at dette skulle føre til et niende selskapsdirektiv om materiell konsernrett. Arbeidet ble avsluttet på slutten av 1980-tallet på grunn av manglende støtte, og de fleste europeiske land har heller ikke en samlet regulering av konsernretten.<sup>3</sup>

Konsern er definert i aksjeloven 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven eller asl.) § 1-3 og allmennaksjeloven 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven eller asal.) § 1-3.<sup>4</sup> Jeg nøyer meg her med å vise til at det foreligger et

\* Dommer i Norges Høyesterett, dr. juris.

<sup>1</sup> Paul Krüger Andersen, *Dansk Koncernret*, 1997 (Krüger Andersen, *Koncernret*), side 197 flg. og side 694. Forslag til European Model Companies Act, 2017 Chapter 15 – Groups of Companies, General Comments. Se for informasjon om prosjektet <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca> Forslaget til konsernregulering er omtalt i avsnitt II nedenfor.

<sup>2</sup> Konsernretten sto i det hele tatt ikke særlig sentralt under arbeidet med aksjelovene 1997, Tore Bråthen, Styremedlem og aksjonær, 2009 (Bråthen, Styremedlem og aksjonær), side 207.

<sup>3</sup> Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, 2016, ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen (*Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*) side 44–45. Se nærmere omtale av arbeidet med materiell konsernrett på EU-nivå og i forskergrupper som *Forum Europaeum Konzernrecht* i Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret, Kapitalselskaber*, 12. reviderede udgave, 2013, side 536.

<sup>4</sup> Der det ikke er grunn til å skille mellom de to lovene, omtales de i det følgende som aksjelovene.

konsern når en gruppe foretak som følge av bestemmende eierinteresser eller avtaler i større eller mindre grad ledes under ett. Dette peker på et vesentlig trekk ved konserner: I praksis treffes ofte de viktigste beslutninger med virkning for foretaksgruppen som helhet av et sentralt organ i en form for overordnet foretak.<sup>5</sup>

Konserndannelse kan ha en rekke ulike grunner, blant annet ønske om spredning av risiko, regulatoriske krav, skattemessige fordeler eller den kan være følgen av et oppkjøp. Noen datterselskaper opererer med stor grad av selvstendighet og med uavhengig økonomi. Fokuset i denne artikkelen er imidlertid på konserner som drives ut fra en samlet strategi og med formål om å skape et best mulig overskudd for konsernet samlet (virksomheten), men som likevel er fordelt på flere juridiske enheter (selskaper).

Temaet for artikkelen er å sette lys på noen av de spørsmål som oppstår på grunn av det til dels betydelige avviket mellom aksjelovens organisatoriske bestemmelser og hvordan en rekke konserner rent faktisk er organisert. I forarbeidene til de norske aksjelovene heter det om dette i NOU 1996: 3 på side 86:

«Spennet mellom konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet på den ene siden og konsernselskapene som rettslige selvstendige enheter på den andre siden er problematisk for selskapsretten. På den ene siden bør det ikke stenges for den økonomiske og organisasjonsmessige realiteten, og lovgivningen bør innenfor visse grenser legge forholdene til rette for samordning og styring av konsernet. På den andre siden må aksjeselskapslovgivningen også ha regler som verner om det enkelte konsernselskaps og dets kreditorers særinteresser.»

Selv om aksjelovene ikke inneholder en samlet regulering av konserner, er disse lovenes organisatoriske bestemmelser ikke til hinder for konsernorganisering. Lovgivers forutsetning er at konserner skal innpasses i lovens system. Aksjelovens regler om selskapets organisasjon skal regulere en virkelighet som omfatter et stort antall ulike aksjeselskaper. De organisatoriske bestemmelsene er derfor fleksible og gir vide rammer for organiseringen av det enkelte selskapet. Dette innebærer blant annet at det ikke kan oppstilles skarpe grenser som forhindrer etableringen av en konsernorganisasjonsplan som fastsetter hvordan datterselskapene skal drives i henhold til retningslinjer fastsatt av morselskapet.

Men aksjelovens regler er på den andre siden også basert på at hvert selskap skal ha en formue adskilt fra andre rettssubjekter, og på at det enkelte selskapet skal ha en selvstendig beslutningsstruktur. Et overordnet spørsmål er hvor omfattende de organisasjonsmessige strukturavvikene kan

<sup>5</sup> Oddvar Thorsen, Styring av konsern i Aakvaag, Thorsen, Aarbakke, Knudsen og Lilleholt, Noen sentrale emner innen norsk konsernrett, 1994, side 27 flg. (Aakvaag mfl.).

være innenfor rammene av lovbestemmelsene om aksje- og allmennaksjeselskapenes organisasjon.<sup>6</sup>

## II European Model Companies Act – EMCA

En forskergruppe bestående av fremstående europeiske akademikere fra 22 EU-land fremla i 2017 et forslag til European Model Company Act (EMCA).<sup>7</sup> EMCA er det foreløpige slutt punktet for et tiårs arbeid ledet av professor Paul Krüger Andersen, Århus universitet. Intensjonen er at EMCA skal virke som en modell for aksjeselskapsretten i Europa. Tanken er at en integrert europeisk aksjeselskapsmodell vil forenkle investeringer og handel på tvers av landegrensar ved å sikre aksjonærrettigheter og gjenoppbygge investorenes tillit.<sup>8</sup>

For temaet som drøftes i denne artikkelen, er kapittel 15 om Groups of Companies av særleg interesse.

