

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.-17. august 1984

Gerhard af Schultén

Moderbolags ansvar för dotterbolags
förpliktelser (ansvarsgenombrott)

Innehåll

	Side
1 Utgångspunkterna	79
2. Definitioner och avgränsningar	80
3. Aktieägares lagstadgade betalningsansvar	83
3.1. Allmänna regler till skydd för aktiekapitalet	83
3.2. Moderbolags gäldsansvar enligt lag	85
4. Ansvarsgenombrott enligt gällande rätt	88
4.1. Doktrin och praxis	88
4.2. Ansvarsgrunden	93
4.3. Slutsatser	95
4.4. Avsiktsdeklarationer	97
5. Ansvarsgenombrott i utländsk rätt	99
5.1. USA	99
5.2. Tyska Förbundsrepubliken	101
5.3. England	102
5.4. Europeiska Gemenskapen (EG)	103
6. Internationella aspekter	104
6.1. Multinationella företag	104
6.2. Den juridiska regimen	105
6.3. Internationella koder	107
7. Synpunkter de lege ferenda	109
7.1. Fördelar och nackdelar av moderbolags ansvar	109
7.2. Regleringsalternativ	114
7.3. En långsiktsprogno	117
7.4. Multinationella företag	118
8. Sammanfattande teser	120

Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott)

Av konsumentombudsman GERHARD AF SCHULTEN, Finland

1. Utgångspunkterna

Aktiebolags delägare är ej personligen ansvariga för bolagets förpliktelser (danska aktieselskabsloven (DAL) 1.2 §, norska aksjeselskapsloven (NAL) 1:1.2 §, finska aktiebolagslagen (FABL) 1:1.2 § samt svenska aktiebolagslagen (SABL) 1:1.1. §). Aktiebolag vinner när det registrerats full rättskapacitet. Bolaget svarar med sina egna tillgångar för sin gäld och andra förpliktelser. Aktieägarna kan ej med bolagsrättslig verkan åläggas att tillskjuta medel för täckande av bolagets skulder.¹ Ej heller kan aktieägares borgenärer söka betalning ur bolagets egendom.

Alla aktier i ett aktiebolag kan enligt gällande nordiska aktiebolagslagar tillhöra en enda fysisk eller juridisk person, t.ex. ett annat aktiebolag, utan att detta medför personligt gäldsansvar för ägaren.

Våra rättsordningar tillerkänner alltså det helägda dotterbolaget en i förhållande till ägaren - moderbolaget autonom ställning. Det förhållandet, att moderbolagets rättsliga ansvar för dotterbolagets förpliktelser begränsas till aktiekapitalinsatsen i dotterbolaget, upplevs vid det här laget som en självklarhet - ett tingens naturliga ordning. Det är först när man ställs inför praktiska exempel på konsekvenserna av denna ansvarsbegränsning som invändningar infinner sig. Eller vad menar läsaren själv om följande tänkta situationer? Är det rättfärdigt och ändamålsenligt, att moderbolaget i dessa tillfällen går fri från ansvar?

a) Moderbolaget, ett kommunalt ägt kraftverksbolag, hade grundat ett dotterbolag för att administrera en dammanläggning. Dotterbolagets funktion var att med hjälp av dammen reglera vattenflödet till kraftverket. Moderbolaget svarade för underhålls- och regleringskostnaderna sedan dotterbolagets aktiekapital «konsumerats». Vid en vårlig översvämning åsamkade dammbolaget genom sina regleringsåtgärder skador på tredje persons mark och egen-

¹ Enligt norsk rätt kan aktieägare genom bestämmelse i bolagsordningen åläggas tillskottsplikt. En sådan bestämmelse skapar dock ej rätt för borgenär att göra aktieägare ansvarig. Se Andenaes, Mads Henry, Aksje selskapsrett (Oslo 1981) 77-78.

dom av sådan omfattning, att dammbolagets tillgångar täckte endast en bråkdel av ersättningskraven. Dammbolaget försattes i konkurs sedan moderbolaget vägrat tillskjuta medel för skadans ersättande.

b) B var ett belgiskt dotterbolag till det amerikanska multinationella företaget M, som sysslade med planering av processindustriärläggningar. B styrdes av ett dotterbolag till M i Holland. Efter några års verksamhet beslöt M lägga ned B med hänvisning till brist på uppdrag. På grund av nedläggningen blev avgångsersättningar till personalen (c. 250 personer), vilka enligt belgisk lag skulle betalas i dylika fall, obetalade till ett belopp överstigande 100 miljoner Bfr. M ansåg sig ej ansvarigt för dessa ersättningar.

c) L med ett aktiekapital på 800 000 dollar chartrade åtta av sina fartyg till det nygrundade dotterbolaget L Rederi (med ett aktiekapital på 10 000 dollar) mot en hyra som väsentligt underskred fartygens avkastnings värde. L Rederi ådrog sig ett skadeståndskrav på 1,3 miljoner dollar gentemot ett annat företag F på grund av kontraktsbrott. F fann sitt krav mot L Rederi vara värdelöst, enär bolagets fartyg ägdes av L.

d) Aktiebolaget Stjärnfynd bedrev postorderverksamhet i Sverige med varor, som levererades från ett schweiziskt moderbolag. Sedan Stjärnfynd verkat i två år hade bolaget ådragit sig många reklamationer och avbeställningar på grund av varornas dåliga kvalitet samt krav enligt av bolaget givna garantilöften. När konsumenterna i rättslig väg sökte genomdriva sina krav, befanns Stjärnfynd vara medellöst. Det schweiziska moderbolaget i sin tur var ett helägt dotterbolag till ett nordamerikanskt företag.

d) Bolaget A grundade ett dotterbolag P för att bedriva bryggeri verksamhet. Det inbetalda aktiekapitalet åtgick till att uppföra bryggeriet. Därutöver lånade A åt P medel till ett belopp, som översteg aktiekapitalet, för att P skulle kunna inleda driften. P började gå med förlust och A fick sträcka till ytterligare driftskapital. Som säkerhet för A:s lån intecknades bryggerifastigheten. När P gick i konkurs, yrkade A på betalning för sina intecknade fordringar.

Den följande framställningen syftar till att genom en kartläggning och värdering av lagstiftning, doktrin och praxis belysa frågan, huruvida avsteg från principen om moderbolags frihet från ansvar för dotterbolags förpliktelser är eller borde vara möjliga och i så fall på vilka grunder.

2. Definitioner och avgränsningar

Ett moderbolag kan ådraga sig *avtalsrättsligt* ansvar för sitt dotterbolags förpliktelser. Det är inte ovanligt, att moderbolaget går i borgen för sitt dotterbolags lån eller garanterar uppfyllelse av ett dotterbolags förpliktelser.

Mången gång kan ett ansvar för moderbolaget uppkomma därigenom, att bolaget betraktas som medkontrahent. Dessa ansvarsgrunder faller utanför den fortsatta framställningen bortsett från vissa gränsfall. Likaså förbises ansvars-situationer, där medansvar kan uppkomma på *straffrättslig* grund. Av utrym-messkäl har det också varit nödvändigt att förbigå de *skatterättsliga* aspekterna av koncernansvaret.

Vad som följaktligen återstår att behandla är moderbolagets ansvar för dotterbolagets *gäld* i allmänhet eller enskilda förpliktelser. Framställningen omfattar således även ansvarssituationer till följd av att dotterbolaget inom eller utom kontraktsförhållanden åsamkat skada eller annars ådragit sig en ekonomisk förpliktelse.

Om moderbolag i nyss nämnda tillfällen blir ansvarigt för dotterbolags förpliktelser, talar man om «*ansvars genombrott*», i tysk rätt om «Haftungsdurchgriff/Durchgriffshaftung» och i engelsk och amerikansk rätt om «lifting the corporate veil» eller «disregarding the legal entity».² Terminologin är inte helt fast. I detta referat används termen framförallt för att beskriva fall, då moderbolagets ansvar inte följer omedelbart av stadganden i aktiebolagslagen eller annan lag. Som «*indirekt ansvars genombrott*» betecknas det fall, att moderbolaget ej tillåts bevaka fordran i ett dotterbolags konkurs. En variant av ansvarsgenombrott, som inte kommer att uppmärksammas särskilt, inträffar, när dotterbolags borgenär medges rätt att kvitta sin (värdelösa) fordran med en skuld till moderbolaget.

Typiskt för ansvarsgenombrott är att det aktualiseras i dotterbolagets konkurs. Detta utgör dock ej en premis för den fortsatta framställningen.

