

Solidaransvar ved fisjon

Aksjeselskapsloven § 14-11(3)

Kandidatnummer: 171

Antall ord: 11893



Masteroppgave, Det Juridiske Fakultet.

UNIVERSITETET I BERGEN

09.05.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	s. 2
1 Innledning	s. 4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	s. 4
1.2 Kildetilfang og metode	s. 5
2 Tema	s. 6
2.1 Generelt om fisjon og oppgavens ramme	s. 6
2.2 Virkeområde for aksjeloven § 14-11(3)	s. 7
3 Begrepsavklaring	s. 8
3.1 Fisjon	s. 8
3.2 Fusjon	s. 9
3.3 Kontinuitetsprinsippet	s. 10
3.4 Solidaransvar	s. 11
3.4.1 Garanti	s. 12
3.5 Prinsipalt solidaransvar	s. 12
3.6 Subsidiært solidaransvar	s. 13
4 Rettslig plassering	s. 13
4.1 Loven	s. 13
4.2 Forarbeider	s. 14
4.3 Rettspraksis	s. 16
4.3.1 Rt.2010 s. 1532	s. 16
4.3.2 Dommens betydning	s. 17
4.4 Skillet mellom fisjon og alminnelige avtalerettslige disposisjoner	s. 17
5 Momenter av betydning for tolkningsspørsmålet	s. 18
5.1 Generelt om bestemmelsens bakgrunnsteppe	s. 18
5.2 Kreditorhensyn	s. 19
5.2.1 Hensyn til kreditor og kontinuitetsprinsippet	s. 19
5.2.2 Solidaransvaret i asl. § 14-11(2) og forhold til kreditorer	s. 21
5.2.3 Solidaransvaret i asl. § 14-11(3) og forhold til kreditorer	s. 22
5.2.4 Ivaretagelsen av den gjennomsnittlige kreditor	s. 23
5.3 Hensyn til øvrige fisjonsselskap	s. 24

5.4	Tolkningsperspektiv	s. 25
5.4.1	Ulike tolkningsperspektiv kan gi ulikt utfall	s. 25
5.4.2	Formålstolkning	s. 25
5.4.3	Systemtolkning	s. 26
6	Tidsbegrensning av ansvaret og foreldelsesregler	s. 27
6.1	Tidsbegrensning av solidaransvaret	s. 27
6.2	Fristutgangspunkt ved prinsipalt solidaransvar kontra subsidiært solidaransvar	s. 27
7	Erstatningskrav	s. 29
7.1	Kreditorhensyn ved erstatningskrav	s. 29
7.2	Kreditors adgang til å kreve sikkerhet ved avtaleinngåelse før og etter fisjon	s. 30
8	Spekuleringsadgang ved fisjon	s. 32
8.1	Rettstridig utnyttelse av lovens system eller lovlig utnyttelse av lovens system	s. 32
8.2	Aksjeselskapslovens ansvarsbegrensning ved ansvarlig selskap etter selskapsloven	s. 33
8.3	Utdfordringen ved det subsidiære solidaransvarets tidshorisont	s. 34
9	Regnskapsregler	s. 35
9.1	Introduksjon	s. 35
9.2	Generelt om forpliktelser	s. 36
9.3	Den betingede forpliktelsen	s. 36
9.4	Sannsynlighetsvurderingen	s. 37
9.5	Tolkningskonsekvenser	s. 38
9.5.1	Det prinsipale tolkningsalternativ	s. 38
9.5.2	Det subsidiære tolkningsalternativ	s. 40
9.5.3	Konklusjon for tolkningskonsekvenser	s. 41
10	Egen vurdering	s. 42
10.1	Oppgavens formål og nyanserende bidrag	s. 42
10.2	Argumenter for et prinsipalt solidaransvar	s. 42
10.3	Argumenter for et subsidiært solidaransvar	s. 43
10.4	Konklusjon av egen vurdering	s. 44
11	Litteraturliste	s. 45

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Oppgavens problemstilling omhandler aksjeloven¹ § 14-11(3) om solidaransvar ved fisjon, hovedsakelig om dette er et prinsipalt eller subsidiært solidaransvar.

Solidaransvaret² er etter norsk rett som hovedregel ubegrenset for med-skyldnere i et kreditor-debitor forhold, og det kreves forbehold i avtale eller annet rettslig grunnlag for å fravike dette.

Hvorvidt solidaransvaret skal anses for å være prinsipalt eller subsidiært kan blant annet få økonomiske konsekvenser, for både kreditor og selskap som deltar i fisjonen. Det er derfor behov for en avklaring.

Solidaransvaret reguleres av asl. § 14-11(3) og fungerer som et sikkerhetsnett for de tilfeller hvor kreditor ikke oppnår dekning for sin fordring. Bestemmelsen bidrar dermed til å styrke kreditorvernet. Rettspraksis har ennå ikke tatt stilling til hvorvidt solidaransvaret er prinsipalt eller subsidiært, og avklaringen må derfor ta utgangspunkt i lovens ordlyd opp mot øvrige rettskilder, slik som rettspraksis, aksjelovens forarbeider og juridisk teori. Ordlyden synes å forutsette at ansvaret er prinsipalt solidarisk, men det er ikke slik den er blitt tolket i praksis. Både aksjelovens forarbeider og deler av juridisk teori peker i retning av at ansvaret anses som subsidiært.

Som kreditor er det naturlig nok mest ønskelig å kunne henvende seg til de øvrige selskaper som har deltatt i fisjonen umiddelbart etter at det ansvarlige selskap etter fisjonsplanen, jf. asl. § 14-4, ikke gjør opp for seg rettidig, med henvisning til det *prinsipale* solidaransvaret i asl. § 14-11(3).

¹ LOV-1997-06-13-44 Aksjeloven - asl.

² Pkt. 3.4

Spørsmålet er om de øvrige selskap som har deltatt i fisjonen kan avslå et slikt påkrav under henvisning til at solidaransvaret er *subsidiært*, med den følge at deres forpliktelse etter asl. § 14-11(3) først trer i kraft når det selskap som er ansvarlig etter fisjonsplanen beviselig ikke kan gjøre opp for seg.

Fremstillingen vil belyse relevante momenter til bruk for tolkningen av oppgavens tema opp mot solidaransvaret, og slik utgjøre et beskjedent bidrag til den endelige avklaringen på det som må sies å være et uavklart rettsspørsmål.

1.2 Kildetilfang og metode

Ved arbeidet med oppgaven har det vært begrenset med rettskilder å ta utgangspunkt i, hvilket har vært en utfordring.

Det foreligger en høyesterettsdom som har begrenset rettskildevekt ettersom uttalelsen som er relevant for oppgaven er et obiter dictum³.

Aksjelovens forarbeider har ikke behandlet spørsmålet direkte, selv om det er gitt enkelte utsagn som blir belyst senere i oppgaven.

Ettersom spørsmålet er sparsommelig behandlet i rettskildematerialet er juridisk teori av betydning. Dette er særlig fordi det er spenninger i teorien rundt hvilket tolkningsalternativ som burde legges til grunn, herunder det prinsipale tolkningsalternativ eller det subsidiære tolkningsalternativ.

Oppgaven tar i bruk alminnelig juridisk metode med utgangspunkt i analyse av foreliggende rettskilder opp mot underproblemstillinger. Der hvor rettskildene gir ulike svar ved tolkning av et rettsspørsmål må disse vektas mot hverandre.

³ *Et obiter dictum er en uttalelse i en Høyesterettsdom som ikke har betydning for dommens utfall, men som likevel kan være oppklarende for andre rettsforhold utenfor den aktuelle saken som behandles.*

2 Tema

2.1 Generelt om fisjon og oppgavens ramme

Fisjon er betegnelsen på en prosess der et selskap deles i to eller flere enheter i henhold til uttømmende regler i asl. kapittel 14. Prosessen forutsetter at det er et overdragende⁴ og minst et overtakende selskap, der førstnevnte gir anvisning på det selskapet som gir fra seg verdier til sistnevnte, mot vederlag til eierne.⁵ Fisjon skjer i ulike varianter, der oppgavens problemstilling gjelder tolkningen av solidaransvarets betydning for de respektive involverte selskap.

Sentrale spørsmål oppgaven vil belyse er hvorvidt solidaransvaret er tidsbegrenset, og videre hvilken betydning fortolkningen av bestemmelsen om solidaransvaret har for kontinuitetsprinsippet og kreditorhensynet generelt. Det vil også tas stilling til om erstatningskrav står i en særstilling og om det er adgang til å spekulere i den usikrede kreditors ressurser ved en fisjon.

Solidaransvaret medfører en forpliktelse, som på visse vilkår skal regnskapsføres. Fremstillingen vil derfor også redegjøre for den regnskapsrettslige siden av solidaransvaret, og hvordan praktiseringen kan differensiere basert på hvilken tolkning som legges til grunn.

⁴ Se modell under pkt. 3.1

⁵ Liland, Anders H. *Fusjon og fisjon av selskaper*, Oslo 2016 s. 124.

2.2 Virkeområde for aksjeloven § 14-11(3)

Asl. § 14-11(3) forutsetter at det er utarbeidet en fisjonsplan som tydeliggjør hvordan selskapene som deltar i fisjonen fordeler eiendeler, rettigheter og forpliktelser.

Gjennomføring av fisjon må gjøres etter reglene i aksjeloven kap. 14, og selve prosessen initieres ved utarbeidelsen av en fisjonsplan som skal signeres av partene, jf. asl. § 14-4;

"Styret i det selskapet som skal deles, skal utarbeide og signere en fisjonsplan som minst inneholder opplysning om forhold som angitt i § 13-6 første ledd. I tillegg skal fisjonsplanen angi:

- 1. fordelingen av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser på de selskapene som deltar i fisjonen;*
- 2. fordeling av aksjer og annet vederlag på aksjeeierne³ i det overdragende selskapet*

Det er særlig bestemmelsens første ledd, nr. 1 som er av betydning, og nærmere bestemt det overdragende selskapets forpliktelser før fisjonen trer i kraft, som er relevant ved utpenslingen av solidaransvaret overfor det overdragende selskaps medkontrahtenter. Skjæringstidspunktet er fisjonens ikrafttredelse. Det vil si det tidspunktet når melding fra alle overtakende selskaper i fisjonen er registrert hos Foretaksregisteret, jf. asl. § 14-8(2). Forpliktelser som utfisjonerte selskap(hoveddebitor) pådrar seg etter fisjonen faller ikke inn under bestemmelsens solidaransvar, ettersom det ikke er en forpliktelse som er fordelt i fisjonsplanen, jf. asl. § 14-11(3). Når det i denne oppgaven er tale om en forpliktelse er det således tale om en forpliktelse etter fisjonsplanen.

Når selskapet som etter fisjonsplanen er ansvarlig for en forpliktelse ikke oppfyller denne trer asl. § 14-11(3) i kraft. Bestemmelsen lyder:

"Hvis det selskapet som skal hefte for en forpliktelse etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen, hefter de selskapene som har deltatt i fisjonen, solidarisk for

forpliktelsen. Heftelsen er likevel for hvert av de øvrige selskapene begrenset til et beløp tilsvarende den nettoverdien som tilfalt selskapet ved fisjonen.”

3 Begrepsavklaring

3.1 Fisjon

En fisjon gjennomføres ved at et selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles på to eller flere overtakende selskap. Det kan enten skje ved likvidasjonsfisjon, jf. asl. § 14-2, annet ledd, hvor det overdragende selskapet oppløses ved fordelingen til to eller flere overtakende selskaper, eller ved at det overdragende selskap fortsetter å eksistere, jf. asl. § 14-2, første ledd. Det som kjennetegner fisjon er delingen av ett selskap på to eller flere selskaper, og skiller seg fra fusjon ved at det ikke kan være kontinuitet ved fordelingen av selskapets innhold - selskapet eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Det kan i likhet med fusjon være kontinuitet på eiersiden, men det kan også være at eierne skiller lag ved fisjonen. Dette betegnes som skjevdelingsfisjon.

Fisjon skjer i all hovedsak horisontalt. Med dette menes at selskapene som utfisjoneres står i en vannrett forbindelse, altså ikke er et morselskap eller et datterselskap.