Forskergruppen Forum Europaeum publiserte allerede i 2000 et forslag til EU-regulering av konserner inspirert av tysk konsernrett, fransk rettspraksis knyttet til den såkalte Rozenblum-doktrinen og engelsk retts lære om ledelsens ansvar som følge av «wrongful trading».<sup>9</sup> Forslaget førte ikke frem, men denne gruppens arbeid har dannet grunnlag for EMCA kapittel 15 om konserner.

EMCA-gruppen foreslår en presisering av morselskapets adgang til å instruere datterselskapets styre med bindende virkning, jf. Section 15.09. I kommentarene til bestemmelsen vises det til at datterselskaper i praksis mottar instruksjer fra morselskapets ledelse fordi konserner vanligvis er organisert i virksomhetsområder, mens denne realiteten ikke er reflektert i de fleste lands europeiske lands aksjeselskapslover. Bare styremedlemmer som er valgt av morselskapet, skal ifølge forslaget være underlagt direkte instruksjonsmyndighet. Datterselskapers styremedlemmer skal ikke kunne holdes ansvarlig dersom de handler i tråd med konserninteressen på bekostning av datterselskapets interesse.

<sup>6</sup> Se nærmere Krüger Andersen, Dansk konsernret, side 471.

<sup>7</sup> <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca>

Forslaget er omtalt av Beate Sjøfjell, Jukka Mähönen, Linn Anker-Sørensen i Nytt i privatretten 4/2017 (Sjøfjell mfl., Nytt i privatretten).

<sup>8</sup> EMCA gruppen har sammenlignet sitt arbeid med den amerikanske Model Business Corporation Act og The American Law Institutes (ALI) arbeid med Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation, se Introduction, The Aims of the EMCA.

<sup>9</sup> Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe, Stockholm 2000, Liv Stølen, Konsernledelse, Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?, Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett, 2004:4 (Stølen), side 402 flg.

Minoritetsaksjonærenes interesse er på sin side søkt ivaretatt ved at de gis rett til å innløse sine aksjer, og rett til å kreve gransking av morselskapets beslutninger som har hatt betydning for datterselskapet. Kreditorinteressen er søkt ivaretatt gjennom en regel om ansvar for morselskapet.<sup>10</sup>

EMCA vil utvilsomt stimulere til debatt i tiden fremover, og den er et godt bidrag med den fortløpende drøftelsen av EUs selskapsrettslige regler og korte komparative sammenstillinger for hvert av de 16 hovedpunktene.<sup>11</sup> Men dersom morselskapet skal ha åpen adgang til å instruere datterselskapenes styrer med bindende virkning, krever det lovendring i mange land – også i Norge.

### III Rozenblum-doktrinen<sup>12</sup>

Den såkalte Rozenblum-doktrinen sto sentralt i forskergruppen Forum Europaeums forslag til EUs daværende planlagte konsernregulering på begynnelsen av 2000-tallet. Doktrinen har sitt utspring i en fransk høyesterettsdom fra 1985, og handler om hvorvidt og i hvilken utstrekning morselskapet kan drive konsernledelse også når dette skjer på bekostning av datterselskapets aksjonærer og kreditorer. Den overordnede målsetting er å skape balanse mellom det enkelte datterselskaps og konsernets interesser, og berører det som er omtalt som konsernets grunnproblem: Spørsmålet om målestokken for konsernstyring er konsernet eller det enkelte mor- eller datterselskap.

Rozenblum og enkelte familiemedlemmer var eiere av et holdingselskap som gjennom ene- og deleide datterselskaper drev en omfattende virksomhet. Den økonomiske situasjonen for enkelte av selskapene ble etter hvert problematisk, og det ble overført midler og stilt sikkerhet fra andre konsernselskaper. Selskapene i konsernet gikk tilslutt i konkurs, og flere personer i konsernledelsen ble satt under tiltale. Rozenblum ble dømt i underinstansene, men frikjent i fransk høyesterett. Ved anvendelsen av bestemmelsen om misbruk av selskapets midler, hadde de tidligere instanser ikke hensyntatt det fellesskapet som eksisterte mellom konsernselskapene. Det enkelte selskaps interesse var vurdert isolert. Høyesterett vektla imidlertid på sin side at konsernet fungerte som en økonomisk og organisatorisk enhet, slik at det var legitimt å ivareta konsernets interesse på bekostning av det enkelte datterselskapet. Det kunne dermed overføres midler fra et konsernselskap til et annet uten at dette var i strid med selskapsrettslige misbruksregler.