Frågeställningen gäller moderbolags ansvar. För att renodla resonemangen presumeras dotterbolaget i fortsättningen vara *helägt* med mindre annat sägs. Man torde dock kunna hävda, att förekomsten av utomstående aktieägare i dotterbolaget i många fall inte är av avgörande betydelse för ansvarsfrågans bedömning. Här måste man skilja mellan fall, där minoriteten i dotterbolaget faktiskt samarbetar med majoriteten eller förhåller sig passivt till bolagets verksamhet, och fall, där minoriteten antingen står i opposition till majoriteten eller annars har egna intressen, som de aktivt bevakar. I sistnämnda fall är det mindre sannolikt, att dotterbolaget kan helt underordnas koncernledningens (moderbolagets) vilja och drivas uteslutande för att tillgodose koncernens

2 Se Rodhe, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift 1984 till Jan Hellner, 486.

intressen, även när dessa avviker från dotterbolagets egna intressen.³

När stat eller kommun äger hela aktiestocken i ett aktiebolag, föreligger inte en koncern i bolagsrättslig bemärkelse. Frågan om ansvarsgenombrott är dock inte utan intresse även i sådana fall. För den som kontraherar med ett stats- eller kommunalt ägt aktiebolag kan ju ägaren på samma sätt som ett känt och stabilt moderbolag framstå som en garant för att dotterbolaget uppfyller sina förpliktelser. Å andra sidan kan det verka minst lika stötande, att stat eller kommun undandrar sig ansvar för sitt helägda bolags agerande som att ett privat moderbolag gör det. Tanken att staten eller en kommun vore beredd att låta ett av sina bolag gå i konkurs hellre än att betala dess gäld är numera inte enbart akademisk. De skärpta kraven på att också dylik företagsverksamhet skall vara lönsam, kan tänkas leda till att ett förlustbringande bolag som en sista utväg överges.⁴

Framställningen tar i första hand sikte på *nordisk rätt* och nordiska förhållanden. När det hänvisas till aktiebolagslagen, har författaren strävat till att beakta de fyra nordiska lagarna. Däremot har den danska *anpartsselskabsloven* inte beaktats särskilt för sig. I övrigt har särskilt svensk doktrin gett material för beskrivningar och värderingar.⁵ Referatet innehåller också ett avsnitt om utomnordisk rätt samt ett särskilt avsnitt om ansvarsgenombrott i internationella koncerner.⁶

3 Har utomstående aktieägare minst 10 procent av aktiekapitalet föreligger ju en konkret risk för att minoriteten vid behov tyr sig till aktiebolagslagens särskilda skyddsregler (t.ex. påkallande av extra granskning och väckande av talan mot bolagsledning och huvudaktieägare) utan att moderbolaget som motdrag kan tvångsinlösa minoritetens aktier (enligt DAL 20b §, FABL 14:8 §, NAL 14:9 § och SABL 14:9 §). Se även Huttunen, *Yhdenmiehen* osakeyhtiöstä (Porvoo 1963) 187–188.

4 Se Rodhe 492. I Finland har statsrådet 1983 utfärdat uttryckliga direktiv beträffande statsägda bolags drift enligt lönsamhets principen. Av intresse är också fallet Tandberg i Norge, där staten varit berett att offra bolaget (sedan saneringsåtgärderna misslyckats) men avstog från detta bl.a. på grund av den internationella kapitalmarknadens negativa reaktioner. Enligt NAL 14:9.2 § jämställs staten med moderbolag i fråga om rätten att inlösa utomstående aktieägare.

5 Se särskilt Nilsson-Stjernquist, *Föreningsfirmans funktion* (Lund 1950), Nial, *Svensk associationsrätt*, 2 uppl. (Stockholm 1976) kapitel 27 samt Rodhes artikel ovan i not 2.

6 Centrala källor härvidlag har varit Drobning, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften* (Berlin 1959) samt en studie av OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag från år 1980 «Responsibility of parent companies for their subsidiaries».

3. Aktieägares lagstadgade betalningsansvar

3.1. Allmänna regler till skydd för aktiekapitalet

I det inledande avsnittet konstaterades, att aktieägarnas ansvar för bolagets gäld enligt de nordiska aktiebolagslagarna begränsas till det riskkapital som inskjutits i bolaget (aktiernas nominella belopp samt överkurs). Skulle det visa sig, t.ex. vid bolagets konkurs, att aktieägare faktiskt ej inbetalt akties hela belopp, kan det som fattas inkrävas till konkursboet jämte ränta.

Då aktieägarnas ansvar sålunda begränsats till det bundna egna kapitalet, har lagstiftaren vinnlagt sig om att detta kapital inte får röras utan borgenärernas samtycke, dvs. att det skall finnas täckning åtminstone för aktiekapitalet. Här kan hänvisas till reglerna om nedsättning av aktiekapitalet med återbetalning till aktieägarna (DAL 44–47 §§, FABL, NAL och SABL 6 kap.) samt till reglerna i FABL 7:2 § om inlösen av aktier med vinstmedel.

Principen om aktiekapitalets okränkbarhet har också legat bakom de låneförbud, som intagits i aktiebolagslagarna. Även om dessa förbud är olika utformade i de olika länderna, kan man säga, att de alla strävar till att förhindra att återbetalningsförbudet kringgås genom att aktieägare får låna tillbaka sin aktieinsats under förhållanden, som riskerar att bolaget kan komma att sakna full täckning för det bundna egna kapitalet. Med lån jämnställs ställande av säkerhet för aktieägares förpliktelser.⁷

De nordiska låneförbuden undantar emellertid lån mellan bolag inom samma koncern. Den omständigheten, att moderbolaget återlånat utan säkerhet det aktiekapital, som inskjutits i dotterbolaget, kan komma som en otrevlig överraskning för dotterbolagets borgenärer, även om man i lag sökt säkerställa, att uppgift skall ges i årsredovisningen beträffande koncerninterna gäldsförhållanden.⁸

De betydelsefullaste reglerna till skydd för bolagets kapitalbas återfinns i stadgandena om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom (kap. 12 i FABL, NAL och SABL samt DAL 109–115 §§). Utdelning av bolagets medel får ske bara i form av vinstutdelning eller vid nedsättning av

⁷ FABL 12:7 § i lydelse enligt 1981:248 tillåter dock rent kommersiella lån till aktieägare likaså lån till småaktieägare. Detsamma kan i stort sett sägas gälla SABL i lydelse enligt 1982:236. NAL 12:10 § undantar bara kommersiella lån till aktieägare, DAL 115 § innehåller ett mer kategoriskt låneförbud.

⁸ Se Koski - af Schultén, Uusi osakeyhtiölaki selityksin II (Vammala 1979) 134.

aktiekapitalet eller reservfonden samt vid utskiftning i samband med likvidation.⁹

Vinstutdelning får bara ske i den utsträckning bolaget har fritt eget kapital enligt senast fastställda balansräkning efter avdrag för balanserad förlust och eventuella obligatoriska avsättningar till fond.¹⁰ Påföljden av att vinst utdelats i strid med lagens stadganden är *tillbakabetalningsskyldighet* för aktieägarna. Aktieägare, som haft skäligen anledning tro att utbetalningen utgjorde laga vinstutdelning, drabbas ej av återbäringsskyldighet.

Huvudregeln gäller alla slag av olaga utdelning också utdelning som brukar betecknas so *förtäckt vinstutdelning*. Typiskt för denna form av vinstutdelning är att den vanligen företas av bolagets ledning. Förtäckt vinstutdelning förekommer t.ex. i form av långfristigt lån mot låg ränta, lön eller arvoden för fiktiva arbetsinsatser eller köp av aktieägares egendom till överpris. Ofta, om också inte alltid, sker förtäckt vinstutdelning bara till en del av aktieägarna.¹¹

Till den del hela det belopp, som olagligen utdelats, ej återburits svarar de som medverkat till beslutet om utdelningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av oriktig balansräkning solidariskt för återbäringen.

När reglerna om återbäring av olaga vinstutdelning blir tillämpliga i ett koncernförhållande, t.ex. i anledning av dotterbolagets konkurs, kan man antaga, att det rör sig just om förtäckt vinstutdelning. Något godtrosskydd kan moderbolaget i praktiken inte åberopa. Beslut innebärande förtäckt vinstutdelning fattas knappast på dotterbolagets bolagsstämma, utan «uttagen» ur dotterbolaget har sannolikt skett inom ramen för den löpande verksamheten genom beslut av dotterbolagets organ, t.ex. i form av extra låg prissättning av varor, som säljs till moderbolaget, överstora betalningar för förmåner som moderbolaget beviljat dotterbolaget o.dyl.