Aksjeloven tillater ikke at det gjøres en vertikal fisjon, hvor et morselskap utfisjoneres et datterselskap.⁶ Det finnes tilgrensende typer fisjon, slik som "*oppstrømsfisjon*", hvor overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres og fordeles på to eller flere selskap som til sammen eier samtlige aksjer i det overdragende selskapet.⁷ En annen type er "*dropdown*", eller "*fisjonfusjon*", hvor eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres fra morselskapet til ett eller flere datterselskaper ved å kombinere fisjonsreglene i asl. kap. 14 med fusjonsreglene i asl. kap. 13.⁸ I tillegg til disse kan nevnes trekant- og firkant-fisjoner, hvor vederlagsaksjene ved fisjonen kommer fra morselskapet som reguleres i asl. § 14-2, annet ledd tredje punktum. Oppgavens problemstilling om

⁶ Liland, Anders H. s. 124.

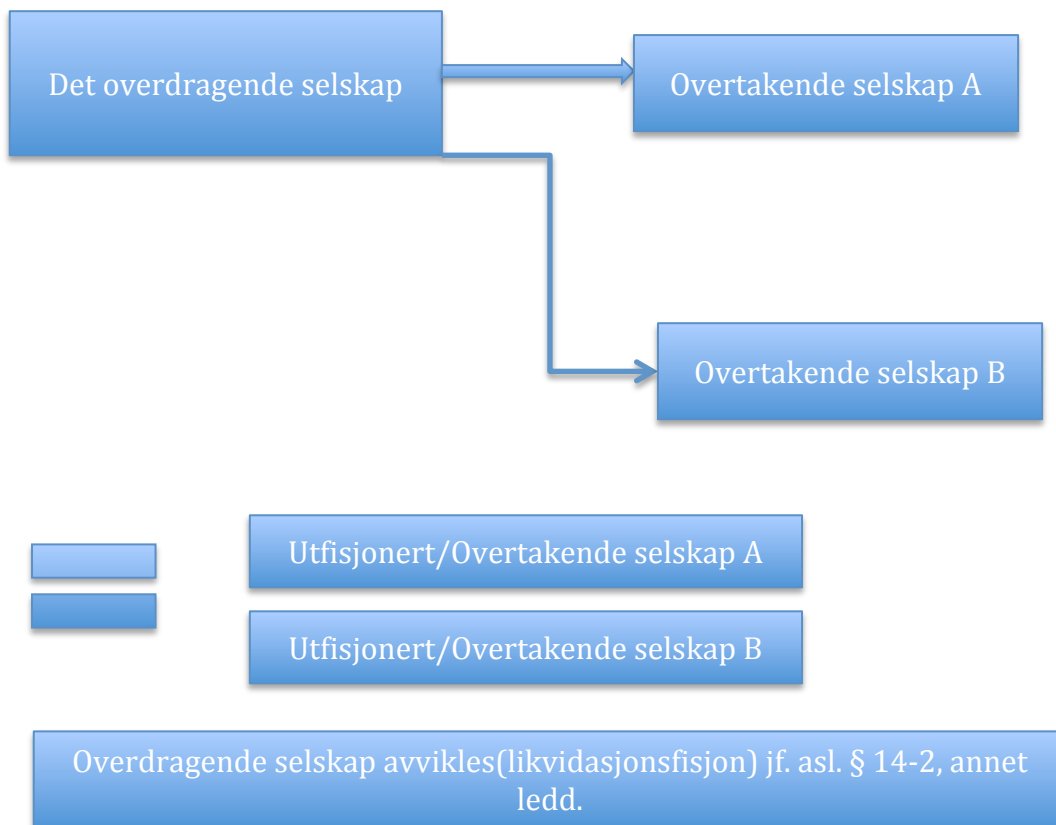
⁷ Liland, Anders H., s. 125

⁸ Liland, Anders H., s. 125.

solidaransvaret i asl. § 14-11(3) berører alle disse typer fisjon, og er uavhengig av hvilken type fisjon som er foretatt.

Et forenklet eksempel på fisjon kan foregå som illustrert i denne modellen;

Modell 1.



3.2 Fusjon

Fusjon reguleres i aksjeloven kap. 13, og er relevant for denne oppgavens vurderingstema ettersom fisjon har det til felles med fusjon at kontinuitetsprinsippet er et helt grunnleggende prinsipp.

Når et eller flere aksjeselskaper slår seg sammen med et annet aksjeselskap skjer dette ved en overføring av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser.⁹ Vederlaget for denne overføringen skal i all hovedsak være aksjer i det overtakende selskap. At det er kontinuitet på eiersiden så vel som selskapets innhold ved sammenslåingen er et kjennetegn ved fusjon, til forskjell fra fisjon. Ved en fusjon kan kontinuitetsprinsippet gjennomføres i sin helhet, kontra ved en fisjon hvor det ikke kan være gjennomgående kontinuitet.

3.3 Kontinuitetsprinsippet¹⁰

Ved aksjeloven av 1997 ble fisjonsreglene for første gang vedtatt, og bygger i all hovedsak på aksjelovens regler om fusjon.¹¹ Kontinuitetsprinsippet som ivaretar kreditorhensynet er derfor sentralt. Dette er fordi kontinuitetsprinsippet er det bærende prinsipp i reguleringen av fusjon. I en fusjon slås to eller flere selskaper sammen.

Kontinuitetsprinsippet sørger for en uavbrutt fortsettelse, og innebærer ingen realitetsendring i kreditor/debitor forholdet som forelå forut for fusjonen. Kreditor må som hovedregel akseptere den personendringen av debitor som skjer når to selskaper slås sammen.¹² Det overdragende selskaps aktiva blir som helhet overdratt til det overdragende selskap, som medfører at dekningsobjektene kreditor hadde adgang til i det overdragende selskapet fortsatt foreligger i det overtakende selskapet. Ved en fisjon stiller det seg annerledes. Dersom det overdragende selskap skal bestå etter en fisjon, har en del av dekningsobjektene blitt fordelt på flere selskaper, og kreditorene i det overdragende selskap sitter igjen med en større risiko ved en svekket dekningsadgang. Dersom det overdragende selskap oppløses vil kreditorene bli fordelt på de overtakende selskap som bare har en del av den dekningsadgangen som forelå ved kontraktsforholdets inngåelse. Kontinuitetsprinsippet har dermed en begrenset verdi ved fisjon.

⁹ Giersten, Johan. Fusjon og Fisjon. Bergen 1999. s. 21.

¹⁰ Kontinuitetsprinsippet behandles mer konkret under pkt. 5.2.1

¹¹ NOU 1992:29 s. 200

¹² Giersten, Johan. s. 29.

3.4 Solidaransvar

Det fremgår av selskapslovens forarbeider¹³ at det i norsk rett er en hovedregel for samskyldnere at det foreligger et ubegrenset, solidarisk ansvar mellom dem overfor kreditor, med mindre det er tatt forbehold eller avtalt noe annet.

Det finnes ulike former for solidaransvar, og blant andre gir Augdahl en fremstilling av ulike former for solidaransvar¹⁴

Man har eksempelvis det rene solidaransvaret hvor flere hefter solidarisk, og kreditor kan selv velge hvilken debitor kravet skal rettes mot. Videre har man et rent alternativt solidaransvar hvor de øvrige debitorer er fri for sitt ansvar etter at kreditor har utvalgt en debitor å forholde seg til, uavhengig av om dekning oppnås hos den utvalgte debitor.

Det kan også tenkes at debitor A først blir fri for sitt ansvar for det tilfelle at kreditor får dekning hos debitor B, og altså ikke allerede ved kreditors valg av debitor B. Dette kan betegnes som en mellomløsning av de to førstnevnte former for solidaransvar. Disse formene for solidaransvar er ikke lovfestet og må inngås ved avtale eller hvile på annet ulovfestet rettsgrunnlag.

Augdahl fremhever at den alt overveiende regel er at solidariteten er "ren", med mindre det ikke er tatt forbehold om noe annet.¹⁵ Som eksempel kan nevnes selskapsloven¹⁶ § 2-4, første ledd, første punktum; "*Deltakerne svarer en for alle og alle for en for selskapsforpliktelser*", og videre i gjeldsbrevloven § 2; "*Gjev fleire ut eit gjeldsbrev, svarar dei ein for alle og alle for ein, om inkje anna er sagt*". Dette er et uttrykk for det tradisjonelle, prinsipale solidaransvar¹⁷.

Som nevnt like ovenfor finner man støtte for det tilsvarende i selskapslovens forarbeider

¹³ NOU 1980:19 lov om selskaper m.v. s. 112.

¹⁴ Augdahl, Per. "Den norske obligasjonsretts almindelige del", Oslo 1978. 5. utg. s. 355.

¹⁵ Augdahl, Per. s. 358.

¹⁶ LOV-1985-06-21-83 Selskapsloven - sel.

¹⁷ Haaskjold, Erlend. "Obligasjonsrett, en innføring", Universitetsforlaget 2017. s. 253.

3.4.1 Garanti

En form for garanti er simpel kausjon, hvor man stiller garanti for betalingsevnen, men ikke betalingsviljen. Dette innebærer at kreditor må forfølge de dekningsmuligheter som er tilgjengelig for å inndrive kravet mot debitor, før det kan rettes krav mot kausjonisten. Motstykket til dette er selvskyldnerkausjon hvor kausjonisten stiller garanti for både betalingsevnen og betalingsviljen. I et slikt tilfelle kan kreditor rette sitt krav mot kausjonisten umiddelbart etter at hoveddebitor har misligholdt sin forpliktelse. Disse formene for garanti er viktig å ha med videre i oppgaven da de representerer hvilket prinsipp som legges til grunn i det prinsipale og subsidiære solidaransvar.

Begrepsbruken i denne oppgaven vil bestå av det prinsipale solidaransvar og det subsidiære solidaransvar.

3.5 Prinsipalt solidaransvar

Med et prinsipalt solidaransvar gis anvisning på at dersom solidaransvaret er prinsipalt, effektueres et ansvar som følger prinsippet til selvskyldnerkausjon, hvor kreditor fritt kan rette sitt krav mot de øvrige solidarisk ansvarlige, når hoveddebitor er i mislighold av sin forpliktelse, jf. ordlyden i § 14-11(3) " ... ikke oppfyller forpliktelsen ... ". Det kreves ingen rettslig forfølgning fra kreditors side for at ansvaret skal effektueres, eller at hoveddebitor beviselig ikke kan gjøre opp for sine forpliktelser.

Det kan likevel ikke forstås som et rent prinsipalt og fullt solidarisk ansvar i tradisjonell forstand ettersom det først og fremst er én hoveddebitor. I det rene prinsipale og fulle solidaransvar hefter de enkelte ansvarlige på lik linje, og kreditor kan velge fritt blant dem når påkrav for innfrielse av fordringen utstedes.¹⁸ I situasjonen som reguleres av asl. § 14-11(3) foreligger det en hoveddebitor som må være i mislighold for at solidaransvaret skal effektueres, og en nyansering av det prinsipale solidaransvar er derfor nødvendig.

¹⁸ Haaskjold, Erlend. s. 253.

3.6 Subsidiært solidaransvar

Motstykket til det prinsipale solidaransvar er det subsidiære solidaransvaret. De øvrige ansvarlige selskap i fisjonen kan ikke kreves før hoveddebitor beviselig ikke er i stand til å dekke sine forpliktelser. Det subsidiære solidaransvaret følger et simpel kausjons prinsipp, hvor det garanteres for betalingsevnen, men ikke for betalingsviljen. I en situasjon som reguleres av asl. § 14-11(3) vil det innebære en fordel for de øvrige fisjonsselskap ettersom det skaper avstand mellom hoveddebitors kreditorer, og forutsigbarhet med tanke på potensielle krav, og sannsynligheten for at disse realiseres. Det er med andre ord en høyere terskel for at de øvrige utfisjonerte selskap holdes ansvarlig for hoveddebitors forpliktelser.

Videre presiseres det at når det i oppgaven skrives om kreditors krav mot hoveddebitor er det under en forutsetning av at dette kravet har sitt opphav fra før fisjonens ikrafttredelse, er synlig i fisjonsplanen og at det gyldig kan fremsettes under påberopelse av solidaransvaret i asl. § 14-11(3) overfor de øvrige utfisjonerte selskap.