<sup>10</sup> Se om morselskapets erstatningsansvar i norsk rett, Kristin Normann, Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2), særlig om medvirkeransvar i konsernforhold, i Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, 2010, side 232 flg. (Normann, Medvirkeransvaret).

<sup>11</sup> Sjøfjell mfl., Nytt i privatretten.

<sup>12</sup> Stølen, side 402 flg.

Fransk høyesteretts avgjørelse var nyskapende ved at den oppstilte tre vilkår for morselskapets rett til å drive konsernledelse, og for å fremme konsernets overordnede interesse fremfor det enkelte konsernselskaps.<sup>13</sup> For det første må det være etablert en fast konsernstruktur, for det andre kreves at det utvikles en konsekvent og koordinert politikk for konsernets virksomhet og for det tredje at fordeler og ulemper som påføres konsernselskapene, fordeles mellom mor- og datterselskaper på en balansert måte.

#### IV Beskrivelse av konsernorganisasjonen – noen eksempler<sup>14</sup>

En rekke konserner har selskapsorganer som ikke er hjemlet i aksjelovene. De viktigste vedtakene med virkning for foretaksgruppen som helhet treffes, som nevnt innledningsvis, i praksis av et sentralt organ i en form for overordnet foretak. Morselskapet betegnes gjerne som konsernspissen og morselskapets styre som konsernstyret: Dette reflekterer at konsernstyret, som styre for konsernspissen og generalforsamling for datterselskapene, treffer avgjørelser som har betydning for hele konsernet.<sup>15</sup> Aksjelovene har ingen hjemmel for en slik funksjon. I henhold til kapittel 6 om selskapets ledelse har konsernstyret bare kompetanse til å forvalte morselskapet som sådan.

Mange konserner opererer i tillegg med en konsernsjef som samarbeider med en ledergruppe omtalt som konsernledelsen. Konsernsjefens faktiske innflytelse er i alminnelighet langt større enn den juridiske ved at han har innflytelse på det uformelle plan, og en autoritet som rekker lenger enn den kompetanse han har med grunnlag i aksjelovens regler. Medlemmer av hans ledergruppe – konsernledelsen – kan typisk være ledere av vesentlige virksomhetsområder i mor- eller datterselskaper eller daglig leder i en av døtrene. Konsernledelsen kan for eksempel også omfatte personer med lederansvar for viktige funksjoner som finans, personal eller kommunikasjon og samfunnskontakt.

Det er ikke uvanlig at konsernet er økonomisk og organisatorisk integrert på tvers av den juridiske strukturen. Konsernorganisasjonen kan være oppdelt i markeder og produksjonsområder med kommandolinjer og ulike fora for beslutninger som ikke nødvendigvis har sammenheng med den juridiske oppbyggingen.<sup>16</sup> Medlemmer av konsernledelsen vil dermed kunne

<sup>13</sup> Se nærmere Stølen, side 404–406.

<sup>14</sup> Se også Normann, Medvirkeransvar, avsnitt 5.1 med videre henvisninger.

<sup>15</sup> Thorsen i Aakvaag mfl., side 31 flg.

<sup>16</sup> Se blant annet Krüger Andersen, Koncernret, side 694.

ha ansvar for et forretningsområde som kan være en del av et selskap eller omfatte forretningsområder i flere konsernselskaper, men verken konsernsjefene eller konsernledelsen er organer i aksjelovens betydning.

Fra et økonomisk perspektiv avhenger effektiv konsernstyring av at den overordnede strategien som besluttes av konsernledelsen og konsernstyret, følges av styret og ledelsen i døtrene.<sup>17</sup> Mørselskapets faktiske innflytelse kan i praksis sikres blant annet ved at konsernsjefen og/eller andre ledende ansatte i morselskapet samtidig utgjør et flertall i datterselskapsstyrene.

Men dersom man velger å organisere virksomheten som et konsern med datterselskaper fremfor å etablere én virksomhet med ulike avdelinger, er konsekvensen likevel at den overordnede ledelsen må forholde seg til at deler av virksomheten ligger i selvstendige rettssubjekter hvor aksjonær(e) har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. I tillegg vil datterselskapene reguleres av et sett preseptoriske regler som er oppstilt av hensyn til disse selskapene og av hensynet til disse selskapenes minoritetsaksjonærer og kreditorer.

## V Mørselskapets rolle som aksjonær i datterselskap

Aksjelovens utgangspunkt er at forvaltningen av selskapet hører under styret, jf. asl./asal. §§ 6-12 og 6-13. Dette omfatter i utgangspunktet hele selskapets virksomhet, både driften av selskapets forretninger og enhver annen aktivitet. Datterselskapets styre er dette selskapets øverste utøvende organ.

Mørselskapet har på sin side bestemmende innflytelse på sammensetningen av styret i datterselskapene, og står fritt til å fjerne styremedlemmer uten nærmere begrunnelse og før funksjonstidens utløp – også når styremedlemmene er valgt for en bestemt periode, jf. aksjelovene § 6-7 (2).<sup>18</sup> Det er antatt at denne formen for konserndisiplin sjelden utøves i praksis.<sup>19</sup> Dersom dette medfører riktighet, innebærer det at en rekke beslutninger reelt sett fattes et annet sted enn i datterselskapenes styre, og at datterselskapenes styre og ledelse innretter seg etter de retningslinjer de får.