Man kan då fråga sig, huruvida moderbolaget självt skall anses ha medverkat till «beslutet om utbetalningen eller verkställande därav». Även om ett direkt återbäringansvar inte i alla tillfällen skulle inträda enligt DAL 113 §,

9 SABL 12:1 § talar visserligen uttryckligen bara om utbetalning men torde bära ges ett lika vidsträckt innehåll som i de andra lagarna. Se härom Rodhe 482. Utdelning avser såväl kontanta utbetalningar som överföring av realtillgångar, efterskänkande av aktieägares gäld till bolaget, gåvor av osedvanlig storlek o.likn. Se härom t.ex. Koski-af Schultén II 181.

10 NAL 12:5 § innehåller därutöver ett generellt krav på att försiktighet skall iakttagas vid bestämmande av utdelningens storlek.

11 Se t.ex. Koski-af Schultén II 205-206 och Kedner-Roos, Aktiebolagslagen Del II (Lund 1982) 218.

FABL 12:5 §, NAL 12:8 § eller SABL 12:5 §, torde ansvar i många fall komma att inträda med stöd av reglerna om aktieägares skyldighet att ersätta skada, som han genom att medverka till överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen uppsåtligt eller av grov oaktsomhet tillfogar bolaget, aktieägare eller annan, t.ex. borgenär (se DAL 142 §, FABL 15:3 §, NAL 15:1 § och SABL 15:3 §). Det är svårt för moderbolaget att gentemot dotterbolagets konkursbo hävda, att det ej insett, att utdelningen från dotterbolaget varit olaglig.¹² Om moderbolagets ledning anses ha medverkat till den olaga utdelningen, blir också moderbolaget självt ersättningsskyldigt på grund av medverkan.

I varje fall i norsk och svensk koncernpraxis förekommer olika former av *koncernbidrag*. Dessa är utbetalningar mellan koncernbolag, vilka skattemässigt är avdragsgilla för givaren och vilka normalt inte är avsedda att återbetalas eller amorteras. Fråga är om ett kapitaltillskott *sui generis*, som t.ex. ett moderbolag kan lämna sitt dotterbolag för verksamhetens finansiering eller omvänt «lyfta» från sitt dotterbolag i stället för dividend eller aktieägarlån. En fråga som knappast låter sig entydigt besvaras är, huruvida dotterbolags konkursbo kan kräva att moderbolaget återbär av dotterbolaget uppburna koncernbidrag med hänvisning till reglerna om olaga utdelning.¹³

3.2. Moderbolags gäldsansvar enligt lag

I föregående delavsnitt har jag redogjort för de regler som tillkommit för att hindra att aktieägarna disponerar över bolagets riskkapital till skada för borgenärerna. Det betalningsansvar, som i dessa tillfällen kan uppkomma, är naturligt nog begränsat till själva aktiekapitalets belopp eller, vid olaga vinstutdelning, till det utdelade beloppet. I sistnämnda fall kan moderbolaget i egenskap av aktieägare tänkas bli ställt inför betydande återbetalningskrav, om olaga utdelning förekommit under en längre tid.

Aktiebolagslagstiftningen innehåller emellertid också några stadganden, som statuerar ett mer direkt och från bolagets kapitalbas fristående ansvar för aktieägare/moderbolag. De finska och svenska lagarna (13:2 §) innehåller stadganden om att ett aktiebolag, vars aktiekapital till mer än 2/3 «konsumerats», skall vidtaga skyndsamma åtgärder för att öka täckningen för aktiekapitalet till hälften resp. hela aktiekapitalet vid äventyr av likvidation. I fråga om sanktionerna för underlåtenhet att iakttaga denna skyldighet skiljer sig svensk

¹² Se t.ex. Kedner-Roos II 218-219.

¹³ Se Rodhe 482-483. I Finland opererar man ej med koncernbidrag, emedan de ej i beskattningen godtas som främmande kapital hos mottagaren.

rätt från finsk. Enligt den svenska aktiebolagslagen blir nämligen de aktieägare, som med vetskap om att likvidationsplikt föreligger, deltagit i beslut om att fortsätta bolagets verksamhet (trots att täckning saknas för aktiekapitalet) solidariskt ansvariga tillsammans med bolagets ledning för **gäld**, som uppkommer för bolaget under den tid det rättsstridiga tillståndet pågår. I ett koncernförhållande torde moderbolaget alltid bli ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser under den kritiska perioden. En förutsättning för att ansvaret skall kunna göras gällande torde ej vara, att dotterbolaget först sökts utan resultat. Den finska lagen föreskriver som påföljd endast skadeståndsansvar för de medagerande.

Ovan nämndes redan de nordiska reglerna om *aktieägares ansvar för skada*, som han genom att medverka till lagstridigt handlande avsiktligen eller av grov **oaktsamhet** tillfogar bolaget, annan aktieägare eller tredje person. Detta stadgande kan i en koncern bli aktuellt även i andra fall än vid medverkan till olaga vinstutdelning. Om moderbolaget i egenskap av aktieägare på bolagsstämma i dotterbolaget eller genom utövande av sitt inflytande över dotterbolagets ledning genomdriver ett beslut, som åsamkar dotterbolaget ekonomisk förlust, kan moderbolaget åläggas att ersätta denna förlust till dotterbolagets konkursbo, varigenom ersättningen kommer hela borgenärskollektivet till godo. Man kan också tänka sig att det lagstridiga beslutet skadar någon eller några enskilda borgenärer, varvid dessa, men ej övriga borgenärer, kan kräva moderbolaget på skadestånd, om betalning ej erhålls av dotterbolaget. Ett tänkbart fall för finsk del vore, att moderbolag i stället för att sanera dotterbolaget, när likvidationshot enligt FABL 13:2 inträtt, förmår dotterbolaget att anställa ny personal och öka produktionen. Slutar det hela med konkurs för dotterbolaget, kan man tänka sig att staten, som fått lov att stå för obetalda löner till de anställda, skulle kunna framställa krav på skadestånd mot moderbolaget för de **merutgifter** det lagstridiga beslutet att fortsätta dotterbolagets verksamhet inneburit.

Frågan, när moderbolaget skall anses ha utövat sin bestämmanderätt över dotterbolagets ledning, måste avgöras in casu. Ett viktigt kriterium för bedömningen är graden av integration mellan koncernbolagen. Är dotterbolaget mycket löst knutet till koncernen och har det en helt självständig ledning, skall mera till för att moderbolaget kan göras ansvarigt för dotterbolagets handlande, än om dotterbolaget är underställt en enhetlig koncernledning.

Hur långt moderbolagets ansvar för dotterbolagets förpliktelser i praktiken kan föra är än så länge oklart. Rättspraxis har ännu ej hunnit utveckla sig. Dessutom måste man beakta, att ansvar ej kan uppkomma annat än när fråga är om överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen. Det är därför

svårt att föreställa sig, att moderbolaget på grund av denna regel skulle kunna hållas ansvarigt, t.ex. för att dotterbolaget engagerat sig i riskfylld verksamhet med ett otillräckligt eget kapital. Bedömningen kan tänkas bli en annan, om dotterbolaget på order av moderbolaget handlat i strid med bolagsordningens bestämmelser om bolagets verksamhetsföremål och besluten fattats med åsidosättande av dotterbolagets egna organ.¹⁴

Av intresse är också att konstatera, att nyss nämnda begränsningar av aktieägares ansvar inte gäller enligt NAL 15:1 §. Aktieägare/moderbolag kan här bli ansvarigt även för skada som inte hänför sig till överträdelse av aksjeselskapsloven eller bolagsordningen.¹⁵

Redogörelsen för moderbolags legala betalningsansvar kan lämpligen avslutas med påpekandet, att moderbolag vid dotterbolags konkurs betraktas som konkursgäldenären «närstående». Detta har till följd att de förlängda fristerna för *återvinning i konkurs* blir tillämpliga på transaktioner mellan dotter- och moderbolag. Om således, för att anknyta till finsk rätt (konkursstadgan 46 §), dotterbolaget under det år som föregått konkursen, överlåtit tillgångar på moderbolaget på villkor som är att jämnställa med gåva, betalat icke förfallen skuld till moderbolaget (t.ex. genom överlåtelse av reallåntagningar) eller ställt pant för lån, som ursprungligen getts utan säkerhet, kan dessa transaktioner på talan av konkursboet förklaras återgå. Motsvarande ehuru ej identiska regler finns i de andra nordiska konkurslagarna.