4 Rettslig plassering

4.1 Loven

I Aksjeloven § 14-11(3) heter det at;

*"Hvis det selskapet som skal hefte for en forpliktelse etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen, hefter de selskapene som har deltatt i fisjonen, solidarisk for forpliktelsen. Heftelsen er likevel for hvert av de øvrige selskapene begrenset til et beløp tilsvarende den nettoverdien som tilfalt selskapet ved fisjonen"*¹⁹

¹⁹ Lov 13. Juni 1997 om aksjeselskaper

Som nevnt ovenfor gir bestemmelsen adgang for det overdragende selskaps medkontrahenter til å kreve oppfyllelse for en forpliktelse som er oppstått før fisjonen trådte i kraft. Kravet kan rettes mot de øvrige selskap i fisjonsplanen, begrenset til den netto-verdien som ble overført til selskapet ved fisjonen, og forutsetter at det selskap som etter fisjonsplanen er ansvarlig for forpliktelsen ikke har oppfylt denne.

Ved ordlydstolkning av bestemmelsen er det nærliggende å forstå vilkåret "*ikke oppfyller forpliktelsen*" som en henvisning til at det ved forpliktelsens mislighold inntreer en heftelse på de selskapene som har deltatt i fisjonen. Dette tilsier et prinsipalt solidaransvar. Bestemmelsens ordlyd gir ingen anvisninger på at det kreves noe mer enn at hoveddebitor, "*... det selskapet som skal hefte for en forpliktelse etter fisjonsplanen, ikke oppfyller forpliktelsen, ...*". Hva som ligger i vilkåret "oppfyller forpliktelsen" kan imidlertid tolkes både snevert og vidt. I en snever forstand kan vilkåret anses innfridd når mislighold foreligger. I en vid forstand kan vilkåret anses innfridd først når forpliktelsen beviselig ikke vil bli oppfylt. Ordlyden er derfor ikke klar nok på dette punkt til at ordlyden alene kan diktere hvordan solidaransvaret skal forstås.

En ren ordlydstolkning gir ikke et uttømmende svar på hovedproblemstillingen. Den gir likevel en henvisning til det som vil være et prinsipalt solidaransvar, ettersom det eneste vilkåret for at solidaransvaret skal effektueres er at hoveddebitor "*ikke oppfyller forpliktelsen*". De øvrige rettskilder må derfor belyses for å kunne trekke en konklusjon på hovedproblemstillingen.

4.2 Forarbeider

Lovens forarbeider omtaler bestemmelsen, men i svært begrenset grad vedrørende hvorvidt solidaransvaret er prinsipalt eller subsidiært. I forarbeidene fra henholdsvis 1993-1994²⁰ og 1996²¹ konstateres det kun at et solidaransvar foreligger. Det sies ingenting om solidaransvarets karakter, herunder om det er prinsipalt eller subsidiært.

²⁰ Ot.prp.nr.36 (1993–1994) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) s. 242

²¹NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 181.

I NOU 1992:29 s. 200 sammenlignes fusjon og fisjon, i forbindelse med kreditors tvungne debitorskifte. Annerledes fra fusjon er at det ved en fisjon overføres en del av debitors eiendeler, og en del av debitors forpliktelser til et annet selskap. Det kan derfor gjøre kreditor bekymret at dekningsmulighetene er svakere enn de var før fisjonen. For å bøte på denne bekymringen henviser forarbeidene til aksjelovens regulering av kreditors stilling ved nedsettelse av aksjekapitalen. Dette gir kreditorene et vern, men ikke i tilstrekkelig grad, ettersom kontinuitetsprinsippet ikke kan gjennomføres konsekvent.

Reglene om fisjon i aksjeloven bygger på EUs (EF) sjette selskapsdirektiv, og er utformet i samsvar med dette.²² Direktivet krever ikke at medlemslandene inkluderer regler om fisjon i aksjeloven, men dersom land velger å gjøre det kreves det at fisjonsinstituttet underlegges visse krav.²³ Ettersom Norge hadde en fisjonspraksis, og ratifiserte EØS-avtalen må kravene i selskapsdirektivet etterkommes.

I selskapsdirektivet åpnes det for at medlemslandene kan påføre et solidaransvar blant selskapene som deltar i en fisjon, og videre at ansvaret kan begrenses til "*de nettoaktiva som er tildelt hvert enkelt selskap bortsett fra selskapet som har overtatt forpliktelsen*".²⁴ jf. art. 12, 3. ledd. Sjette rådsdirektiv.

Fra selskapsdirektivet/fisjonsdirektivet fremgår det ikke hvorvidt et slikt solidaransvar burde være prinsipalt eller solidarisk, men i likhet med aksjelovens ordlyd er det mest nærliggende å tolke fisjonsdirektivet art. 12, 3. ledd, første og annet punktum som et prinsipalt solidaransvar;

*"Dersom en kreditor i selskapet som har overtatt forpliktelsen i samsvar med delingsplanen ikke har fått sine krav dekket, skal de mottakende selskaper være solidarisk ansvarlig for forpliktelsen. Medlemsstatene kan begrense dette ansvaret til de nettoaktiva som er tildelt hvert enkelt selskap bortsett fra selskapet som har overtatt forpliktelsen."*²⁵

²² Ot.prp.nr.36 s. 234

²³ NOU 1992:29 s. 194.

²⁴ Selskapsdirektiv nr. 6 (fisjonsdirektivet) 17. desember 1982 s. 6

²⁵ Selskapsdirektiv nr. 6 s. 6

Tilsvarende som den norske ordlyden kreves det ikke noe mer enn at kreditor ikke har "fått sine krav dekket". Det gir ingen henvisning til at det beviselig mangler betalingsevne hos hoveddebitor, eller at kreditor må gjøre noe aktivt utover å konstatere mislighold av forpliktelsen.

I forarbeidene fra 1996-1997 fremgår det at solidaransvaret er subsidiært. Det vil si - "Landsorganisasjonen i Norge" uttrykker tilfredshet med regelen om et subsidiært solidaransvar. Det er altså ikke noe som fremkommer direkte fra Justis- og politidepartementet selv. Om man skal tolke Justis- og politidepartementet til å samtykke med Landsorganisasjonen Norge sitt utsagn ved å la det stå uten kommentar er vanskelig å si.

4.3 Rettspraksis

4.3.1 Rt. 2010 s. 1532

Ettersom det ikke problematiseres i noen av forarbeidsdokumentene hvorvidt solidaransvaret etter asl. § 14-11(3) er prinsipalt eller subsidiært hadde det vært praktisk om rettspraksis kunne belyst problemstillingen i en mer tilfredsstillende grad. Det foreligger imidlertid ingen rettskraftige avgjørelser som tar stilling til problemet, men det foreligger én høyesterettsdom fra 2010 som nevner bestemmelsen og solidaransvaret.

I Rt. 2010 s. 1532.²⁶ behandler høyesterett en sak som omhandlet tilbudt sikkerhet for fordring etter asl. § 13-15, andre ledd. Den sikkerhet som ble tilbudt var betinget av at det overtakende selskaps lovfestede solidaransvar for overdragende selskaps heftelser falt bort. Spørsmålet for Høyesterett var om denne sikkerheten var "betryggende" jf. asl. § 13-15, andre ledd. Høyesterett kom til at sikkerheten ikke var "betryggende, jf. asl. § 13-15, andre ledd. Det lovfestede solidaransvar kan kun bortfalle dersom kreditor samtykker til dette. Begrunnelsen hviler primært på det særskilte vern som kreditor skal ha ved fisjon, men og på systemhensyn hvor de alminnelige regler om debitorskifte og asl. § 14-11(2) taler for en slik forståelse som Høyesterett her legger til grunn.

²⁶ Rt. 2010 s. 1532. avsnitt 23, første punktum.

I avsnitt 23, første punktum i dommen fremkommer et "obiter dictum" som er relevant for denne oppgaven.

Ved henvisning til solidaransvaret i § 14-11(3) uttrykker Høyesterett følgende; "*Ved fisjon kommer ansvaret etter aksjeloven § 14-11 tredje ledd – som er subsidiært og begrenset – som et lovbestemt tillegg til den rett kreditor har til "betryggende sikkerhet".* Utsagnet har ingen betydning for dommens utfall eller saken for øvrig, ettersom vurderingen gjelder hvorvidt solidaransvaret kan falle bort uten kreditors samtykke eller ikke. Det nærmere innhold i solidaransvaret er således uten betydning.

4.3.2 Dommens betydning

I Rt.2010 s. 1532, avsnitt 23 foretas det ingen ordlydstolkning av asl. § 14-11(3). Det tas ikke stilling til den normale språklige forståelsen av bestemmelsen og spenningsforholdet til forarbeidene, eller det faktum at forarbeidene selv ikke adresserer spenningsforholdet mellom ordlyd og forarbeidenes hensikt. Dommen synliggjør ikke hvilken vurdering som ligger bak utsagnet, hvilket svekker argumentasjonsvekten. Etersom uttalelsen er et "obiter dictum" har det også begrenset rettskildeverdi ettersom det ikke er en del av domspremissene. Dommen står etter dette ikke særlig sterkt som en rettskilde ved vurderingen av hvorvidt solidaransvaret i asl. § 14-11(3) skal være prinsipalt eller subsidiært.

4.4 Skillet mellom fisjon og alminnelige avtalerettslige disposisjoner

Fisjonsreglenes virkeområde fremgår av asl. § 14-2

Dersom det overdragende selskap ikke skal fortsette sin virksomhet, jf. "*... det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles ...*" er det et vilkår at det fordeles på "*... to eller flere overtakende selskaper ...*".

Fisjon skiller seg fra alminnelige avtalerettslige disposisjoner, noe som for eksempel kommer til syne ved aksepten for debitorskifte uten kreditors samtykke. Dersom kun ett selskap overtar det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser etter avtalerettslige regler er det ikke tale om en fisjon, men et alminnelig kjøp av virksomhet, også kalt virksomhetsoverdragelse. Dette kan leses ut fra sammenhengen mellom asl. § 14-2, første og annet ledd.

5 Momenter av betydning for tolkningsspørsmålet

5.1 Generelt om bestemmelsens bakgrunnsteppe

Spørsmålet er hvilke momenter som har betydning for tolkningsspørsmålet, og hvordan disse skal vektes opp mot hverandre.

I aksjelovens forarbeider uttrykkes det av Landsorganisasjonen Norge en tilfredshet med et subsidiært solidaransvar.²⁷ Det føres ingen argumenter for dette, eksempelvis hensynet til de øvrige utfisjonerte selskaper, og heller ingen vurdering av hvordan et prinsipielt solidaransvar ville preget selskapsretten, eller hvordan hensynet til kreditor blir ivaretatt ved et subsidiært solidaransvar. Kontinuitetsprinsippet gis heller ikke noe oppmerksomhet. Ser man imidlertid hen til dansk rett og den danske bestemmelsen som regulerer solidaransvar ved fisjon med utgangspunkt i fisdjnsdirektivet, finner man en betydelig grundigere drøftelse, og dermed en bedre forståelsen av bestemmelsen. Se mer om dette under pkt. 5.2.4.

I norsk lovarbeid og teori er det gjort få vurderinger av de hensyn som taler for og mot tolkningsalternativene. I det følgende vil hensynet til kreditor og kontinuitetsprinsippet

²⁷ NOU 1996:3 s. 181.

gjennomgås, hensynet til de øvrige selskap i en fisjon drøftes før det undersøkes hvilke tolkningsperspektiv som er relevante for bestemmelsen.

5.2 Kreditorhensyn

5.2.1 Hensyn til kreditor og kontinuitetsprinsippet

Fisjonsreglene er utarbeidet med grunnlag i kontinuitetsprinsippet.²⁸

Dette gjelder både eiendels- og rettighetskontinuitet, og forpliktelseskontinuitet.²⁹

Kontinuitetsprinsippet er en selskapsrettslig unntaksregel hvor kreditor må akseptere et debitorskifte, uten krav til samtykke. I den alminnelige obligasjonsretten kan debitors forpliktelser ikke overdras, overføres eller skiftes ut med mindre kreditor samtykker til dette. Adgangen fremgår implisitt av asl. § 13-2, jf. § 13-25, når det gjelder fusjon, og § 14-2, jf. § 14-12 når det gjelder fisjon³⁰

På grunn av adgangen til å foreta et debitorskifte ved gjennomføring av en fisjon uten kreditors samtykke, foreligger det ikke et kontraktsbrudd fra overdragende selskaps side, selv om det tvinges frem et debitorskifte.