Konsernstyret kan enten treffe vedtak som forutsetter etterfølgende godkjenning i datterselskapsstyrene, eller så kan datterselskapsstyrenes vedtak gjøres betinget av etterfølgende godkjenning i konsernstyret.

<sup>17</sup> Thorsen i Aakvaag mfl., side 38.

<sup>18</sup> Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, Aksjeloven og allmennaksjeloven, Lovkommentar, 4. utgave, 2017 (Aarbakke mfl.), side 334.

<sup>19</sup> Thorsen i Aakvaag mfl., side 38.



En aksjonær kan imidlertid ikke *qua aksjonær* forvalte selskapet.<sup>20</sup> Dette innebærer blant annet at morselskapets styre og ledelse ikke kan iverksette tiltak i datterselskapene *uten* å gå veien om ledelsen og styret i disse. Morselskapets ledelse og styre har etter norsk rett heller ikke adgang til å instruere datterselskapets styre, det enkelte styremedlem eller den øvrige ledelsen i dette.

At en aksjonær ikke kan forvalte selskapet, er blant annet forutsatt i en norsk høyesterettsdom inntatt i Rt. 1996 side 742 *Minnor*. Saken gjaldt en rekke långivere som hadde tatt ut søksmål mot Minnors styremedlemmer og eierselskapene med krav om erstatning. Grunnlaget var at det angivelig var gitt uriktige og utilstrekkelige opplysninger om selskapets forhold i forbindelse med innvilgelse av lån og tilskudd til oppføring av et fabrikkbygg. Søksmålet førte ikke frem, verken mot styremedlemmene eller eierselskapene. I vår sammenheng er det Høyesteretts begrunnelse for hvorfor eierselskapene ikke kunne holdes ansvarlig for eventuelle feil begått av styremedlemmene i *Minnor*, som er av interesse.

Minnors styremedlemmer var utpekt til sine verv som følge av sine ansettelsesforhold i de to eierselskapene, og saksøkerne hadde på denne bakgrunn anført ulike grunnlag for krav mot disse selskapene, blant annet organansvar. I dommen heter det om dette på side 759:

«Styremedlemmer er selskapets tillitsmenn og har et selvstendig ansvar for å handle i selskapets interesse, ikke i arbeidsgiverens. ... Også organansvaret er anført som ansvarsgrunnlag overfor eierselskapene. De ankende parter hevder at [styremedlemmene i *Minnor*] må identifiseres med selskapene de var ansatt i, slik at deres påståtte uaktsomhet må tilordnes selskapene. Jeg tar ikke standpunkt til om disse styremedlemmene må anses som organer i eierselskapene. I *Minnor* handlet de som medlemmer av styret og pliktet å handle i dette selskapets interesse. Jeg kan ikke se at de samtidig kan anses å handle som organer i det selskapet der de var ansatt. Noe grunnlag for organansvar er det ikke.»<sup>21</sup>

*Minnor* var riktignok ikke datterselskap i et konsern, men de gjengitte uttalelsene er generelt utformet og har dermed også betydning for styremedlemmer i konsernselskaper.

## VI Morselskapets rolle som generalforsamling i datterselskapene

Et morselskap kan som aksjonær på datterselskapets *generalforsamling* gi styret generelle retningslinjer for forvaltningen av selskapet, instruere styret

<sup>20</sup> Aarbakke mfl., side 329 og 448.

<sup>21</sup> Min utheving.

i enkeltsaker og omgjøre styrets beslutninger dersom tredjemanns rett ikke er til hinder for dette.<sup>22</sup>

Det gjelder imidlertid begrensninger i generalforsamlingens instruksjonsadgang: Forvaltningen av selskapet er etter aksjelovene § 6-12 underlagt styret. Dette innebærer ikke bare en plikt, men også en rett for styret i datterselskapet til å forvalte på egen hånd. Også i viktige saker er utgangspunktet at styret kan treffe avgjørelse uten å forelegge saken for generalforsamlingen. Norsk rett synes her å gå lenger enn de øvrige nordiske land.<sup>23</sup> I NOU 1992: 29 var det foreslått at visse saker av stor betydning skulle forelegges generalforsamlingen, men forslaget fikk ikke tilslutning, jf. Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) side 123–124.

Generalforsamlingen kan på denne bakgrunn ikke gripe inn i den daglige driften av selskapet i en slik utstrekning at styret i realiteten fratas sin lovbestemte kompetanse. Styret er i henhold til aksjelovene et obligatorisk organ, og det følger av aksjelovene § 6-28 andre ledd at styret har en plikt til ikke å etterkomme generalforsamlingsbeslutning dersom denne strider mot loven eller vedtektene. I praksis vil det imidlertid være vanskelig å trekke grensen for når generalforsamlingen har gått utover sin kompetanse.