Däremot innehåller nordisk konkurslagstiftning veterligen inte några uttryckliga föreskrifter, som skulle förhindra moderbolag att bevaka fordran i ett dotterbolags konkurs, eller som skulle göra det möjligt att, när moderbolag och dotterbolag vardera försatts i konkurs, behandla tillgångar och skulder som en helhet.

Sammanfattningsvis kan om aktieägares/moderbolags betalningsansvar enligt aktiebolagslagen för dotterbolags förpliktelser sägas, att ansvaret ej tillkommit som ett utslag av föreställningen att bolagen i en koncern utgör en ekonomisk helhet. Snarare styrker omsorgen om det bundna kapitalet strävan att tillerkänna aktiebolaget - även det helägda dotterbolaget - rättslig autonomi.

Det personliga gäldsansvaret enligt SABL 13:2 § bygger uppenbarligen på

14 Angående aktieägares ansvar se t.ex. Rodhe 485 och Kedner-Roos II 306. Se också Koski-af Schultén II 390, där det refereras till den situationen, att aktieägare medverkat till att bokslutet ger en vilseledande bild av bolagets kreditvärdighet och därigenom kan komma att skada en kreditgivare.

15 Se Skåre, Lov om aksjeselskaper (Oslo 1976) 294.

föreställningen att bolaget, efter att ha förlorat täckningen för större delen av sitt riskkapital, bör med avseende å ny gäld jämnställas med ett personbolag, där de som aktivt medverkar i beslutsfattandet ådrar sig personligt gäldsansvar. En liknande ordning existerade i tidigare nordisk bolagsrätt för det fall, att antalet aktieägare nedgått under den lagstadgade minimigränsen.

4. Ansvarsgenombrott enligt gällande rätt

Tyngdpunkten i detta avsnitt ligger på en redogörelse för hur man i nordisk doktrin och praxis förhållit sig till det egentliga ansvarsgenombrottet (se ovan avsn. 2). Vidare beskrivs i korthet bruket av sk. «letters of responsibility», vilket kan medföra konsekvenser för moderbolaget påminnande om ansvarsgenombrott.

Inledningsvis är det skäl att påminna om att ett moderbolag givetvis kan bli ansvarigt för ett dotterbolags förpliktelser enligt allmänna civilrättsliga principer. Jag hänvisar här till reglerna om ansvar för biträdes handlingar och skadeståndsansvar på grund av medverkan eller anstiftan. Ansvar kan också följa av att moderbolaget genom sitt uppträdande förelätt tredje person till att tro att moderbolaget är den egentliga medkontrahenten, ej dotterbolaget. Moderbolaget har då ett direkt och primärt ansvar. Ett finskt rättsfall, HD 1958 II 43, som visserligen ej gäller ett rent koncernförhållande, får illustrera denna tankegång.

Verkställande direktören i bolaget Länsi-Lapin Radio Oy i Torneå hade efter gjord näringsanmälan börjat bedriva affärsrörelse i grannstaden Kemi under firman Länsi-Lapin Radio. Aktiebolaget hade i offentligheten agerat på ett sätt som gav anledning tro att bolaget ägde den i Kemi verkande rörelsen. En borgenär, som i förlitan härpå hade levererat varor till rörelsen i Kemi, berättigades att erhålla betalning av aktiebolaget.¹⁶

4.1. Doktrin och praxis

Är egentligt ansvarsgenombrott i koncernförhållanden möjligt enligt gällande rätt i Norden? Låt oss först se vad några företrädare för bolagsrättslig expertis har att säga om detta.

Gomard uttalar att det inte är uteslutet, att skadeståndsrättsliga regler kan medföra att aktieägare ansvarar för gäld som de genom ett klandervärt förfarande har låtit bolaget ådraga sig. Det faktum allena, att bolagets eget

¹⁶ Jfr. fallet NJA 1982 s 244.

kapital har varit för litet för verksamhetens bedrivande, är ej en tillräcklig grund för sådant ansvar. Gomard konstaterar vidare att reglerna i DAL 142 § (aktieägares skadeståndsansvar) ger grund för att begränsningen av aktieägares ansvar för bolagets gäld i speciella tillfällen kan åsidosättas. Han konkluderar med att det således finns möjlighet till Haftungsdurchgriff också i dansk rätt.¹⁷

Frågan har i Danmark behandlats också av *Borum* i en specialartikel.¹⁸ Borum konstaterar först att dotterbolagets medkontrahent kan ha grund till att antaga, att dotterbolaget uppträder som «agent» för moderbolaget. Härutöver torde man, menar Borum, nog kunna antaga, att moderbolaget skall anses ansvarigt, när det kan karakteriseras som missbruk av bolagsformen, att moderbolaget driver sin verksamhet, särskilt den riskfyllda delen därav, genom att dotterbolag, som är underkapitaliserat och/eller står under kontroll av moderbolaget, i vars intresse verksamheten bedrivs.

Om norsk rätt uttalar *Skåre*: «Det følger dessutom av dette utgangspunkt at morselskapet, som enhver annan aksjeeier, ikke er ansvarlig for datterselskaps gjeld med mindre det foreligger avtale om dette, eller ansvaret følger av erstatningsrettslige synspunkter o.l. eller av konkurslovens regler om omstøtelse».^{19 20} Hänvisningen till skadeståndsrättsliga synpunkter tar uppenbarligen fasta främst på reglerna i NAL 15:1 §. Vad som kvarstår är följaktligen hänvisningen till «andra liknande förhållanden».

De finska kommentarerna till 1978 års aktiebolagslag uttalar sig inte i ansvarsgenombrottsfrågan. Inte heller *Koski* har behandlat frågan de lege lata i sina koncernrättsliga arbeten. Däremot har frågan rätt ingående dryftats av *Huttunen* i hans avhandling om enmansbolaget (se närmare avsn. 4.2).

Mera uppmärksamhet verkar ansvarsgenombrottsfrågan att ha väckt i svensk doktrin. Sålunda innehåller *Kedner - Roos* under 1:1 § ett kort avsnitt rubricerat «ansvarighetsgenombrott», där det konstateras bl.a. att «Aktieägare

17 Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13 juni 1973 (Köpenhamn 1974) 26 och 146. Däremot innehåller Graesvaenge, Larsen & Roelsen, Aktieselskabsloven af 1973 med kommentarer, 2 uppl. (Köpenhamn 1983) inte några uttalanden som belyser frågan om ansvarsgenombrott.

18 Borum, Disregard of Legal Entity, Festschrift til Stephan Hurwitz (Köpenhamn 1971) 80 ff.

19 Skåre 20.

20 Här kan också citeras ett uttalande av Andenaes om att aktieägarna för att kunna dra fördel av aktiebolagsformen själva måste respektera den. Aktieägare kan således ej vänta sig att gäld skall betraktas som bolagets, om han ej hållit linjerna klara. Se Andenaes 44. Vilken relevans detta uttalande skall tillmätas koncernförhållanden är svårt att säga.

i ett bolag kan åläggas att svara för bolagets förpliktelser i undantagsfall som ej regleras i lag. Man talar i sådana fall om ansvarighetsgenombrott..... Särskilt nära till hands ligger läran om ansvarighetsgenombrott i fall där ansvarssubjektet är ett kapitalsvagt dotterbolag till ett finansiellt bättre utrustat moderbolag».²¹

Rodhe för sin del framhåller att det i «undantagsfall kan tänkas att en aktieägare, som fullgjort sin tillskottsplikt på grund av aktieteckning och som inte gjort sig skyldig till någon överträdelse av ABL eller bolagsordningen, likväl ålägges att gentemot fordringsägare ansvara för bolagets skuld».²²

Ansvarsgenombrottsproblemet har vidare behandlats av bl.a. *Nial*, *Hellner* och *Grönfors*, se närmare 4.2.

Vad grundar sig uttalandena i doktrinen på? Vad finns det för domstolsavgöranden som stöder ovan återgivna uttalanden? Författaren av detta referat har inte haft möjlighet att närmare penetrera danska och norska rättskällor för att finna relevant material på denna punkt.^{23a} Om framställningen därför begränsas till svensk och finsk rätt, blir svaret att det finns några avgöranden av högsta rättsinstans som utmynnat i ett ansvarsgenombrott. Å andra sidan måste också framhållas, att en del av dessa avgöranden inte är särskilt färska och att domsmotiveringarna i hög grad tar fasta på de specifika elementen i de enskilda fallen.

Det ledande svenska rättsfallet har i något förenklad form refererats i avsnitt 1 såsom exemplet a).