Dette tilsier at kreditor skal, så langt det er mulig, stilles i en tilsvarende posisjon som før fisjonen trådte i kraft. Fisjon byr imidlertid på visse utfordringer som ikke aktualiseres ved en fusjon. Delingen av rettigheter, eiendeler og forpliktelser er en slik skilnad, hvor kreditors dekningsmuligheter kan forringes som følge av dette. Denne delingen gjør et innhugg i kreditorvernet som ikke eksisterer ved en fusjon. Slik sett kan man si at kontinuitetsprinsippet ikke rekker like langt ved en fisjon som ved en fusjon.

Det overdragende selskaps kreditorer krever derfor en ekstra oppmerksomhet.

Fra kreditors ståsted oppstår en berettiget bekymring. De dekningsmuligheter som kreditor har brukt som grunnlag, det være seg for avtale, lån, samarbeid eller annet grunnlag som skaper en forpliktelse hos debitor, blir ved en fisjon fordelt.

²⁸ NOU 1992:29 s. 200

²⁹ Liland, Anders H. s. 377.

³⁰ Liland, Anders H. s. 377.

Kreditors berettigede bekymring blir ved en fisjon ikke like godt ivaretatt som ved en fusjon, ettersom kontinuitetsprinsippet ikke kan gjennomføres konsekvent.

I teorien taler Andenæs for en prinsipal-vennlig tolkning av solidaransvaret i asl. § 14-11(3) og fremhever at bestemmelsens formål er å ivareta kreditor slik at kreditor ikke stilles dårligere enn fisjonen nødvendiggjør.³¹

Motsetningsvis taler Aarbakke m. fl.³² og Giertsen³³ for et subsidiært solidaransvar, hvor Giertsen henviser til forarbeidenes tilfredshet med et subsidiært solidaransvar, jf. pkt. 5.1, mens Aarbakke m. fl. nøyer seg med å konstatere at solidaransvaret er subsidiært, uten en drøftelse av vektige hensyn eller en henvisning til forarbeidenes uttalelse om solidaransvaret. Den manglende oppmerksomhet viet til kontinuitetsprinsippet, som står sentralt i en fisjon, svekker argumentasjonsverdien av tolkningsresultatet til henholdsvis Giertsen og Aarbakke m. fl.

Kreditors potensielle forringelse av dekningsmulighetene medfører flere modifikasjoner i lovgivningen. Etter asl. § 14-7, jf. §§ 13-15, kan kreditorer med forfalte krav, som ikke er omtvistet, kreve betaling. Ved fremsettelse av et slikt krav kan fisjonen ikke gjennomføres før kreditor har fått sitt krav dekket. Videre kan kreditorer med omtvistede krav, eller krav som på fisjonstidspunktet ikke har forfalt kreve betryggende sikkerhet for sitt krav. Også her kan fisjonen ikke gjennomføres før kreditors innsigelse er møtt.

Dette gir kreditor beskyttelse, men bare delvis. Bestemmelsene tar ikke høyde for forpliktelser som dukker opp etter fisjonen er gjennomført, men har sitt opphav før fisjonen, for eksempel erstatningsforpliktelser som blir synliggjort først etter fisjonen. Spørsmål omkring erstatningskrav omhandles under pkt. 7. nedenfor.

En annen særbestemmelse for fisjon er; asl. § 14-11, annet og tredje ledd, som har sin bakgrunn i fisjonsdirektivet.³⁴ Bestemmelsen tar sikte på å ivareta kreditor for de tilfeller hvor en forpliktelse ikke blir dekket, enten fordi det ikke er klart ut fra fisjonsplanen

³¹ Andenæs, Mads Henry. Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Oslo 2016. s. 608.

³² Asle, Magnus Aarbakke. Aarbakke, Gudmund Knudsen. Ofstad, Tone. Skåre, Jan; Aksjeloven og allmennaksjeloven Lovkommentar 3. utgave. Oslo 2012. s. 840.

³³ Giertsen, Johan. s. 300.

³⁴ Selskapsdirektiv nr. 6

hvilket selskap som skal hefte for den(annet ledd) eller dersom ansvarlig selskap etter fisjonsplanen ikke oppfyller forpliktelsen(tredje ledd).

For begge tilfeller gjelder det et solidaransvar, og dersom man holder fast ved bakgrunnen og behovet for bestemmelsen er det gode grunner for at kreditor gis best beskyttelse ved at solidaransvaret er prinsipalt.

5.2.2 Solidaransvaret i asl. § 14-11(2) og forhold til kreditorer

Solidaransvaret foreligger også i asl. § 14-11(2), men her under andre forutsetninger enn i asl. § 14-11(3).

"Hvis det ut fra fisjonsplanen ikke lar seg gjøre å bestemme hvilket selskap som skal hefte for en forpliktelse som var oppstått før virkningen av fisjonen inntreer, hefter de selskapene som har deltatt i fisjonen, solidarisk for forpliktelsen" jf. asl. § 14-11(2).

Spørsmålet under bestemmelsens andre ledd er hvilket selskap som skal bære ansvaret i den interne regressomgangen blant det overdragende og de overtakende selskap. Dette skyldes at solidaransvaret må forutsettes å være prinsipalt på grunn av den situasjon bestemmelsen regulerer.

Hele situasjonen oppstår på bakgrunn av at fisjonsplanen ikke fordeler forpliktelsen, og det kan således ikke være tale om et subsidiært solidaransvar hvoretter kreditor må iverksette pågang mot et enkelt selskap før de øvrige kan kreves ansvarlig etter asl. § 14-11(2). Dette er fordi kreditor ikke vet hvem pågangen skal rettes mot.

I henhold til forarbeidene skal det selskap som har sterkest tilknytning stå ansvarlig. Hvis en slik tilknytning ikke kan påvises fordeles ansvaret forholdsmessig etter den nettoverdien som tilfalt hvert enkelt selskap ved fisjonen.³⁵ Det faller utenfor oppgaven å gå nærmere inn på asl. § 14-11(2).

³⁵ NOU 1992:29 s. 207-208. Se også; Aarbakke m. flere, s. 840. Og; Liland, Anders H. s. 338.

5.2.3 Solidaransvaret i asl. § 14-11(3) og forhold til kreditorer

Spørsmålet blir om det prinsipale solidaransvaret best ivaretar kreditor, og om det er behov for et prinsipielt solidaransvar, eller om det subsidiære solidaransvaret gir tilstrekkelig beskyttelse, sammenholdt med de øvrige sikringsmuligheter kreditor har ved en fisjon.

På den ene siden har man kreditor-debitor forholdet før en fisjon. I en slik situasjon har kreditor oppnådd tilstrekkelig sikkerhet for at avtalen inngås.

Skal det gjennomføres en fisjon er utgangspunktet at kreditor gis mulighet til å kreve sitt krav oppfylt, dersom fordringen er forfalt og uomtvistet, jf. § 14-7, jf. §§ 13-15(1), og kreditor gis mulighet til å kreve ytterlig sikkerhet for sitt krav, dersom fordringen er omtvistet, eller ikke forfalt, jf. § 14-7, jf. § 13-15(2). Det er tingretten som avgjør hva som er "betryggende sikkerhet", jf. asl. § 13-15 (2) ved en eventuell tvist.

Betryggende sikkerhet skal forstås som full dekning for kreditors krav.³⁶

Dette må langt på vei anses for å stille kreditor i en like god stilling som før fisjonen, og svekker behovet for et prinsipielt solidaransvar i asl. § 14-11(3).

Kreditors aksept av fusionsplanen og den eventuelle sikkerhet som stilles må anses som en "ny" avtale mellom kreditor og debitor. Dersom det i tillegg til dette skulle vært et prinsipielt solidaransvar i asl. § 14-11(3) vil det på mange måter stille kreditor i en bedre stilling enn før fisjonen, ettersom kreditor har akseptert den nye debitor med betryggende sikkerhet, men også kan henvende seg til øvrige deltagende selskap i fisjonen.

Før fisjonen var kreditor låst til debitor for dekning for sitt krav. Dersom solidaransvaret i § 14-11(3) skal anses for å være prinsipielt har kreditor fått "tilleggs-debitorer" for det tilfellet at hoveddebitor ikke oppfyller forpliktelsen. Dette taler for at kreditorhensynet er ivaretatt ved de innsigelsesmuligheter kreditor har før en fisjon kan gjennomføres, og at behovet for et prinsipielt solidaransvar ikke er særlig fremtredende.

³⁶ Liland, Anders H. s. 321

5.2.4 Ivaretagelsen av den gjennomsnittlige kreditor

Et nyanserende argument som ikke er påpekt i norsk juridisk teori, forarbeid eller rettspraksis er argumentet "første mann til mølla" som fremhevet av Mathias Rose Svendsen og Lars Hedegaard Kristensen.³⁷ I den danske teorien er spørsmålet viet betydelig mer oppmerksomhet, selv om det heller ikke i den danske rettstilstand finnes avklaring på spørsmålet. Den danske og norske teorien er sammenfallende, hvor det også i dansk juridisk teori er delte meninger om det skal legges til grunn et selvskyldnerkausjonsprinsipp eller et prinsipp om simpel kausjon ved praktiseringen av det solidariske ansvaret i asl. § 14-11(3). Bakgrunnen for den danske bestemmelsen som regulerer solidaransvar ved fisjon er i likhet med den norske bestemmelsen fisjonsdirektivet. Utformingen av bestemmelsen og dens ordlyd er også sammenfallende, slik at den teoretiske drøftelsen omkring den har relevans også for norsk juridisk teoretisk drøftelse av spørsmålet.

Argumentet "første mann til mølla" synliggjør hvordan det prinsipale solidaransvaret først og fremst tilgodeser den kreditor som først får sin fordring misligholdt, men ikke nødvendigvis den gjennomsnittlige kreditor. Den tilsynelatende kreditorvennlige prinsipale tolkningen av solidaransvaret må sees i lys av den begrensningen av solidaransvarets ramme ved den netto-verdi som ble tilført selskapet ved fisjonen, jf. asl. § 14-11(3), annet punktum.

Man kan eksempelvis se for seg at det "overtakende selskap A" ble tilført netto verdier på 1 million ved en fisjon. "Overtakende selskap B" sin kreditor påberoper seg solidaransvaret i asl. § 14-11(3) for et krav på 500 000 ved "overtakende selskap B" sitt mislighold av en forpliktelse som forelå før fisjonen. I et slikt tilfelle vil "overtakende selskap B" sin kreditor oppnå full dekning for sitt krav. Så kan man tenke seg at øvrige tre kreditorer hos "overtakende selskap B" har forfall tre måneder senere, hvor hver enkelt kreditors fordrings pålydende er 300 000. Det gjenstår da kun 500 000 av solidaransvarets ramme hos "overtakende selskap A", mens den samlede forpliktelse som

³⁷ U.2018B.159. Svendsen, Mathias Rose, Kristensen, Lars Hedegaard: Spaltningshæftelsens betingelser og omfang, s. 160.

står uten oppfyllelse er på 900 000. De resterende 500 000 i "overtakende selskap A" må dermed fordeles mellom de øvrige kreditorer.

Eksempelet illustrerer hvordan den prinsipale tolkning i enkelte tilfeller kun tilgodeser den første kreditor, på bekostning av de gjenværende. Den gjennomsnittlige kreditor kan dermed være best tjent med å oppnå delvis dekning, fremfor ingen dekning. Det prinsipale solidaransvaret gir et spesielt kreditorvern, kontra et generelt kreditorvern som man oppnår ved det subsidiære solidaransvaret. Argumentasjonen for at det prinsipale tolkningsalternativ er det mest kreditorvennlige alternativet stiller således noe svakere etter en slik nyansering.

På denne bakgrunn er det naturlig bringe drøftelsen over i neste moment, som er hensynet til de øvrige selskap i en fisjon.