I NOU 1996: 3 side 127 heter det at

«... hvis generalforsamlingen benytter instruksjonsmyndigheten i et omfang som i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av aksjeeierne, kan dette føre til at ansvarsbegrensningen etter vanlig rettsoppfatning settes til side etter prinsippet for ansvarsgjennombrudd.»

Begrensningene i generalforsamlingens instruksjonsadgang bygger blant annet på en forutsetning om at den forretningsmessige kompetansen ligger hos ledelsen og ikke hos aksjonærene, og på at en generalforsamlingsbeslutning i større grad medfører ansvarspulverisering.<sup>24</sup> For eksempel bestemmer aksjelovens § 8-2 at generalforsamlingen ikke kan beslutte utdelt høyere utbytte enn det styret har foreslått eller godtar.

Eiere i større selskaper kan ofte mangle tilstrekkelig innsikt i selskapets virksomhet til å skaffe seg et tilstrekkelig grunnlag for å treffe forretningsmessige beslutninger. Denne begrunnelsen for å begrense generalforsamlingens instruksjonsadgang slår imidlertid ikke til i mange konserner, og flere

<sup>22</sup> NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning side 127.

<sup>23</sup> Andenæs, Aksjeselskaper og Allmenaksjeselskaper, side 364, Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994, side 206–207, Normann, Medvirkeransvaret, side 244–245, Aarbakke mfl., side 336 og side 504–505. Håkan Nial, Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämman och styrelse i aktiebolag, i Festskrift till Knut Rodhe, 1976, side 329 flg.

<sup>24</sup> I Aksjelovkomiteen innstilling av 1947 heter det på side 44: «Styret – som det mest forretningskyndige organ – bør ikke velte fra seg ansvaret for de rent forretningsmessige transaksjoner ved å innbringe dem for en ukyndig og uansvarlig generalforsamling til forhåndsgodkjennelse.»

av aksjelovens bestemmelser bygger da også på lovgivers anerkjennelse av at det eksisterer en felles og overordnet økonomisk konserninteresse. Jeg nøyer meg her med å trekke frem et par eksempler.

Tankegangen om en felles konserninteresse ligger blant annet til grunn for aksjelovene § 6-16 om gjensidig informasjonsplikt. Bestemmelsene bygger på den forutsetning at styret i morselskapet kan utøve styring overfor datterselskap. Det er ingen forutsetning at informasjon skal gis i generalforsamling.<sup>25</sup> Datterselskapets styres informasjonsplikt overfor morselskapet hadde opprinnelig sammenheng med morselskapets plikt til å avlegge konsernregnskap, men er ikke begrenset til dette. Og morselskapets opplysningsplikt omfatter blant annet plikt til å opplyse datterselskapet før beslutning treffes om forhold som kan ha betydning for konsernet og for datterselskapet.

Ytterligere et eksempel er knyttet til begrensningene i selskapets adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for aksjonæren eller aksjonærens nærstående, jf. aksjelovene § 8-7 første og andre ledd. I tredje ledd nr. 3 oppstilles det unntak for kreditt eller sikkerhet til fordel for et annet konsernselskap «forutsatt at kreditten eller sikkerhetsstillelsen skal tjene *foretaksgruppens økonomiske interesser*».<sup>26</sup> Lånet eller sikkerheten er bare lovlig hvis disposisjonen skal komme konsernet eller et konsernselskap til gode. Går den til eierne bak konsernet, vil den være ulovlig. Både dette unntaket og det såkalte konsernunntaket i tredje ledd nr. 2 hviler ifølge forarbeidene på lovgivers aksept av at et konsern må betraktes som en økonomisk enhet, hvor lån mellom selskaper i konsernet må presumeres å være forretningsmessig begrunnet.<sup>27</sup>

Tankegangen om at det foreligger en økonomisk interesse for konsernet samlet, har for øvrig også satt sine spor i rettspraksis, jf. blant annet Høyesteretts dom HR-2016-1439-A *Bergshav Holding AS*.<sup>28</sup>

Saken gjaldt spørsmålet om en minoritetsaksjonær i et skipsaksjeselskap kunne kreve oppløsning av selskapet, subsidiært uttreden, jf. aksjeloven § 6-19 første ledd og § 4-24. Selskapet – Bergshav Holding AS – hadde ingen annen funksjon enn å eie 99,29 prosent av aksjene i Bergshav Ships-holding AS, som var Bergshav-konsernets operative konsernspiss og helt eller delvis eier av en rekke andre foretak.

Høyesterett ga minoritetsaksjonæren medhold i sitt subsidiære krav om uttreden. Retten kom til at både aksjeloven § 16-19 om oppløsning

<sup>25</sup> Aarbakke mfl., side 521.

<sup>26</sup> Min utheving. Unntaket i tredje ledd nr. 3 ble inn tatt ved lov 14. juni 2013 nr. 40.

<sup>27</sup> Prop. 111 L (2013-214) side 69–70.