Högsta domstolen, NJA 1947 s 647, dömde här dammbolagets delägare att ersätta den uppkomna skadan med motiveringen, att dammbolaget utgjort allenast ett kraftverksägarnas gemensamma verkställighetsorgan för handhavandet av vattenhushållningen vid dammen och ej utövat någon självständig verksamhet. Med hänsyn härtill och till «omständigheterna i övrigt» kunde delägarna ej undgå att ersätta skadan.²³

Även NJA 1942 s. 473 brukar i svensk litteratur anföras som ett exempel på

21 Kedner-Roos, Aktiebolagslagen Del I (Lund 1982) 17.

22 Rodhe, Aktiebolagsrätt, 11 uppl. (Stockholm 1983) 225.

23 I verkligheten hade alltså dammbolaget flera delägare. Denna omständighet hindrar ej att avgörandet klassificeras som ett fall av ansvarsgenombrott inom concern. Se också Rodhe 486-487.

23 a Se dock angående dansk praxis Munch, Mogens, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis, U.f.R. 1983 B 153-156 och där kommenterade rättsfall U.f.R. 1978.880 H samt U.f.R. 1980.806. Särskilt det senare rättsfallet är relevant med tanke på ansvarsgenombrott i det att dotterbolagets anställda här gavs rätt att bevaka lönefordran i moderbolagets konkurs under åberopande, att det i konkurs varande

ansvarsgenombrott.²⁴ Här var förhållandet det att ett tryckeribolag ägde 46 av 50 andelar i en ekonomisk förening, vars syfte var att tillhandahålla medlemmarna bostäder. Föreningens enda tillgång var en tomt. På tomten uppfördes en tillbyggnad avsedd för tryckerirörelsen. Entreprenadkontraktet ingicks av föreningen. Under grävningens arbetena skadades en grannfastighet. Bolaget förklarades skyldigt att ersätta skadorna, emedan bolaget, som i verkligheten rådde över tomten som om det varit ägare till densamma, måste betraktas som den verkliga byggherren.

Vidare kan nämnas rättsfallet NJA 1975 s. 45.

Frågan gällde tvenne systerbolag, av vilka det ena fungerade som kommissionärsbolag för det andra (huvudbolaget). Efter det att kommissionärsbolaget försatts i konkurs, förde såväl konkursförvaltaren som vissa borgenärer talan mot huvudbolaget. Högsta domstolen godtog borgenärernas talan och ålade huvudbolaget betalningsskyldighet gentemot dem. Domstolen uttalade att betalningsansvar för huvudbolaget inte kunde grundas enbart på det faktum, att ägarintressena var de samma i bolagen och att kommissionärsbolagets verksamhet bedrivits uteslutande i huvudbolagets intresse. Kvalificerande omständigheter var emellertid, att kommissionärsbolagets egna tillgångar inte varit tillräckliga för en självständig verksamhet, varför huvudbolaget fick betraktas såsom den egentliga rörelseidkaren eller i allt fall såsom i så hög grad medverkande i verksamheten, att bolaget inte kunde undgå att svara för kommissionärsbolagets gäld.

Slutligen bör rättsfallet NJA 1982 s. 244 omnämnas.

Ett moderbolag med 17 dotterbolag hade centraliserat koncernens ekonomifunktion till moderbolaget så, att när varor beställdes till dotterbolagen, uppmanades leverantörerna sända ordererkännandena till vederbörande dotterbolag och fakturorna direkt till moderbolaget, som skötte utbetalningarna. Borgenärerna i ett dotterbolag yrkade betalning av moderbolaget dels på avtalsrättsliga grunder dels med åberopande av principen om ansvarsgenombrott. Högsta domstolen fann att moderbolaget förhållit sig gentemot leverantörerna på ett sådant sätt, att de haft anledning uppfatta moderbolaget såsom ansvarigt för betalningen av leveranserna. Då denna uppfattning varit känd även för moderbolaget, kunde det inte undgå betalningsskyldighet för leveranserna. Moderbolaget ålades alltså ett avtalsrättsligt (med)ansvar. Frågan om ansvarsgenombrott blev inte närmare prövad.

I fråga om finsk rätt får man gå tillbaka till ett avgörande av högsta domstolen från 1929, HD 1929 II 638.

dotterbolaget varit kapitalsvagt, saknat reell beslutsrätt och fungerat endast som mellanled vid utbetalning av lönerna till bolagets anställda.

En dylik lösning vore på sätt och vis en logisk påbyggnad till koncernredovisnings- och koncernvinstinstituten. Reglerna i t.ex. FABL 12:2 § och SABL 12:2 §, enligt vilka moderlag ej får dela ut vinst i större utsträckning än vad som redovisas som fritt eget kapital enligt koncernbalansräkningen även om moderbolagets egna vinstmedel vore större, innebär ju att lagstiftaren ålagt moderbolaget ett visst ansvar för dotterbolaget förlust. Förlusten behöver visserligen ej kontinuerligt täckas, men den minskar det belopp, som kan utbetalas från koncernen.

24 Rodhe (486 not 17) menar dock att avgörandet numera är rätt ointressant på grund av de ändringar som skett beträffande lagstiftningen om ekonomiska föreningar.

ett svenskt moderbolag hade bevakat kontofordringar i sitt helägde finska dotterbolag på drygt 2 milj. mk. Moderbolagets fordran kunde emellertid ej göras gällande emedan, förklarar domstolen, dotterbolaget endast skenbart varit ett särskilt bolag, men faktiskt varit ett av moderbolaget ägt och för dess ekonomiska syften verkande under självständig förvaltning fungerande filial (på finska haaraliike).

Här inträffade alltså ett indirekt ansvarsgenombrott. Huruvida hänsyftningen på filial skall tillmätas betydelse är svårt att säga.²⁵ Det mest sannolika är att ordvalet närmast ger uttryck för att domstolen velat behandla dotterbolaget som en faktisk del av moderbolaget.

Trots att formuleringen i domslutet kan inge viss tveksamhet är det av intresse att konstatera, att den haft avgörande betydelse i ett senare ärende, som avgjorts av högsta förvaltningsdomstolen, HFD 1950 II 4.

Fallet som sådant är mycket specifikt. Bolaget D hade krävt ersättning av finska staten för egendom, som genom vapenstilleståndet 1944 gått förlorad. Aktiemajoriteten innehades av ett tyskt moderbolag M, vars egendom i Finland enligt lag förklarats tillfalla Sovjetunionen. HFD fann med utnyttjande ord för ord av formuleringen i det tidigare HD-fallet, att D, när skadan inträffade, bara skenbart var ett särskilt bolag men faktiskt en filial till M. Då ersättning inte kunde utgå till M, kunde inte heller D refunderas.

En för finska förhållanden särpräglad form för åsidosättande av dotterbolags autonomi uppvisar domstolsavgörandena i sk. *grynderfall*. Det typiska för dessa fall är att en byggfirma (gryndern) grundar ett bostadsaktiebolag och med detta ingår avtal om uppförande av ett eller flera bostadshus. Aktierna i bostadsbolaget, vilka berättigar till innehav av bestämda lägenheter i bolagets hus, tecknas av gryndern men säljs sedan vidare åt bostadsbehövande medan byggnadsarbetena ännu pågår. Aktieköparna får som regel herravälde över bostadsbolaget sedan tillträdessyn mellan bolaget och gryndern hållits i huset och bostadsbolaget, som dittintills behärskats av gryndern, beviljat styrelsen ansvarsfrihet. Två slag av problem med intresse för ansvarsfördelningsfrågan kan här infinna sig. Sedan ny styrelse tillsatts, visar det sig att bostadsbolaget har beviljat säkerhet för grynderns leverenskrediter i andra byggprojekt genom att inteckna (pantsätta) bolagets fastighet. Högsta domstolen har i dylika fall

25 I finsk såsom ock i annan nordisk rätt finns fortfarande särskilda bestämmelser om filialer till utländska bolag. För förpliktelser som uppkommit i filialens verksamhet svarar huvudbolaget med hela sin förmögenhet. Se t.ex. DAL kapitel 17 och finska lagen om idkande av näring 1919 2 §. I Finland har troligen av skatteskal filialerna nästan helt försvunnit ur bruk.

konstaterat, att inteckningshavaren ej kan åberopa pantsättningen mot bostadsbolaget. Bolaget har ej haft fördel av grynderns kredit och inteckningsbeslutet har inte ansetts binda de nya aktieägarna också om det fattats i formellt riktig ordning. Domstolen har alltså till denna del frångått bolagsstämmans beslut giltig verkan, när bolaget varit under grynderns - moderbolagets kontroll. Vanligen har det också presumerats, att tredje person varit i ond tro beträffande det faktum att pantsättningen skett i en gryndersituation.