5.3 Hensyn til øvrige fisjonsselskap

De øvrige selskap i en fisjon kan enten være nyopprettede selskap, i anledning fisjonen, eller allerede eksisterende selskap. Alle deltagende selskap i en fisjon inngår i fisjonsplanen, som fordeler eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Hensynet til de øvrige selskap i en fisjon (de overtakende selskap) ved vurderingen av om solidaransvaret i asl. § 14-11(3) er prinsipalt eller subsidiært går ut på at fisjonsplanen har fordelt forpliktelsene, og at det ville være byrdefullt for et selskap til enhver tid å vurdere risikoen ved de øvrige fisjons-selskaps soliditet. Dersom solidaransvaret skal anses prinsipalt vil det, slik som kreditor oppnår tilleggs-debitorer, medføre at øvrige fisjonsselskap får tilleggs-kreditorer. Jo lavere soliditet hos de øvrige fisjonsselskap, jo større er sannsynligheten for at et selskap kan holdes ansvarlig for de øvrige selskaps forpliktelser. Dette gjelder dog i all hovedsak usikrede kreditorer. Den sikrede kreditor vil nok angripe sikkerheten før solidaransvaret i asl. § 14-11(3) påberopes.

En trygghet for det utfisjonerte selskap vil være at solidaransvaret anses for å være subsidiært, slik at det selskapet som faktisk er ansvarlig etter fisjonsplanen blir tvunget til å ta seg av den tvisten som oppstår ved forpliktelsens mislighold, fremfor at den forskyves på de øvrige fisjonsselskap som er solide nok til å oppfylle den. En slik prosess

vil gi de øvrige selskap tid og handlingsrom til å planlegge hvordan et potensielt solidaritetskrav skal håndteres. Dette fordrer naturligvis at de utfisjonerte selskap får kunnskap om at et potensielt solidaritetskrav er forestående. Hvorvidt det faktisk er tilfellet er heller tvilsomt. Man kan vanskelig se for seg at selskap som sliter med å betale for seg annonserer dette til omverdenen. Tryggheten kan like fullt bestå i at en gjeldsforhandling eller andre virkemidler mot konkurs gir kreditor dekning hos hoveddebitor, selv om det er en forsinket dekning. Det subsidiære solidaransvaret setter en skranke mot det tilfellet hvor kreditor umiddelbart etter mislighold kan velge den enkle veien å kreve de solidarisk ansvarlige selskap som har god soliditet for sin fordring.

5.4 Tolkningsspektiv

5.4.1 Ulike tolkningsperspektiv kan gi ulikt utfall

Spørsmålet er hvordan asl. § 14-11(3) skal forstås under de ulike tolkningsperspektiv. I likhet med asl. § 14-11(2) gir ikke bestemmelsen noe konkret svar på dette. Både Giertsen og Andenæs fremhever dog at ordlyden gir anvisning på at ordlyden taler for et prinsipielt solidaransvar, ettersom det eneste som kreves er at debitor "*ikke oppfyller forpliktelsen*", jf. asl. § 14-11(3).³⁸Dersom man tolker bestemmelsens ordlyd i et formålsperspektiv kan utfallet bli noe annet enn dersom man legger en systemtolkning til grunn.

5.4.2 Formålstolkning

Formålet ved bestemmelsen er som nevnt tidligere å imøtekomme de utfordringer kreditor kan møte på når debitor fordeler sin forpliktelse på flere selskap i en fisjon. Det er et rent kreditorhensyn som ligger bak bestemmelsen, og en formålstolkning tilsier at en prinsipiell forståelse av solidaransvaret skal legges til grunn for at hensynet bak bestemmelsen skal aktualiseres. I forlengelsen av dette presiseres det også at en fisjon

³⁸ Andenæs, Mads Henry. s. 608. Og; Giersten, Johan. s. 300.

utelukkende gjøres i overdragende selskaps interesse, noe som gir ytterligere tyngde for en prinspal-vennlig tolkning av solidaransvaret i asl. § 14-11(3).

5.4.3 Systemtolkning

En systemtolkning kan tas til inntekt for begge tolkningsutfall. Ved en prinspal-vennlig systemtolkning kan det argumenteres for at begrepet "solidaransvar" skal forstås likt, både i forbindelse med asl. § 14-11(2), men også aksjelovgivningen og obligasjonsrettslig lovgivning for øvrig. Særlig er dette et tungtveiende tolkningsmoment når det ikke gis noen retningslinjer i ordlyden.

Videre kan det virke som noe paradoksalt at kreditor har bedre adgang til å oppnå dekning for sitt krav dersom det ikke er mulig å identifisere ansvarlig selskap etter fisjonsplanen, som gir kreditor rett på dekning etter asl. § 14-11(2), altså det rene prinsipale solidaransvaret, enn dersom det er klart hvilket selskap som skal bære ansvaret, men som kun gir et subsidiært solidaransvar, om en slik forståelse skal legges til grunn. Som vist tidligere er dette forståelsen man kan spore hos Giertsen³⁹, i lovens forarbeider⁴⁰ og i Høyesteretts avgjørelse fra 2010.⁴¹

Ved en subsidiær-vennlig systemtolkning fokuseres det på det kreditorvernet som reelt sett gis i aksjelovgivningen, og at behovet for et prinsipalt solidaransvar kan synes overflødig ettersom kreditor har innsigelsesmulighet forut for fisjonen. Et prinsipalt solidaransvar kan også sies å stride mot selve fisjons-instituttet hvor hele formålet er å fordele selskapets forpliktelser, og deretter gå hver til sitt. Et subsidiært solidaransvar er forenlig med dette, mens et prinsipalt solidaransvar forutsetter et tett samhold av hensyn til soliditet og oppfølging med tanke på hvert fisjonsselskaps kreditorer. Dette er hverken praktisk gjennomførbart, og heller ikke ønskelig. Dette synliggjøres også tydelig ved gjennomgangen av de regnskapsregler som gjelder for forpliktelser, og hvilke konsekvenser tolkningen av solidaransvaret kan få for hvordan reglene skal etterfølges. Se mer om dette under pkt. 10.

³⁹ Giersten, Johan. s. 300.

⁴⁰ Ot.prp.nr.23 (1996–1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), s. 277.

⁴¹ Rt. 2010 s. 1532. avsnitt 23, første punktum.

6 Tidsbegrensning av ansvaret og foreldelsesregler

6.1 Tidsbegrensning av solidaransvaret

Spørsmålet er om det foreligger en tidsbegrensning av solidaransvaret i asl. § 14-11(3). Spørsmålet dukker opp i forarbeidene,⁴² hvor det i forbindelse med et høringsnotat vedrørende asl. § 14-11(3) ble uttalt av Norges Registrerte Revisorers Forening, Norges Statsautoriserte Revisorers Forening, Norges Fondsmeglerforbund, Norske Finansanalytikerers Forening og Oslo Børs at solidaransvaret burde tidsbegrenses⁴³. Departementet avskjærer dette under henvisning til at direktivet ikke åpner for en slik tidsbegrensning. Ordlyden i bestemmelsen tilsier ikke at solidaransvaret skal begrenses som gjør at forarbeidene slår inn med full tyngde og det trygt kan fastslås at det ikke foreligger en tidsbegrensning av solidaransvaret.

Solidaransvaret begrenses imidlertid av alminnelige regler om foreldelse av fordringer.⁴⁴

En fordring oppstår fra den dag da fordringshaver har rett til å kreve å få oppfyllelse for sitt krav, jf. foreldelsesloven § 3 (1). For krav som oppstår som følge av mislighold "... regnes foreldelsesfristen fra den dag da misligholdet inntreffer." jf. fl. § 3, annet ledd.

6.2 Fristutgangspunkt ved prinsipielt solidaransvar kontra subsidiært solidaransvar

I situasjoner som reguleres av asl. § 14-11(3) er det tale om hoveddebitors mislighold. Ved en prinsipiell tolkning av solidaransvaret gis kreditor adgang til å rette sitt krav mot de øvrige utfisjonerte selskap ved hoveddebitors mislighold. Med andre ord blir

⁴² Ot.prp.nr.36. s.242

⁴³ Ot.prp.nr.36. s.242

⁴⁴ Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven)

fristutgangspunktet tilsvarende overfor hoveddebitor som for de øvrige fisjonsselskap, jf. fl. § 3, annet ledd.

Legges det derimot en subsidiær tolkning av solidaransvaret til grunn blir skjæringstidspunktet for når kreditor kan oppnå oppfyllelse for sitt krav forskjellig i forhold til hoveddebitor og øvrige fisjonsselskap. De øvrige fisjonsselskap kan først holdes solidarisk ansvarlig for hoveddebitors forpliktelser når hoveddebitor beviselig ikke dekker sine egne forpliktelser.

Det kan derfor være naturlig å falle tilbake på foreldelseslovens utgangspunkt hvor foreldelsesfristens utgangspunkt er det tidspunkt hvor fordringshaver tidligst kan kreve oppfyllelse, jf. fl. § 3, første ledd. I så tilfelle ville fristens utgangspunkt være det tidspunkt hvor hoveddebitor beviselig ikke kan dekke sine forpliktelser. Dette er imidlertid ikke rett.

For tilfeller av garantiforpliktelser, slik som solidaransvaret i asl. § 14-11(3), har foreldelsesloven spesielle regler i forbindelse med foreldelsesfrist, regulert i fl. § 7, om kausjon.

Foreldelsesfristen regnes etter bestemmelsen etter de samme regler som gjelder for hovedfordringen, overfor garantisten, jf. fl. § 7. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at en garanti for fordringen, uavhengig av om denne har en prinsipal karakter, tilsvarende selvskyldnerkausjon, eller en subsidiær karakter, tilsvarende en simpel kausjon, følger fristutgangspunktet for hovedfordringen. Fristens utgangspunkt er derved " ... *den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse*" jf. fl. § 3(1).

Dette forklares også uttrykkelig i lovens forarbeider, hvor de forskjellige typer kausjon som eksisterer mellom simpel kausjon og selvskyldnerkausjon skal behandles etter reglene om hovedfordringen ved beregning av foreldelsesfristen.⁴⁵

⁴⁵ Ot.prp.nr.38 (1977–1978) Om Lov om foreldning av fordringer. s. 59

7 Erstatningskrav

7.1 Kreditorhensyn ved erstatningskrav

Et særlig spørsmål oppstår i tilknytning erstatningsspørsmål, hvor spørsmålet er om den gjeldende regulering av fisjon i tilstrekkelig grad ivaretar kreditor i tilfeller hvor en fordring oppstår som følge av en erstatningsbetingende skade forut for ikrafttredelse av en fisjon, men først synliggjøres etter.

Situasjonen som kan tenkes å oppstå er at fisjonsselskapene A, B og C fordeler forpliktelser mellom seg, herunder kontraktsforhold, ansvar for låneavtale eller lignende, opp mot en kredittinstitusjon. Kreditorerne har godkjent fisjonen, og det legges i eksempelet til grunn at samtlige kreditorer har betryggende sikkerhet. Først etter fisjonen synliggjøres et erstatningsbetingende brudd på avtalen. Erstatningskravets størrelse kan ha slik betydning at kreditor ikke lenger har betryggende dekning hos det tildelte debitor-selskapet etter fisjonsplanen. Man kan tenke seg en situasjon hvor; "dersom kreditor hadde visst om erstatningsfordringen, ville kreditor ikke godkjent fisjonsplanen uten betryggende sikkerhet", jf. asl. § 13-15.

Løsningen på en slik problemstilling kan ikke være asl. §14-11(2), hvor selskapene hefter solidarisk dersom fordringen ikke kan fordeles etter fisjonsplanen. Dette er fordi fordringen oppstår i et kontraktsforhold som etter fisjonsplanen er fordelt. De øvrige selskaper i fisjonen kan ikke holdes solidarisk ansvarlig etter § 14-11(2) for en forpliktelse dersom det fremgår av fisjonsplanen hvilket selskap som står ansvarlig for forpliktelsen.