<sup>28</sup> Ytterligere eksempel er avgjørelsen i Rt. 1998 side 565. Konsernsjefen ble der ansett forpliktet til ikke bare å fremlegge dokumenter han hadde i sin direkte besittelse, men også dokumenter i datterselskap fordi han måtte anses å ha direkte tilgang til disse, jf. straffeprosessloven §§ 210 og 431 tredje ledd.

og § 4-24 første ledd om uttreden omfatter myndighetsmisbruk i form av såkalt «utsulting». Vedvarende betaling av lavt eller intet utbytte og finansiering av utbytte for ett regnskapsår ved emisjon til underkurs med fortrinnsrett for aksjonærene, representerte etter Høyesteretts oppfatning myndighetsmisbruk. Vilkåret om at det måtte foreligge tungtveiende grunner for at minoritetsaksjonæren skulle kunne kreve innløsning av sine aksjer, var også oppfylt.

Høyesterett tok ikke stilling til størrelsen på de utbytter som skulle ha vært utbetalt over en lengre tidsperiode, men i avsnitt 111 heter det:

«Jeg understreker at i den grad forhold på selskapsnivå i Bergshav Holding har vært til hinder for å vedta høyere utbytte enn det som har vært vedtatt, jf. aksjeloven § 8-1, var *selskapet i den situasjon som forelå forpliktet til å fatte nødvendige beslutninger som eier for å sette Bergshav Holding i stand til å gi Herman Bergshaven passende utbytte ut fra konsernets verdier og inntjening.*»<sup>29</sup>

Ledelsen i Bergshav Holding AS kunne med andre ord ikke nøye seg med å vise til selskapets økonomiske situasjon når den skulle vurdere størrelsen på det utbyttet som skulle utbetales, men måtte – slik denne saken lå an – se hen til konsernets samlede verdier og inntjening.

Det eksisterende rettskildematerialet gir på denne bakgrunn holdepunkter for å anerkjenne at det eksisterer et visst spillerom for overordnet konsernstyring. Generalforsamlingen i et datterselskap bør således kunne utøve en mer omfattende innflytelse på driften i selskapet enn hva generalforsamlingen i alminnelighet har adgang til uten å komme i konflikt med aksjelovens kompetanseregler. Den enkelte instruks kan ikke vurderes isolert. Generelle instruksjoner fremstår som mer betenkelig enn instruks i enkeltsaker, og instruksjoner som gjelder over lengre tid er mer betenkelig enn kortvarige instruksjoner.

## VII Kan aksjelovens bestemmelser om at morselskapet må instruere datterselskapsstyrene ved generalforsamlingsvedtak fravikes?

Som det har fremgått, er aksjelovens alminnelige utgangspunktet at eierne må påvirke driften i selskapet gjennom generalforsamling, jf. aksjelovene § 5-1. Dette er også forutsatt i likhetsprinsippet i aksjelovene § 4-1 og verdipapirhandelloven<sup>30</sup> § 5-14 om likebehandling innehavere av finansielle instrumenter opptatt til handel på regulert marked.

<sup>29</sup> Min utheving.

<sup>30</sup> Lov 29. juni 2007 nr. 75.

Det er ikke uvanlig at konsernsjefen gis fullmakt fra styret i morselskapet til å avholde generalforsamling i datterselskapene. En slik fullmakt innebærer likevel ikke at konsernsjefen gis kompetanse til direkte styring av døtrene. Selv om generalforsamlingen i slike tilfeller lett vil fremstå som en ren papirforretning, er adgangen til å overføre ledelsesretten i datterselskap i vedtekter og aksjonæravtaler begrenset.<sup>31</sup>

Men aksjelovens fleksibilitet åpner for at påvirkningen fra morselskapet til datterselskapene kan skje på en rekke mer *uformelle* måter. I NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning heter det på side 87:

«Et konsern blir ofte forvaltet som et fellesskap hvor forvaltningen av de enkelte konsernselskapene i større eller mindre utstrekning er samlet i en felles konsernadministrasjon. ... Aksjelovene er i utgangspunktet ikke til hinder for slike ordninger som vil være administrativt og økonomisk til fordel for konsernet sett under ett og de enkelte konsernselskaper.»

Aksjelovene er ikke til hinder for at de samme personene er representert i flere organer innenfor konsernet. «Interne» styremedlemmer med ledelsesfunksjoner i morselskapet kan således bidra til å sikre at konsernledelsens vedtak blir implementert gjennom styrevedtak i datterselskapene. Det er likevel grunn til å understreke at styrebehandling i datterselskaper er mer enn en formalitet. Saker som er av vesentlig betydning for datterselskapet skal realitetsbehandles i dette selskapets styre, selv om konsernledelsen har truffet et vedtak i forkant.