Det andra problemet uppkommer efter att den av gryndern beviljade garantitiden (1 år) gått till ända och det uppdragets konstruktions- eller andra dolda fel i byggnaden eller de enskilda lägenheterna. När bostadsbolaget yrkar på reparation eller ersättning av gryndern (det forna moderbolaget), åberopar detta en fri skrivningsklausul i entreprenadkontraktet med bostadsbolaget. I en del avgöranden har högsta domstolen ställt sig på aktieägarnas sida genom att inte ge friskrivningsklausulen i avtalet mellan gryndern och bostadsbolaget giltig verkan gentemot det av bostadsköparna förvaltade bostadsbolaget. Domstolen har i stället låtit grynderns felansvar bestämmas utgående från köpavtalet mellan gryndern och aktieförvärvarna. Detta avtal har inte innehållit friskrivningar från byggnadsfel.²⁶

4.2. Ansvarsgrunden

Vad kan man dra för slutsatser av ovan refererade domstolsavgöranden? Allt tyder på att ansvars genombrott kan ske i koncernförhållanden. Detta konstaterande ger emellertid inte någon ledtråd för bedömningen av när ett ansvarsgenombrott är möjligt och på vilka grunder. Vilken eller vilka är de rättsregler domstolarna stöder sig på i dessa fall?

I doktrinen har man sökt en normativ förklaring till fenomenet ansvarsgenombrott dels genom att anknyta till någon känd rättsfigur, såsom *bul vanskap* eller identifikation, dels genom att särskilja och systematisera reella (och rättspolitiskt godtagbara) skäl för ansvarsgenombrott, såsom dotterbolagets underkapitaliseringen, moderbolagets inflytande på dotterbolagets ledning, sammanblandning av bolagens egendom, missbruk av bolagsformen, illojalt handlande.

Det är särskilt rättsfallet NJA 1947 s 647 (dammbolagsfallet) som stimulerat till försök att ge en allmängiltig förklaring. *Stjernquist* framhåller, att högsta domstolen visserligen genom att hänvisa till «omständigheterna» velat undvika ett principiellt ställningstagande, men att domstolen dock tryckt på det faktum, att bolaget ej drivit någon självständig verksamhet i den mening att det

26 Se angående rättspraxis t.ex. HD 1963 II 27, HD 1966 II 95, HD 1981 II 99.

saknade resurser för verksamheten och alltså var helt beroende av kapitaltillskott från delägarna, vilka å sin sida erhöll bolagets tjänster gratis.²⁷ Stjernquist finner här likheter med det några år äldre tryckeribolagsfallet (NJA 1942 s. 473). Framförallt var även i det fallet dotterföretagets (föreningens) tillgångar otillräckliga. Föreningens verksamhet dirigerades av tryckeribolaget och dess enda tillgång, tomten, användes för moderbolagets rörelse. Byggnadsarbetet finansierades av moderbolaget.

Stjernquist anser inte att domstolsavgörandena bygger på en bulvanskapsfiktion. Det synes däremot Grönfors göra. Grönfors betonar dock även han betydelsen av att kapitalunderlaget för dotterbolaget varit otillräckligt i förhållande till den bedrivna verksamheten, när det gäller att dra gränsen mellan lojala och illojala fall. Han menar, att det måste krävas starka skäl för «ett så pass radikalt steg som att bortse från den juridiska förvaltningsformen för verksamheten».²⁸

Hellner åter anser att rättspraxis ger ett magert underlag för allmänna slutsatser i **ansvarsgenombrottsfrågan**. Han framhåller i sin analys av NJA 1942 s. 473 och 1947 s. 647, att man ej får pressa domsmotiveringarna för hårt i fråga om den vikt dotterbolagets bristfälliga ekonomi skall tillmätas. Det är också möjligt att den bakomliggande skadestånd- resp. vattenrättsliga grunden i vartdera fallet varit lika betydelsefull för ärendets utgång. Hellner anser dock att man «ganska trevande» kunde formulera en princip om «lifting the corporate veil».²⁹

Principen torde ej kunna tillämpas på andra bolag än dem som har ett begränsat antal delägare, driver en verksamhet som är osjälvständig i förhållande till delägarnas egen verksamhet och därvid eftersträvar att tillgodose delägarnas direkta intressen mera än att uppnå vinst inom bolaget, samt har i förhållande till sannolika skadeståndanspråk begränsade tillgångar.

Nial ansluter sig i sin analys ganska nära till Hellner. *Nial* förmodar att domstolarna endast med försiktighet kommer att döma till ansvarsgenombrott och han framhåller, att man inte får bryta mot principen om medlemmarnas frihet från personligt ansvar «i andra fall än då arrangemanget med dotterbolaget framstår som ett klart, mot fordringsägarna illojalt missbruk».³⁰ Han konkluderar:

27 Nilsson-Stjernquist 98 ff.

28 Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap (Stockholm 1961) 311-313.

29 Hellner, Teori och Praxis, Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren 1964, 165-166.

30 *Nial* 199 ff.

Det synes emellertid inte osannolikt att domstolarna kommer att visa sig benägna att, åtminstone när det gäller helägda dotterbolag och därmed likartade fall presumera att, om ett dotterbolag inte kan uppfylla sina förpliktelser, moderbolaget har drivit dotterbolaget på ett mot borgenärerna illojalt sätt och att alltså moderbolaget för att ej bli ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser måste visa att dotterbolaget inte fått otillbörligt svaga resurser och inte heller otillbörligt utsugits av moderbolaget.

I Finland har, såsom nämnts, *Huttunen* ingående behandlat enmansaktiebolagets ägares ansvar. Huttunen har inspirerats särskilt av tysk och amerikansk doktrin samt av diskussionen kring de svenska rättsfallen från 1940-talet. Huttunen använder begreppet *identifikation* (på finska *samaistus*). Han avfärdar tanken att aktieägarens ansvar för bolagets gäld skulle uppkomma enbart av den omständigheten, att bolaget är kapitalsvagt eller att dess tillgångar sammanblandats med ägarens. Huttunen motiverar detta bl.a. med det särskilda lagstadgade ansvaret för återbäring av olagligen uppburna medel. Inte heller anser Huttunen att lokutionen «missbruk av bolagsformen» eller principen om «tro och heder» lämpar sig som identifikationskriterier, därtill är de alltför intetsägande.

Huttunen utgår från att det vid identifikation i grunden rör sig om en normkollision, där det gäller att avväga huruvida aktiebolagets lagstadgade rättskapacitet (autonomi) skall vika för det av rättsordningen skyddade intresse, som skulle kränkas, om identifikation ej tillåts. Denna av borgenären åberopade bakomliggande rättsregels ratio, dvs. styrkan hos det intresse normen tar sikte på att skydda, blir avgörande för om identifikation skall äga rum. Principen om aktiebolagets rättskapacitet skall väga tungt vid denna normavvägning. Ju längre förhållandena i dotterbolaget avlägsnar sig från det som är typiskt för aktiebolaget, desto starkare är skälen för att tillåta identifikation. Sålunda bör moderbolaget kunna göras ansvarigt för skada, som dotterbolaget vållat (såväl inom som utom kontraktsförhållanden), om dotterbolaget har ett obetydligt riskkapital, driftskapitalet är lånat av moderbolaget, dotterbolaget leds direkt av moderbolagets styrelse och dotterbolaget utnyttjas direkt för moderbolagets **intressen**.³¹

4.3. Slutsatser

Kan man i redogörelsen ovan finna en röd tråd, som leder fram till en allmängiltig förklaring av när ansvarsgenombrott kan förekomma enligt nordisk rätt? Går det att göra en nordisk syntes? Med tanke på hur likartad civilrätten - för att inte tala om aktiebolagsrätten - är i de nordiska länderna

31 Huttunen 155 ff.

och sannolikt också bolagspraxis, kan det vara värt att göra ett försök.

Vad som förefaller ganska klart är att domstolarna under givna förutsättningar är beredda att «dra åt sidan ridån» mellan ett dotterbolag och dess moderbolag för att ålägga moderbolaget ett ansvar, som det inte skulle ha, om det bolagsrättsliga privilegiet skulle respekteras. Lika klart förefaller det att ett moderbolag inte har något generellt ansvar för ett dotterbolags gäld eller andra förpliktelser, inte ens om dotterbolaget är mycket fast sammanlänkat med moderbolaget.