7.2 Kreditors adgang til å kreve sikkerhet ved avtaleinngåelse før og etter fisjon

Når kreditor/medkontrahent inngår en avtale med selskapet før fisjonen vil det normalt bes om betryggende sikkerhet for det kravet som oppstår. I et sikkerhetskrav står kreditor/medkontrahent fritt til å foreta en vurdering om hvordan utestående fordringer kan innkreves for det tilfellet at debitor ikke gjør opp for seg. Er det risiko for mislighold av kontrakten er dette også noe som kreditor/medkontrahent kan ta i betraktning når man vurderer sikkerhetskravet, så vel som debitors soliditet. Jo større grunn til bekymring på grunn av lav soliditet hos debitor og muligheter for mislighold av kontrakten, jo mer betryggende sikkerhet kan det forventes at kreditor krever forhold til det faktiske kravet.

En slik vurdering kan kreditor ikke gjøre når fisjonsplanen sendes ut fra foretaksregisteret, hvor krav om betryggende sikkerhet kan stilles for at fisjonen kan tre i kraft, jf. asl. § 13-15(2).

Det er avklart i rettspraksis at "betryggende sikkerhet", jf. asl. § 13-15(2) innebærer en plikt til å stille sikkerhet for hele kreditors fordring.⁴⁶

Det kan således ikke kreves at det gjøres en helhetsvurdering, hvor eksempelvis risikoen for mislighold som medfører erstatningskrav kan tas med i vurderingen, og kreves sikkerhet for. Sagt på en annen måte, det kan ikke kreves sikkerhet for en dårlig økonomi, eller lav soliditet hos debitor, dersom fordringen isolert sett er stilt "betryggende sikkerhet" for.

Slik sett er kreditor overfor et utfisjonert selskap dårligere stilt med tanke på erstatningskrav som synliggjøres etter en gjennomført fisjon. Man kan se for seg at kreditor/medkontrahent ved den opprinnelige kontraktsinngåelse observerte en sterk soliditet og god økonomi hos debitor/medkontrahent, og derfor ikke så seg nødt til å kreve mer sikkerhet enn akkurat nødvendig. Når selskapet senere fisjonerer vil den tildelte debitor ikke ha den samme soliditeten eller flyt i likvide midler som var utgangspunktet for avtalen. Selv om kreditor har sikkerhet for fordringen, kan et

⁴⁶ Hr-2012-2125-U. Avsnitt 43.

mislighold medføre krav utover det sikkerheten dekker. Kreditor har ikke adgang til å kreve ytterligere sikkerhet, jf. HR-2012-2125-U, og er således sårbar for erstatningsbetingende handlinger fra debtors side i større grad enn ved opprinnelig kontraktsinngåelse.

På denne måten er kreditor, ved erstatningstilfeller, dårligere stilt enn før fisjonen. Aksjeloven gir ikke adgang til å kreve sikkerhet utover fordringens pålydende, samtidig som det ikke gis beskyttelse mot den presumptivt lavere soliditet i det utfisjonerte selskap.

Har kreditors svekkede muligheter til å kreve sikkerhet for eksempelvis lavere soliditet for å ta høyde for risikomomenter, praktisk betydning?

Et av vilkårene for at solidaransvaret skal aktualiseres er at forpliktelsen fremgår av fisjonsplanen. Man kan se for seg en løpende avtale med månedlige betalinger, eksempelvis levering av strøm eller andre lignende abonnement-tjenester, hvor et mislighold av en betaling skjer etter fisjonen. Dette vil ikke medføre et krav som kan rettes mot øvrige utfisjonerte selskap med hjemmel i asl. § 14-11(3), selv om avtalen skriver seg fra før fisjonen.

Et annet eksempel kan derimot være en avtale om å bygge et dry-bulk skip, hvor levering er fastsatt åtte år frem i tid. Selskapet som har bestilt skipet betaler halvparten ved avtaleinngåelse.

Etter fem år gjøres det en fisjon, og "overtagende selskap 2" blir ansvarlig for kontrakten og bygging av skipet, hvor levering skal skje om tre år. "Overtagende selskap 2" klarer ikke å ferdigstille prosjektet og må til slutt initiere gjeldsforhandling. Det er dermed klart at "overtagende selskap 2" ikke kan oppfylle sin forpliktelse. Kreditor har etter dette et krav på negativ kontraktsinteresse, og på enkelte vilkår også positiv kontraktsinteresse. Kravet skriver seg fra en forpliktelse som forelå ved fisjonsplanen, og spørsmålet blir her om kreditor kan påberope seg solidaransvaret og kreve de øvrige selskap ansvarlig for kravet. Vilåret "ikke oppfyller forpliktelsen" jf. § 14-11(3) er oppfylt, og enten man legger den prinsipielle eller subsidiære forståelsen til grunn, kan debitor beviselig ikke betale for seg. Som nevnt like ovenfor er dette et krav som kreditor ved kreditorinnsigelse overfor foretaksregisteret ikke kan kreve "betryggende sikkerhet" for, jf. asl. § 13-15(2).

Fordringen er ubestemt i størrelse og synliggjøres først ved misligholdet. I et tilfelle som dette ville solidaransvaret med rette kunne påberopes av kreditor.

De øvrige utfisjonerte selskaper ville dermed måtte oppfylle forpliktelsen, begrenset til den netto verdien som selskapet mottok ved fisjonen, jf. asl. § 14-11(3), annet punktum. Det som skiller dette tilfellet fra de alminnelige forpliktelsene som fremgår av fisjonsplanen er at erstatningskravets størrelse og tidspunkt for når kravet kan fremsettes er uvisst. Ettersom det ikke er noen tidsbegrensning av solidaransvaret vil utfisjonerte selskap være eksponert for potensielle erstatningskrav så lenge kravet kan forankres i en forpliktelse som forelå ved fisjonen. Det er en snever målgruppe som må ta stilling til denne type problemstillinger, og selskap med erfaring og kunnskap vil etter all sannsynlighet forespeile problemstillingen og ta høyde for det.

8 Spekuleringsadgang ved fisjon

8.1 Rettstridig utnyttelse av lovens system eller lovlig utnyttelse av lovens system

Spørsmålet er om et subsidiært solidaransvar etter asl. § 14-11(3) kan åpne for spekulering fra debitor på kreditors bekostning, hvor dekningsobjekter forsøkes gjort utilgjengelig for kreditor gjennom en fisjon.

I Rt.2010 s. 1532 har Høyesterett betegnet solidaransvaret som subsidiært, uten drøftelse for øvrig, eller en henvisning til uklarheten som foreligger. Skulle man legge til grunn en subsidiær tolkning av solidaransvaret medfører det en mulighet for et selskap, forut for en fisjon, å spekulere i hvordan ressurser fordeles, og hvordan forpliktelser fordeles. Siktemålet kan være å kvitte seg med en kreditor uten å gjøre opp for seg overfor denne. Et annet siktemål kan være å beskytte selskapets gode ressurser mot å bli brukt som dekning for selskapets risikable forpliktelser. Et sentralt spørsmål i forlengelsen av dette

er om slik spekulering er en rettstridig utnyttelse av lovens system, eller om det er en lovlig utnyttelse av lovens system.

8.2 aksjeselskapslovens ansvarsbegrensning ved ansvarlig selskap etter selskapsloven

Aksjeselskaper har en ansvarsbegrensning i asl. § 1-2, hvor aksjeeierne ikke hefter overfor selskapets kreditorer. En aksjonær er således beskyttet fra kreditorers henvendelser for det tilfellet at aksjeselskapet selv ikke kan dekke sine forpliktelser. Det kan likevel foreligge ansvar på visse vilkår, eksempelvis erstatningsansvar i § 17-1, men det ligger utenfor oppgaven å gå nærmere inn på dette.

I et ansvarlig selskap(ANS), jf. sel. § 1-2(1)(b)⁴⁷ er det et ubegrenset personlig ansvar blant selskapsdeltagerne. Disse svarer en for alle og alle for en, jf. sel. § 2-4.

I et kommandittselskap har minst en deltager ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, og minst en annen deltager begrenset ansvar med en fastsatt sum for selskapets forpliktelser, jf. sel. § 1-2(1)(e). Videre kan deltakere i et selskap være juridiske personer, jf. sel. § 2-2. Altså kan en deltaker i et selskap være et aksjeselskap - en juridisk person. Et aksjeselskap har som nevnt like ovenfor en ansvarsbegrensning overfor sine aksjonærer. Det er et vanntett skott mellom det en aksjonær har tegnet seg for, og de forpliktelser aksjeselskapet pådrar seg.

I dag er et kommandittselskaps komplementar (deltager med ubegrenset personlig ansvar) nesten utelukkende et aksjeselskap.⁴⁸ Dette aksjeselskapet er som vanlig også eid av kommandittistene (deltagere med begrenset ansvar), som også kan være aksjeselskap. Det er reelt sett en ansvarsbegrensning tilsvarende som ved aksjeselskap, hvis man fokuserer på gjeldsansvaret. Ved å benytte seg av denne selskapsformen får man tilgang på enkelte skattemessige fordeler som adgang til inntektsfradrag for underskudd i deltagerens ligning. Det har dermed både en skattemessig fordel og en fordel i den begrensningen som foreligger i kreditors dekningsadgang.

⁴⁷ LOV-1985-06-21-83 - Selskapsloven - sel.

⁴⁸ Woxholt, Geir. Selskapsrett, 5. utg. Oslo, 2014. s. 41.

Denne "omgåelsen" av regelverket, som går på bekostning av kreditors dekningsadgang er en kjent og lovlig utnyttelse av regelverket. Kan denne type utnyttelse av regelverket sammenlignes med et selskaps plassering av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til ugunst for kreditor, gjennom en fisjon?

8.3 Utfordringen ved det subsidiære solidaransvarets tidshorisont

Dersom det foreligger et subsidiært solidaransvar må hoveddebitor beviselig ikke kunne dekke sine forpliktelser. Et selskap kan dermed forut for en fisjon identifisere usikrede kreditorer og i en fisjonsplan tilegne disse usikrede kreditorer dekningsobjekt som ikke nødvendigvis gir den dekning som trengs for å være "betryggende sikkerhet" for forpliktelsen. Eksempelvis kan eiendommer være tilsynelatende gode dekningsobjekt, men det kan være skjulte vedlikeholdsbehov, eller et svekket leiemarked som gjør at verdien på eiendommen ikke står tilfredsstillende i forhold dekningsbehovet. Ved et svekket leiemarked, og tilhørende lavere forventet kontantstrøm fra en eiendom, vil det foreligge nedskrivningsbehov forutsatt uendret eller økt avkastningskrav i verdsettelsen. Nedskrivning av eiendomsverdien vil medføre svekket soliditet i panteobjektet og således svekke kreditors mulighet for dekning for sitt krav. Generelt kan man si at selskapet kan tenkes å sitte på informasjon om et dekningsobjekt som ikke synliggjøres før det forsøkes å ta dekning i objektet. Før det er aktuelt kan det ha gått lang tid, og de opprinnelige utfisjonerte selskapene som var solidarisk ansvarlig kan ha omstrukturert seg, ved fusjon, fisjon, virksomhetsoverdragelse eller oppløsning, slik at veien til en reell dekning kan bli ressurskrevende og langvarig, hvis det i det hele tatt er adgang til det. Kreditor har i tillegg akseptert de dekningsobjektene som tilfalt selskapet ved fisjonen, ettersom det ikke bli gitt innsigelser til fisjonsplanen, jf. asl. § 13-15.

Det vil være en utfordring for den usikrede kreditor som ikke får dekning å påberope en svikaktig oppførsel fra det overdragende selskap, hvor hensikten har vært å unndra seg gjeld ved omstrukturering og omplassering av gode ressurser, mens den usikrede kreditor sitter igjen med ett eller flere dårlige dekningsobjekt. Ettersom kreditor har en innsigelsesadgang, jf. asl. § 13-15, må kreditor ikke bare bevise at den svekkede

dekningsmulighet ikke var synlig for ham, men også at den faktisk var synlig for det overdragende selskap, og at fordelingen ble gjort med dette som siktemål - å unndra seg gjeld.

Spørsmålet er om dette ville blitt akseptert, for det tilfellet at det kunne bevises. Den reelle ansvarsbegrensningen som foreligger ved et kommandittselskap er akseptert fordi det er en utbredt oppfatning at kommandittselskap er strukturert slik at komplementaren reelt sett ikke er ubegrenset personlig ansvarlig. Også her er hensikten å unndra seg personlig ansvar. En slik alminnelig forståelse kan nok ikke sies å foreligge med hensyn til overdragende selskaps hensikt om gjeldsunndragelse eller skjerming av dekningsobjekter fra en kreditor. Forutsatt at det i det hele tatt er adgang til det, er det en utfordring hvordan en slik gjeldsunndragelse kan angripes. Det faller utenfor oppgaven å undersøke nærmere hvordan en slik tilnærming ville sett ut, men det er en interessant problemstilling å reise.