Datterselskapets styres unnlattelse av å realitetsbehandle en sak kan være erstatningsbetingende for styremedlemmene, jf. aksjelovene § 17-1. Bestemmelsens andre ledd åpner for at blant annet medlemmer av konsernledelsen og morselskapet etter omstendighetene kan holdes erstatningsansvarlige som medvirker.<sup>32</sup> Styret i datterselskapet plikter ved behandlingen å ivareta dette selskapets interesse. I konserner med minoritetsaksjonærer kan styret ikke foreta noe som er «egnet til å gi visse aksjeeiere en urimelig fordel på andre aksjeeiere eller selskapets bekostning», jf. aksjelovene § 6-28. Aksjelovene § 3-8 inneholder saksbehandlingsregler for avtaler med blant annet aksjonærer, og § 3-9 oppstiller krav om at transaksjoner mellom konsernselskaper skal «grunnes på vanlige forretningsmessige prinsipper og vilkår». Datterselskapets styre plikter videre å ivareta dette selskapets kreditorer og kunder.

Men spørsmålet er likevel hva som er målestokken, for eksempel ved vurderingen av om en kontrakt med morselskapet kan forsvares forretningsmessig sett fra datterselskapets ståsted. Målestokken kan være morselskapets eller datterselskapet. Løsningen er usikker, men også i Norge har det

<sup>31</sup> Normann, Medvirkeransvaret, side 246 med videre henvisninger.

<sup>32</sup> Ved lov 15. desember 2006 nr. 88 ble det foretatt flere endringer i aksjelovene, og aksjelovene § 17-1 fikk med dette et nytt andre ledd om medvirkeransvar. Se nærmere Normann, Medvirkeransvaret, side 232 flg.

vært argumentert for at det i en viss utstrekning må være konsernet som er målestokken.<sup>33</sup> Det bør under enhver omstendighet være et visst spillerom for å kunne se hen til at avtaler mellom konsernselskapet over tid fører til en rimelig fordeling av ulemper og fordeler. Også minoritetsaksjonærer som ikke har aksjer i andre konsernselskaper, kan dra nytte av at datterselskapet er en del av et større konsern og at vurderingen i det enkelte tilfellet ikke blir for snever. Omfanget og den det nærmere innholdet av retten til å drive konsernstyring er imidlertid uklar de lege lata.

## VIII Et eksempel fra praksis

Ved kongelig resolusjon 30. april 1993 ble det nedsatt en granskingskomisjon for å gi en beskrivelse og vurdering av opptakten til UNI Storebrand-konsernets oppkjøp i det svenske forsikringsselskapet Skandia, og konsernets behandling av aksjeposten frem til konsernet ble satt under offentlig administrasjon 25. august 1992. UNI Storebrand var et forsikringskonsern som etter loven ikke kunne tas under konkursbehandling. Det enkelte forsikringsselskap innenfor konsernet var en separat enhet med egne, ansvarlige selskapsorganer i henhold til daværende aksjelov og forsikringslovgivning.

Forsikringsselskapers virksomhet reguleres i dag av lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsvirksomhet (forsikringsvirksomhetsloven) og lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven). Lovbestemmelsene om de sentrale selskapsorganenes oppgaver og ansvar er langt på vei de samme som i aksje- og allmennaksjeselskaper, jf. finansforetaksloven kapittel 8.

Saken illustrerer hvordan et konsernstyre implementerte en overordnet strategibeslutning med stor betydning for datterselskapene uten at disse ble tilstrekkelig involvert. Det gjelder riktignok særlige regler for forvaltningen av forsikringsvirksomhet, men lignende spørsmål oppstår for konserner som er regulert etter aksje- og allmennaksjeloven. Spørsmålet er hvor langt konsernledelsen på uformelt vis kan implementere en konsernstrategi uten å komme i strid med aksjelovens organisatoriske regler.

UNI Storebrands morselskap hadde ikke tilstrekkelige midler til å foreta oppkjøpet alene, og konsernstyrets beslutning om oppkjøp av Skandia krevde derfor medvirkning fra datterselskapene ved at disse ervervet aksjer som ledd i sin kapitalforvaltning.<sup>34</sup> Beslutningen ble gjennomført

<sup>33</sup> Bråthen, Styremedlem og aksjonær, side 211.

<sup>34</sup> NOU 1994: 7 side 209.

ved at konsernets fondsforvaltningsavdeling fikk i oppdrag å kjøpe aksjer ved å benytte ledig likviditet. Den senere fordelingen av aksjer mellom konsernselskapene skjedde administrativt etter diskusjon i konsernledelsen. Kjøpene ble deretter avregnet mellom konsernselskapene, og aksjene ble plassert i det enkelte datterselskaps portefølje ved ombytting av eksisterende aksjeplasseringer. Tildelingen av aksjer til det enkelte selskap ble forelagt datterselskapenes styrer som orienteringssak.