En minsta gemensamma nämnare för ansvarsgenombrott kan inte skapas genom att man betraktar relationen moderbolag - dotterbolag som en form av **bulvanskap**. Man kan visserligen säga att dotterbolaget i en del av de ovan relaterade fallen handlat i eget namn men för moderbolagets räkning och i syfte att resultatet av bolagets verksamhet skall komma moderbolaget (hela koncernen) till godo. Däremot uppfylls inte det väsentliga kriteriet att moderbolaget döljs för dotterbolagets medkontrahent och att detta sker i moderbolagets intresse. Vidare är det för bulvanskap typiskt, att huvudmannen (moderbolaget) blir bunden av bulvanens (dotterbolaget) handlande såsom part och skall bära det slutliga ansvaret. Typiskt för ansvarsgenombrott däremot är att moderbolagets ansvar är subsidiärt, att det blir aktuellt först när och till den del det visar sig att dotterbolaget inte kan stå för sina förpliktelser.³²

Det borde däremot vara möjligt att i likhet med Huttunen förankra ansvarsgenombrott i principen om identifikation. *Ansvars genombrott skulle alltså vara resultatet av en avvägning, där upprätthållandet av det aktiebolagsrättsliga normsystemet ställs mot vikten av att i det enskilda fallet ge andra rättsregler genomslagskraft.* Den ovan refererade finska domen HFD 1950 II 4 är enligt min mening ett typiskt exempel på ett sådant resonemang. Principen om identifikation går emellertid också väl att tillämpa på NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s 45.

Fördelen med denna princip är att den täcker såväl kontraktuella som utomkontraktuella situationer och att den ger domstolarna en fastare grund att stå på än om de skall tvingas motivera ansvarsgenombrott med missbruk av bolagsformen eller liknande. Identifikation bygger på en objektiv bedömning av moderbolagets och dotterbolagets förfarande. Detta harmonierar enligt min mening med de domstolsavgöranden som återopats i detta referat. Man kan inte utläsa ur domsmotiveringarna, att subjektiva missbrukssyften skulle varit avgörande för ärendenas utgång.

I denna förklaringsmodell är graden av dotterbolagets integrering med

32 Jfr. Rodhe 489–490. Om bulvanskap se närmare Grönfors 282 ff.

moderbolaget, det egna kapitalets tillräcklighet m.m. inte utgångspunkten för moderbolagets ansvar men omständigheter av väsentlig betydelse, när det gäller att låta det bolagsrättsliga regelsystemet vika undan för andra rättsliga hänsyn.

Då referatet är inriktat på **ansvarsgenombrottsproblematiken** har uppmärksamhet inte särskilt ägnats åt sådant concernbeteende, att ett moderbolag utnyttjar ett dotterbolag för att undgå verkan t.ex. av ett vitesbelagt förbud eller för att uppnå fördelar, som det självt på grund av lag är uteslutet från. Jag har inte heller stött på rättsfall av betydelse för denna fråga. Från finsk rättspraxis finns fall, där ett bolag använts för förvärv av fast egendom, som aktieägaren på grund av lag ej kunnat förvärva. Dessa fall är dock av mindre intresse i detta sammanhang. / *och för sig kan jag ej se skäl till att inte principen om identifikation kunde tillämpas vid försök att kringgå olika förbud.* Uppenbart är att det subjektiva missbruksuppsåtet får betydelse vid bedömningen av moderbolagets ansvar. Se vidare avsn. 7.

Enligt finsk rätt har det varit möjligt att i dotterbolags konkurs underkänna fordran som moderbolaget bevakat. På grund av mina ringa insikter i andra nordiska länders konkursrätt måste frågan, huruvida detta är möjligt i de andra nordiska länderna, lämnas obesvarad.³³

4.4. Avsiktsdeklarationer

I internationell affärspraxis har utvecklats en egenartad rättsfigur, som här i brist på en gängse svensk beteckning kallas «*avsiktsdeklaration*». På engelska talar man om «*letter of responsibility*», «*letter of intent*» eller «*letter of comfort*». Även andra uttryck förekommer. Den tyska benämningen är «*Patronatserklärung*». Typiskt för avsiktsdeklarationerna är,

- att moderbolaget avger dem till ett oftast utländskt dotterbolags kreditgivare,
- att de vanligen ges i samband med att dotterbolaget upptar en större kredit eller påtar sig ett avtalsrättsligt ansvar av annat slag och
- att moderbolaget i dem uttrycker sitt stöd åt dotterbolaget.

Moderbolagets stöd åt dotterbolaget kan uttryckas på många olika sätt. Ett gemensamt drag är emellertid, att avsiktsförklaringen inte formuleras som ett egentligt garanti - eller borgensåtagande. Skalan är vid och omfattar såväl löften, vilka rätt klart uttrycker en vilja att hålla mottagaren av deklarationen skadelös, som formuleringar, vilka på sin höjd kan tolkas som en moralisk

33 Måhända är denna frågeställning mindre intressant i de länder, där man allmänt opererar med koncembidrag och konsoliderade lån, vilka hur som helst står efter prioriterade borgenärens fordringar.

förbindelse, en gest av god vilja. Till den förra kategorin kan hänföras förklaringar att moderbolaget kommer att tillse, att dotterbolaget under lånetiden har ett eget kapital som täcker lånesumman, eller att moderbolaget kommer att hålla ett konsoliderat lån i dotterbolaget till förmån för borgernärerna. Ett exempel på en svag deklaration är att moderbolaget under kredittiden ämnar behålla sin aktieandel i dotterbolaget.³⁴

Det finns många orsaker till att man börjat laborera med avsiktsdeklarationer av detta slag, trots den uppenbara oklarhet som mången gång råder beträffande deklarationens juridiska innebörd. Dessa deklarationer begärs av kreditgivaren i sådana fall, då moderbolaget inte är berett att t.ex. gå i borgen för sitt dotterbolag, men kreditgivaren å andra sidan inte vill totalt utlämna sig åt moderbolagets kulans, om dotterbolaget kommer på obestånd. Avsiktsdeklarationerna har den fördelen för givaren, att de inte behöver redovisas som en ansvarsförbindelse i balansräkningen och därigenom belasta moderbolagets egen kreditvärdighet.

I en del länder, såsom i Finland, är möjligheten för ett utländskt moderbolag att gå i borgen för ett finskt dotterbolag i praktiken begränsad till en viss del av dotterbolagets aktiekapital. - Praxis är liberalare, om dotterbolaget idkar fabriksverksamhet. - Finskt moderbolag åter måste alltid ha Finlands Banks tillstånd till garanti eller borgen för ett utländskt dotterbolags skulder, ej för en avsiktsdeklaration.

I många fall, då en avskiktsdeklaration ges, torde moderbolaget av hänsyn till sin rennomé vara berett att stå för dotterbolagets förpliktelser, oberoende av deklarationens närmare innehåll. Det förefaller också som om bankerna, i varje fall i Finland, accepterar avsiktsdeklarationer närmast av seriösa, välkända moderbolag, inte av andra.

Det ovan sagda tyder på att avsiktsdeklarationerna sällan blir föremål för en konkret juridisk test. De juridiska aspekterna är emellertid av visst intresse för det ämne som här behandlas. Om en avsiktsdeklaration tillmäts rättslig relevans, föreligger ju en form av ansvarsgenombrott.

Då vägledande nordiska domstolsavgöranden saknas, kan någon säker beömning inte göras. Avgörande betydelse måste fästas vid deklarationens ordalydelse samt vid omständigheterna i samband med dess avgivande. Betydelse måste tillerkännas principen om lojalitet i avtalsförhållanden, även om deklarationen formellt framstår som en ensidig rättshandling. Ett kvalificerande faktum torde en sådan utformning utgöra, vilken innehåller en uttrycklig hänvisning till den aktuella krediten.

34 Se närmare Rodhe 495–497.

Kommer man efter en samlad bedömning till att moderbolaget med sitt uppträdande gett motparten (dotterbolagets kreditgivare) anledning att lita på att han kommer att hållas skadelös, bör det vara möjligt att väcka skadeståndstalan mot moderbolaget med krav på att bolaget skall utge skillnaden mellan den totala krediten och det belopp, som kunnat indrivras av dotterbolaget. Talan torde normalt väckas vid domstol i moderbolagets hemland. Skall nordisk rätt tillämpas, är ansvarsgrunden sannolikt utomobligatorisk.^{35 36} På samma sätt som vid ansvarsgenombrott på grund av identifikation, är moderbolagets ansvar alltså subsidiärt.

5. Ansvarsgenombrott i utländsk rätt

5.7. USA

USA uppfattas ofta som ansvarsgenombrottets hemland. Epitetet har sitt berättigande såtillvida som man kan hänvisa till domstolsavgöranden och diskussioner i den juridiska litteraturen omspännande största delen av detta sekel. En orsak kan vara att borgenärsskyddet allmänt sett inte är lika väl utvecklat i de amerikanska aktiebolagslagarna som i nyare europeiska. Det är dock något tveksamt, om man härav kan dra den slutsatsen, att risken för att moderbolag hålles ansvarigt för dotterbolags förpliktelser är väsentligt större i USA än i Europa.