9 Regnskapsregler

9.1 introduksjon

Spørsmålet er om regnskapsreglene som effektueres av forpliktelsen (solidaransvaret) i asl. § 14-11(3) varierer med hvilken tolkning som legges til grunn.

Solidaransvaret i asl. § 14-11(3) er en forpliktelse som kan medføre en utgift for det utfisjonerte selskap, begrenset til nettoverdien av den ved fisjonen overførte verdi. Det påhviler en forpliktelse til å dekke kreditors krav, dersom hoveddebitor etter fisjonsplanen "*... ikke oppfyller forpliktelsen ...*" jf. asl. § 14-11(3).

Det skal i det følgende gjennomgås hvilke regnskapsregler som gjelder for den type forpliktelse som oppstilles i asl. § 14-11(3), og om tolkningen av solidaransvaret har innvirkning på hvordan disse reglene må praktiseres.

Etter regnskapsloven skal slike forpliktelser regnskapsføres på visse vilkår, jf. rskl. § 6-2. De nærmere vilkår for balanseføring av forpliktelser fremgår av norsk regnskapsstandard nr. 13⁴⁹.

9.2 Generelt om forpliktelser

På et generelt grunnlag vurderes en forpliktelse som en plikt til å avgi økonomiske ressurser på et fremtidig oppgjørstidspunkt.⁵⁰ For at en forpliktelse skal foreligge må det ha utgangspunkt i en hendelse som utløser et faktisk krav, eller adgang til å fremsette krav, eksempelvis en inngått avtale med fremskutt oppgjørstidspunkt, en skadevoldende hendelse som muliggjør erstatningssøksmål og lignende.⁵¹ Det er imidlertid ikke den type forpliktelse det er tale om ved solidaransvaret i asl. § 14-11(3).

Den usikre forpliktelsen er en forpliktelse hvor størrelse og oppgjørstidspunkt er uvisst, og den forpliktelsen som solidaransvaret i asl. § 14-11(3) representerer er en slik "usikker forpliktelse"⁵².

9.3 Den betingede forpliktelsen

For utfisjonerte selskap er det tale om et solidaransvar, jf. asl. § 14-11(3) for en usikker forpliktelse, og betegnes i NRS 13 som en "betinget forpliktelse"⁵³ hvor det kreves en utløsende hendelse som det utfisjonerte selskapet ikke kan kontrollere, som medfører, eller kan medføre, et krav mot selskapet om å avgi økonomiske ressurser. Den betingede forpliktelsen er en underkategori av den usikre forpliktelsen. I en fisjonssituasjon som reguleres av asl. § 14-11(3) vil en slik utløsende hendelse være at hoveddebitor som er ansvarlig for en forpliktelse etter fisjonsplanen ikke oppfyller sin forpliktelse. Først da effektueres den betingede forpliktelsen for de øvrige utfisjonerte selskapene, og skal regnskapsføres, dersom øvrige vilkår er innfridd.

⁴⁹ Norsk Regnskapsstandard 13, Usikre forpliktelser og betingede eiendeler. (NRS 13)

⁵⁰ NRS 13, s. 3.

⁵¹ NRS 13, s. 3.

⁵² NRS 13, s. 4.

⁵³ NRS 13, s. 4.

9.4 Sannsynlighetsvurderingen

Den betingede forpliktelsen skal kun regnskapsføres dersom øvrige vilkår er innfridd. De øvrige vilkår beror på en sannsynlighetsvurdering, som har til formål å regnskapsføre posten som en uoppgjort forpliktelse, gi noteinformasjon om den mulige forpliktelsen, eller vurdere dette som en svært lite sannsynlig forpliktelse som det ikke er nødvendig å gi informasjon om. I NRS 13 defineres sannsynlighetsbegrepene med tilhørende prosentsetser. Av relevans for den videre drøftelse er det begrepet "*sannsynlighetsovervekt*" som har betydning.

*"Sannsynlighetsovervekt angir en sannsynlighet på intervallet mellom 50% og 70%"*⁵⁴

Dersom det er sannsynlighetsovervekt for at den usikre, betingede forpliktelsen vil komme til oppgjør, skal det beste estimatet av verdien av oppgjøret balanseføres som avsetning for forpliktelser.⁵⁵

Ved estimering av verdien av oppgjøret vil det i alle tilfeller være begrenset oppad til den nettoverdien som det utfisjonerte selskapet mottok ved fisjonen, jf. asl. § 14-11(3), annet punktum.

Dersom det er sannsynlighetsovervekt for at en usikker, betinget forpliktelse ikke vil komme til oppgjør, skal forpliktelsen ikke regnskapsføres. Det skal i dette tilfellet gis noteopplysning om forpliktelsen.⁵⁶ For betingede forpliktelser knytter sannsynlighetsvurderingen seg til den utløsende hendelsen, hvoretter det skal noteføres dersom det er mindre enn 50% sannsynlig at en slik utløsende hendelse inntreffer.⁵⁷ Dersom det er svært lite sannsynlig, altså mindre enn 10% sannsynlig, at det inntreffer en hendelse som medfører plikt til å avgi økonomiske ressurser, kan noteopplysning utelates.⁵⁸

⁵⁴ NRS 13, s. 4.

⁵⁵ NRS 13, s. 5.

⁵⁶ NRS 13, s. 5.

⁵⁷ NRS 13, s. 9.

⁵⁸ NRS 13, s. 9.

9.5 Tolkingskonsekvenser

9.5.1 Det prinsipale tolkningsalternativ

Hvilken konsekvens får så dette for tolkningen av om solidaransvaret skal anses for å være prinsipalt eller subsidært, jf. asl. § 14-11(3)?

En tolkning som tilsier et prinsipalt solidaransvar gir kreditor adgang til å kreve de øvrige solidaransvarlige fisjonsselskap ansvarlig for sitt krav dersom hoveddebitor er i mislighold.

Ved vurderingen av hvorvidt den usikre, betingede forpliktelsen skal balanseføres må den utløsende hendelsen ha inntruffet - hoveddebitors mislighold - og sannsynligheten for at kreditor krever at de øvrige fisjonsselskap avgir økonomiske ressurser til dekning for sitt krav avgjør om forpliktelsen skal balanseføres eller ikke.

Dersom kreditor har pantesikkerhet for sitt krav, eller annen betryggende sikkerhet, vil det være lite sannsynlig at kreditor henvender seg til de øvrige fisjonsselskap for dekning av kravet. Det måtte i så tilfelle være at pantesikkerheten eller annen betryggende sikkerhet ikke viser seg å være dekkende. Tatt i betraktning at det i all hovedsak er profesjonelle låneinstitusjoner som er kreditor presumeres det at sikkerhet for kravet er tilfredsstillende. Det er altså ikke sannsynlighetsovervekt for at et slikt krav kommer til oppgjør.

Ettersom den usikre, betingede forpliktelsen overfor sikrede kreditorer ikke balanseføres blir spørsmålet om det er krav til noteføring av forpliktelsen. Dersom det er mindre enn 50% sannsynlighet for at en utløsende hendelse inntreffer - hoveddebitors mislighold av sin forpliktelse overfor kreditor - skal den usikrede, betingede forpliktelsen noteføres. Det er imidlertid svært lite sannsynlig at en slik utløsende hendelse medfører en plikt til å avgjøre økonomiske ressurser overfor kreditor, ettersom kreditor har betryggende sikkerhet for sitt krav, og noteføring kan etter dette utelates.⁵⁹

⁵⁹ NRS 13, s. 9.

Et prinsipielt solidaransvar har således ingen påvirkning på den regnskapsmessige siden, all den tid kreditor har betryggende sikkerhet. Dersom kreditor mot formodning ikke skulle oppnå dekning gjennom sikkerheten vil et fremsatt krav bli balanseført tilsvarende andre krav. Det er imidlertid ikke krav til oppfølging av øvrige fisjonsselskaps soliditet av hensyn til å regnskapsføre usikre, betingede forpliktelser på grunn av den lave grad av sannsynlighet for at et oppgjør gjennomføres.

Dersom kreditor er usikret er det derimot svært sannsynlig at kreditor vil rette sitt krav mot de øvrige fisjonsselskap. Dette er imidlertid en liten praktisk situasjon, ettersom kreditor har en innsigelsesmulighet ved fisjonsprosessen hvor det kan kreves betryggende sikkerhet. Likefullt må man anse de usikrede kreditorers krav om oppgjør som svært sannsynlige. Her forutsettes det naturlig nok at kreditor er kjent med asl. § 14-11(3) og det solidaransvar som påhviler de øvrige fisjonsselskap. I slike tilfeller må de øvrige fisjonsselskap balanseføre i sitt regnskap den forpliktelsen som hoveddebitor er i mislighold ved, overfor sin kreditor. Som nevnt ovenfor er verdien på dette begrenset oppad til den nettoverdien som fisjonsselskapet mottok ved fisjonen, jf. asl. § 14-11(3), annet punktum.

I et praktisk perspektiv vil de øvrige fisjonsselskap sannsynligvis få kunnskap om forpliktelsen samtidig som det fremsettes et krav, og således har det lite praktisk betydning. Hensynet bak regnskapsføring av usikre forpliktelser er å gi et bilde på hvilke utgifter som mest sannsynlig kommer i fremtiden, med usikkerhet knyttet til beløp og tidspunkt. Det er vanskelig å se for seg en situasjon hvor et fisjonsselskap har kontroll på et annet utfisjonert selskaps soliditet, og videre balansefører de tilfeller hvor dette andre selskapet er i mislighold overfor sin usikrede kreditor, uten at denne kreditor fremsetter et krav samtidig.

Dersom solidaransvaret i asl. § 14-11(3) anses for å være prinsipielt medfører det i et regnskapsperspektiv at utfisjonerte selskaper må balanseføre som forpliktelse det beløpet som øvrige fisjonsselskaper overfor sin eller sine usikrede kreditorer er i mislighold for. På grunn av at utfisjonerte selskaper ikke har kontroll med øvrige utfisjonerte selskapers soliditet, og heller ikke forventes å ha det, har det ingen praktisk betydning da kunnskapen om forpliktelsen ikke synliggjøres før det fremsettes krav.

9.5.2 Det subsidiære tolkningsalternativ

Hva så hvis solidaransvaret i asl. § 14-11(3) skal anses for å være subsidiært?

Kreditors adgang til å fremsette krav overfor de øvrige utfisjonerte selskaper foreligger først dersom hoveddebitor beviselig ikke kan oppfylle sin forpliktelse.

Sammenlignet med det prinsipale solidaransvar forskyves den utløsende hendelse ved det subsidiære solidaransvar til tidspunkt hvor manglende betalingsevne påvises, eksempelvis ved konkursåpning eller gjeldsforhandling.

For den sikrede kreditor vil vurderingen være tilsvarende som ved det prinsipale solidaransvar. Dersom det foreligger pantesikkerhet eller annen betryggende sikkerhet for kravet er det tvilsomt at den sikrede kreditor vil henvende seg til de øvrige utfisjonerte selskaper. Sannsynligheten for dette kan også sies å være enda lavere enn ved det prinsipale solidaransvar ettersom det ved påvist manglende betalingsevne vil medføre at samtlige kreditorer med utestående krav vil kreve sitt. En pågang mot øvrige utfisjonerte selskap under henvisning til solidaransvaret vil være i direkte konkurranse med disse. Det er ikke sannsynlighetsovervekt for at kravet til den sikrede kreditor skal komme til oppgjør, og krav om balanseføring av forpliktelsen bortfaller med dette.