Granskingskommisjonen aksepterte at det også for forsikringskonsern er nødvendig at en del strategiske beslutninger av betydning for hele konsernet treffes av konsernspissen, men rettet likevel kritikk mot den fremgangsmåten som var fulgt. Om denne uttales det:

«Med de krav lovverket stiller til et forsikringskonsern, er det imidlertid klart at det påhviler de enkelte datterselskapenes styrer et særlig ansvar for disses forvaltning av kapitalen. Styrene skulle derfor ha foretatt en egen behandling av den tildeling av aksjer som administrasjonen besluttet. Dette ble også påpekt av de 'eksterne' styremedlemmene i livselskapet, skadeselskapet og reassuranseselskapet.»<sup>35</sup>

Granskingskommisjon rettet videre kritikk mot konsernsjefen for rolleblending. På side 208 heter det:

«Som styreformann i datterselskapenes styrer må konsernsjefen også kritiseres for ikke å ha sørget for at tildelingen av Skandia-aksjer til de enkelte datterselskapene ble realitetsbehandlet i datterselskapenes styrer. Som konsernsjef måtte han forstå at disse styrene hadde et selvstendig rettslig ansvar for datterselskapenes kapitalforvaltning. *Det er i denne sammenheng ikke tilstrekkelig å vise til at konsernstyret samtidig er generalforsamling for datterselskapene. Styret og generalforsamlingen har forskjellig ansvar, og styret er ikke ansvarsfritt dersom generalforsamlingen treffer en beslutning som er i strid med lov- eller forskriftsverket.*»<sup>36</sup>

Det som her er gjengitt viser at selv om personsammenfall i ulike organer i konsernet kan være et hensiktsmessig middel for effektivisering av og realisering av stordriftsfordeler, så påhviler det personer med ulike roller i konsernet en plikt til å være seg bevisst ansvaret de har som er knyttet til de ulike hatter de har på.

## IX Hva bør datterselskapenes styrer være særlig opptatt av?

Avslutningsvis reiser spørsmålet seg om hva et datterselskapsstyre særlig bør fokusere på. Det har fremgått at konsernstyring er betinget av at de over-

<sup>35</sup> NOU 1994: 7 side 209.

<sup>36</sup> Min utheving.

ordnete direktiver og enkeltvedtak fattet av morselskapet blir respektert og fulgt opp av datterselskapene, og at lovgiver har akseptert at det i et konsern er nødvendig at enkelte strategiske beslutninger treffes av konsernspissen. Når det i tillegg ofte er de samme personer som er medlemmer i de ulike konsernorganene, er det nærliggende å tenke seg at datterselskapsstyrenes rolle lett kan bli redusert til et «sandpåstrøingsorgan» med liten reell innflytelse på de beslutninger som treffes.

Situasjonen vil i utgangspunktet ikke være den samme i heleide konserner som i konserner med minoritetsaksjonærer, jf. aksjelovene § 6-28. Men lærdommen vi kan trekke fra UNI Storebrand-saken synes å være at sentrale personer uansett må være seg bevisst hvilken rolle de har i ulike sammenhenger. Konsernsjefens rolle er ikke den samme når han utøver sin funksjon som styreleder i et datterselskaps styre, som når han opptrer som daglig leder i morselskapet.

Ytterligere en lærdom er at det kan være hensiktsmessig at styret i datterselskaper også har en eller flere eksterne styremedlemmer som ikke har vært involvert i tidligere beslutninger truffet av morselskapets organer.

Et sentralt element i datterselskapsstyrenes plikter etter aksjelovene §§ 6-12 og 6-13 er plikten til å påse at selskapet er tilstrekkelig og kvalifisert bemannet, og til å påse at selskapet overholder de lover og regler som gjelder nettopp dette selskapets virksomhet.

Konsernets samlede økonomiske interesser faller ikke nødvendigvis sammen med det enkelte konsernselskaps. Dette settes særlig på spissen når et eller flere av de andre konsernselskapene får økonomiske problemer. I en slik situasjon vil spenningsforholdet mellom konsernet som en organisasjonsmessig enhet på den ene siden, og de enkelte konsernselskaper som selvstendige juridiske enheter på den andre, skape en særlig risiko for at hensynet til det enkelte konsernselskaps særkreditorer, minoritetsaksjonærer og ansatte kan bli tilsidesatt.<sup>37</sup> Datterselskapets styres plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og til å sørge for at det til enhver tid har tilstrekkelig «egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av» virksomheten, jf. aksjelovene § 3-4, er ikke minst viktig også for de selskaper som er en del av et konsern.

Der konsernets organisatoriske inndelingen går på tvers av den juridiske strukturen, er det også viktig at datterselskapsstyrene sørger for forsvarlig saksbehandling, og at kravene til dokumentasjon av styrets arbeid følges opp, jf. blant annet aksjelovene § 6-29.

Styret i datterselskapene bør på den annen side være lydhøre for konsernspissens veivalg, selv om de er av en annen oppfatning. Samordning av konsernets interesse er helt nødvendig for å hente inn de fordeler som ligger i en slik organisasjonsmodell. Domstolene har da også fornuftig nok vist

<sup>37</sup> NOU 1996: 3 side 87.



tilbakeholdenhet med å overprøve styrets forretningsmessige beslutninger, og i dette ligger det en betydelig fleksibilitet for det enkelte styret også i konsernselskaper.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Se blant annet Kristin Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994, side 331 flg., Rt. 2003 side 335 og HR-2016-1439-A avsnitt 96.