Ettersom sannsynligheten for at den sikrede kreditor fremmer krav mot de øvrige utfisjonerte selskap med hjemmel i asl. § 14-11(3) er lavere ved den subsidiære tolkning enn ved den prinsipale tolkning, foreligger det heller ikke her et krav om noteføring. Forpliktelsen trenger i det hele tatt ikke å regnskapsføres ettersom det er svært lite sannsynlig at kravet kommer til oppgjør.⁶⁰

For det tilfellet at kreditor er usikret øker sannsynligheten for at et krav fremmes med hjemmel i asl. § 14-11(3). Den utløsende hendelse er forskjøvet sammenlignet med den prinsipale tolkning, hvor hoveddebitor ikke kun må være i mislighold, men også beviselig ikke kunne dekke sine forpliktelser. Det er ingenting i veien teoretisk for at mislighold og manglende betalingsevne foreligger samtidig, men i praksis er det et tidsrom mellom disse to hendelser.

⁶⁰ NRS 13, s. 9.

Dersom hoveddebitor har flere usikrede kreditorer som mangler dekning for sitt krav øker sannsynligheten ytterligere for at solidaransvaret i asl. § 14-11(3) påberopes, ettersom dekningsmulighetene blir verre for hver usikret kreditor som fremmer sitt krav mot hoveddebitor. Forpliktelsen må balanseføres ettersom det er sannsynlighetsovervekt for at forpliktelsen kommer til oppgjør.⁶¹

En kan spørre seg hvor stor praktisk betydning en slik problemstilling har da selskaper som deltar i en fisjon normalt sett er av en viss størrelse og presumptivt har seriøse kreditor-aktører som sjeldent til aldri ville gitt kreditt uten sikkerhet. Problemstillingen har derfor mer en teoretisk interesse enn praktisk betydning. Denne type forpliktelser synliggjøres først samtidig med fremsettelsen av et krav. På grunn av manglende kunnskap kan ikke forpliktelsen balanseføres før kravet er fremsatt. Ettersom det foreligger et krav vil man balanseføre kravet, og ikke forpliktelsen som kravet hviler på. Forpliktelsen er ikke lenger usikker i betydningen ukjent størrelse og oppgjørstid, og selve posten opphører dermed å eksistere når kravet fremsettes.

9.5.3 Konklusjon for tolkningskonsekvenser

Ved tolkningen av solidaransvaret i asl. § 14-11(3), herunder om det er prinsipalt eller subsidiært, har det liten betydning for regnskapsreglene i tilknytning usikre forpliktelser, og hvordan disse praktiseres. Kravene i NRS 13 må etterfølges for det tilfellet at det er usikrede kreditorer hos hoveddebitor. Det fordrer imidlertid at de øvrige fisjonsselskap har kunnskap om at hoveddebitor er i mislighold, og at kreditor er usikret. Det er kunnskap som det ikke kreves at fisjonsselskap innehar, og det kan således heller ikke kreves regnskapsført. Den eneste forskjellen av betydning for tolkningsspørsmålet som denne oppgaven behandler er at den utløsende hendelsen forekommer på forskjellige tidspunkt. Det påvirker imidlertid ikke sannsynlighetsgraden slik at konsekvensene av et prinsipalt solidaransvar kontra et subsidiært solidaransvar vil være like.

⁶¹ NRS 13, s. 5.

10 Egen vurdering

10.1 Oppgavens formål og nyanserende bidrag

Spørsmålet er hvordan den foregående analysen kan bidra til en avklaring for hvordan solidaransvaret i asl. § 14-11(3) skal forstås, hvor tolkningskonsekvensen skal føre til et helhetlig og riktig rettsbilde. Oppgaven har som tidligere nevnt hatt som formål å være et beskjedent bidrag til det som må sies å være et uavklart rettsspørsmål.

I den innledende fasen av arbeidet med denne oppgaven virket det prinsipale solidaransvar som den rette forståelsen. Denne oppfatningen var nok tydelig preget av en ordlyd i asl. § 14-11(3) som var ganske rett frem, Andenæs sin korte, men gode argumentasjon for en slik forståelse, og den potensielle adgangen til å spekulere i den usikrede kreditors ressurser for å oppnå en svikaktig fordel på bekostning av kreditor ved det subsidiære solidaransvaret. Underveis i arbeidet har dog synet blitt betydelig nyansert ved å gå i dybden av de enkelte momenter som taler for og mot de to forskjellige tolkningsalternativene.

10.2 Argumenter for et prinsipielt solidaransvar

Bestemmelsens ordlyd taler for et prinsipielt solidaransvar. Dette vil være den naturlige forståelsen av solidaransvaret, jf. selskapsrettens hovedregel ⁶², obligasjonsrettslig lovgivning for øvrig og ikke minst solidaransvaret i asl. § 14-11(2), som er et rent, ubegrenset solidaransvar. Videre gir det prinsipielt solidaransvar et godt kreditorvern. Kreditor har allerede blitt påført et tvungent debitorskifte. Dersom solidaransvaret er subsidiært må kreditor bruke tid og ressurser på å oppnå dekning, et premiss som ikke forelå ved avtaleinngåelse forut for fisjonen.

Videre er erstatningskrav som synliggjøres først etter fisjonens ikrafttredelse og et argument for en prinsipiell forståelse. Det har likevel svært begrenset vekt, ettersom det vil være aktuelt for en svært begrenset kreditor krets å forfølge et slikt krav.

⁶² NOU 1980:19 lov om selskaper m.v. s. 112.

10.3 Argumenter for et subsidiært solidaransvar

Det subsidiære solidaransvar har også gode grunner for seg. Sterkest står kreditors innsigelsesadgang etter asl. § 13-15. Når kreditor har mulighet til å kreve sin fordring innfridd, eller kreve betryggende sikkerhet for at fisjonen skal kunne gjennomføres, må den manglende konsekvente gjennomføringen av kontinuitetsprinsippet anses gjort opp for. Som nevnt tidligere i oppgaven vil kreditor faktisk stilles i en mer gunstig stilling dersom solidaransvaret er prinsipalt enn kreditor opprinnelig var. Likeså vil de øvrige utfisjonerte selskap bli ivaretatt ved å ikke hefte umiddelbart ved mislighold fra hoveddebitors side. Den svakhet det er for kreditor at det foreligger et subsidiært solidaransvar er langt mindre enn den svakhet det ville vært for de øvrige utfisjonerte selskap å være prinsipalt solidarisk ansvarlig med hoveddebitor. I et helhetlig perspektiv virker det subsidiære solidaransvar som en mer rettferdig regel på generelt grunnlag.

Et slikt synspunkt kan forsterkes ytterligere ved å synliggjøre "mangelen" ved kreditorhensynet ved det prinsipale solidaransvar. Argumentet fra dansk teori om "første mann til mølla" prinsippet⁶³ som et prinsipalt solidaransvar kan medføre hos hoveddebitors kreditorer svekker det prinsipale solidaransvarets ivaretagelse av kreditor betydelig. Dette er fordi det setter den gjennomsnittlige kreditors dekningsmulighet i fare, på grunn av den begrensningen som ligger i solidaransvarets ramme, jf. asl. § 14-11(3), annet punktum. Det prinsipale solidaransvar har derfor lite argumentasjonsvekt bak seg holdt opp mot det subsidiære solidaransvar. De øvrige utfisjonerte selskap er bedre tjent med et subsidiært solidaransvar. Å måtte hefte prinsipalt solidarisk med hoveddebitor for enhver forpliktelse etter fisjonsplanen kan være ressurskrevende og stride mot hensikten bak en fisjon. Et prinsipalt solidaransvar medfører et krav om en viss nærhet blant fisjonsselskapene for å ha kontroll og forutsigbarhet overfor hoveddebitors forpliktelser og soliditet av hensyn til om det kan komme påkrav fra misligholdte kreditorer. Ettersom det ikke gjøres i praksis ville en eventuell rettslig avgjørelse om et prinsipalt solidaransvar endre fisjonspraksisen til selskapsnæringen

⁶³ U.2018B.159. Svendsen, Mathias Rose, Kristensen, Lars Hedegaard. s. 160.

generelt, og kanskje medføre at det ikke gjennomføres fisjoner, i tråd med vurderingen til Jan Schans Christensen.⁶⁴

Som nevnt tidligere er det i forarbeidene⁶⁵ uttrykt tilfredshet med at solidaransvaret er subsidiært, så vel som i rettspraksis presisert, uten drøftelse for øvrig, at det er subsidiært og begrenset.⁶⁶ Selv om disse bemerkningene fremstår som ubegrunnet og unyanserte, har de likevel rettskildemessig vekt. Det fremgår ikke av dokumentene at det er gjort en vurdering, men det må forutsettes at det ligger en argumentasjonsrekke bak dem. Kvaliteten på argumentasjonsrekken er det imidlertid ikke mulig å etterprøve, som gjør at det ikke slår ut med full tyngde. Man kan spørre seg om Andenæs ved sin vurdering hadde tolket bestemmelsen annerledes, dersom spørsmålet var ytterligere drøftet i forarbeidene. For Giertsen synes det ikke problematisk eller avgjørende for å tolke solidaransvaret subsidiært opp mot en ordlyd som tilsier et prinsipielt solidaransvar, at det mangler ytterligere drøftelse rundt spørsmålet.⁶⁷

10.4 Konklusjon av egen vurdering

Ser man på aksjelovens system, selskapsretten generelt og søker å ivareta hensynet til næringslivets behov for effektiv ressursbruk og regler som forebygger tvister så vil det subsidiære solidaransvaret være den beste regelen. Det prinsipielle solidaransvar har som eneste funksjon å verne kreditor. Fordelene med det subsidiære solidaransvaret synes å overvinne ulempene - kreditors forsinkede dekning for sin fordring. Ved et subsidiært solidaransvar ivaretas den gjennomsnittlige kreditor, hensikten bak fisjonsinstituttet kommer bedre til sin rett og hensynet til de øvrige fisjonsselskap ivaretas i større grad ettersom forpliktelsen som foreligger i solidaransvaret ligger lenger unna enn ved et prinsipielt solidaransvar. En tolkning av asl. § 14-11(3) som tilsier et subsidiært solidaransvar, vil etter denne samlede vurderingen være en riktig tolkning av bestemmelsen.

⁶⁴ Christensen, Jan Schans: Kapitalselskaber, 5. udg. (2017) s. 676

⁶⁵ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 181.

⁶⁶ Rt. 2010 s. 1532

⁶⁷ Giersten, Johan. s. 300.

11 Litteraturliste

Lover

Lov-1979-05-18-18 Foreldelsesloven - fl.

Lov-1985-06-21-83 Selskapsloven - sel.

Lov-1997-06-13-44 Aksjeloven - asl.

Selskapsdirektiv nr. 6 (fisjonsdirektivet) 17. Desember 1982

Norsk regnskapsstandard nr. 13, usikre forpliktelser og betingede eiendeler.

LBKG 2015-09-14 nr. 1089 Selskapsloven

Forarbeider

Ot.prp.nr. 38 (1977-1978) om lov om forelding av fordringer

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

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

NOU 1980:19 Lov om selskaper m.v.

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper

NOU1996:3 Ny aksjelovgivning

Bemerkningene til nr. 96 i lovforslag 1992 nr.61 til den tidligere aktieselskabslovs § 136, stk. 3.

Rettspraksis

Rt.2010 s. 1532

HR-2012-2125-U

Juridisk litteratur

Aarbakke m.fl. 2012

Asle, Magnus Aarbakke. Aarbakke, Gudmund Knudsen. Ofstad, Tone. Skåre, Jan; *Aksjeloven og allmennaksjeloven, lovkommentar 3* utg. Oslo 2012.

Andenæs, Mads Henry. 2016

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, Oslo 2016.

Christensen, Jan Schans.

Christensen, Jan Schans. *Kapitalselskaber*, 5. udg. 2017.

Giertsen, Johan.

Giertsen, Johan. *Fusjon og Fisjon*, Bergen, 1999.

Haaskjold, Erlend. 2017

Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett, en innføring*, Universitetsforlaget, 2017.

Liland, Anders H. 2016

Liland, Anders H. *Fusjon og fisjon av selskaper*, Oslo 2016.

Schaumburg-Müller, Peer. Werlauff, Erik.

Schaumburg-Müller, Peer. Werlauff, Erik. *Selskabsloven med kommentarer*, 2. udg. 2014.

Woxholt, Geir. 2016

Woxholt, Geir. *Selskapsrett*, 5 utg. Oslo 2014.

U-2018B.159. Svendsen, Mathias Rose. Kristensen, Lars Hedegaard;
Spaltningshæftelsens betingelser og omfang.