Ett exempel på amerikansk praxis utgör fallet c) i det inledande avsnittet (avsnitt 1 ovan). Här ålades L betalningsansvar med motiveringen: «for all practical purposes the two concerns are one, and it would be unconscionable to allow the owner of this fleet of steamers, worth millions of dollars, to escape

35 Se närmare Wallgren, *Letters of intent* (Helsinki 1983) 171. Det är inte möjligt att här gå in på de **lagvalsproblem**, som kan uppstå, när det blir aktuellt att åberopa en avsiktsdeklaration given av ett utländskt bolag.

36 Härvid är det att beakta att ersättning för ren förmögenhetsskada t.ex. enligt den finska skadeståndslagen 5:1 § bara utgår om särskilt tungt vägande skäl föreligger. Med tanke på denna kvalifikation kan det vara gynnsammare för kreditgivaren att försöka etablera ett avtalsrättsligt medansvar för moderbolaget i fall, då avsiktsdeklarationen undantagsvis har upptagits i bokslutet eller av valutamyndighet ansetts så bindande, att den blivit föremål för tillståndsförfarande och därför kan betraktas som en faktiskt garanti.

liability because it had turned them over a year before to a 10.000 dollars corporation, which is simply itself in another form».³⁷

Någon allmänt accepterad formel, som skulle beskriva praxis, är svår att uppställa. Ansvarsgenombrott motiveras särskilt i fall, då bolagsformen använts för att kringgå föreskrifter i lag (eller avtal) eller för andra olagliga ändamål. Härvid uppkommer ett offentligt intresse, som motiverar moderbolagets ansvar.³⁸

Den rättsfigur som oftast återopas i ansvarsgenombrottssammanhang är »principal - agent», vilket närmast motsvarar ombudsmannaskap enligt nordisk terminologi. Yttre omständigheter, som skapar en presumtion för att dotterbolaget verkat som «agent», är bristande ekonomiskt underlag, sammanblandning av moderbolagets och dotterbolagets angelägenheter (tillgångar, kontrakt, bokföring), direkt inblandning från moderbolagets sida i dotterbolagets beslutsfattande i allmänhet eller beträffande enskilda transaktioner.

Lattin förhåller sig kritisk till att otillräckligt riskkapital i dotterbolaget tillmäts avgörande betydelse vid ansvarsbedömningen och framhåller svårigheten att uppställa en allmängiltig måttstock för «tillräckligt kapital» och för den tid kapitalet skall vara tillräckligt. *Lattin* betonar i ordalag, som för tankarna till identifikation, att man i varje enskilt fall måste ställa frågan, har aktiebolagsprivilegiet blivit använt i god tro och för ett legitimit bolagsändamål.³⁹

Slutligen kan «Deep Rock»-doktrinen nämnas. Den innebär att fordringar, som moderbolaget (eller annan dominerande aktieägare) har på dotterbolaget, vid konkurs eller annan reorganisering av bolagets gäld, kan förklaras stå

37 Fallet är känt som *Luckenbach S.S.CO v. W.R. Grace & Co* (1920). Se t.ex. *Drobnig* 48 f. Det bör påpekas att *L* och *L Rederi* i verkligheten var systerbolag. Ett antal andra exempel på ansvarsgenombrott enligt amerikanska domar relateras t.ex. i *Baker - Cary, Corporations* (1959) 374 ff.

38 Se t.ex. OECD-rapporten 70 och *Lattin, Lattin on corporations* (1959) 67: «The entity will be disregarded when it is necessary to promote justice or to obviate inequitable results».

39 Se t.ex. *Lattin* 93 ff. Kopplingen till principen om «agency» har lett till att man i praxis starkt betonat betydelsen av sådana formella förhållanden som de bolagsrättsliga formaliteterna; har dotterbolagets egna organ sammanträtt och beslutat i sedvanlig ordning, har bolaget haft en egen kassaförvaltning, har bokföringen skötts separat från moderbolagets? För att dotterbolaget skall betraktas som ombud krävs nämligen en överenskommelse härom med moderbolaget. Om dotterbolaget nonchalerat ovan nämnda formaliteter, är detta ett indicium för att en överenskommelse om «agency» föreligger.

tillbaka för (subordineras) alla andra krav inklusive utomstående aktieägares. Ett exempel härpå är fallet e) i det inledande avsnittet (avsn. 1 ovan).⁴⁰

5.2. Tyska Förbundsrepubliken

I tysk rätt måste man i fråga om ansvarsgenombrott skilja mellan bolag med begränsat ansvar (GmbH) och aktiebolag (Aktiengesellschaft). När en koncern har ett GmbH-bolag som dotterbolag, har i rättspraxis utvecklats vissa principer för ansvarsgenombrott, vilka bygger närmast på skadeståndsrättslig grund och på föreställningen om missbruk av bolagsformen. Ansvarsgenombrott har godtagits särskilt när moderbolaget/aktieägaren avsiktligt utnyttjat friheten från gäldsansvar till skada för borgenärerna, antingen genom att tillskansa sig dotterbolagets tillgångar eller genom att från början utrusta det med ett otillräckligt kapital, i vartdera fallet i akt och mening att låta borgenärerna stå för dotterbolagets förluster.⁴¹

I GmbH-lagen (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) har 1980 införts ett nytt, uttryckligt stadgande (32 a §) om att lån från bolagsman till bolaget inte kan göras gällande i bolagets konkurs, om bolaget vid tidpunkten för långivningen varit i ett så beträngt läge, att medlen bort tillföras dotterbolaget som kapitaltillskott. Här införs alltså i lagen ett slags «arm's length» test.⁴²

Är dotterbolaget ett aktiebolag, kan moderbolaget bli ansvarigt direkt i stöd av lag. Ansvarsgrunden är beroende av hur starkt dotterbolaget är sammanlänkat med moderbolaget (som kan vara ett aktiebolag eller ett GmbH-bolag). Den tyska aktiebolagslagens (Aktiengesetz 1965) regler om koncerner (Verbundene Unternehmen) är mycket detaljerade (se 15-22 §§ och 291-338 §§).⁴³ Ansvarsregleringen är i korthet följande.

Om dotterbolaget sammanlagits med moderbolaget (Eingliederung), är moderbolaget solidariskt med dotterbolaget ansvarigt för dess skulder. Har mellan bolagen ingåtts ett avtal om dominans (Beherrschung) eller om överlåtelse av dotterbolagets vinst, är moderbolaget skyldigt att täcka årsförlust i dotterbolaget, som ej kan täckas av fritt eget kapital i bolaget. Föreligger inte

40 Fallet är känt som *Arnold v. Phillips* (1941). Domstolen underkände A:s krav till den del låne-medlen hänförde sig till uppförandet och utrustandet av bryggeriet med hänvisning till att P varit underkapitaliserat. Se t.ex. *Baker-Cary* 398 f.

41 *Drobnig* 94 f.

42 Se närmare *Rodhe* 484.

43 För en närmare orientering se t.ex. *Baumbach-Hueck*, *Aktiengesetz* 13 uppl. (München 1968).

ett dylikt «*Unternehmensvertrag*» mellan bolagen, är moderbolaget skyldigt att kompensera dotterbolaget för ekonomisk förlust som inträffat till följd av att moderbolaget givit direktiv, vilka varit ofördelaktiga för dotterbolaget.⁴⁴ I samtliga koncernsituationer (bortsett från *Eingliederung*) är moderbolagets ansvar subsidiärt i förhållande till dotterbolagets.

Vidare gäller som en allmän princip i enmansbolag, att aktieägare, som blandar ihop sina egna tillgångar med bolagets, personligen svarar för bolagets gäld. Aktieägaren anses i så fall stillatigande ha avstått från rätten att åberopa det begränsade ansvaret enligt lag.⁴⁵

5.3. *England*

Principen att ett dotterbolag har full rättskapacitet i förhållande till ägaren-moderbolaget har sedan det ledande avgörandet i *Salomon v. Salomon & Co Ltd.* haft en betydande genomslagskraft i koncernförhållanden.⁴⁶ *Companies Act 1948* känner bara ett egentligt undantag från principen om juridisk separation. Enligt section 332 kan aktieägaren-moderbolaget bli ansvarigt gentemot dotterbolagets borgenärer, om vid sistnämnda bolags konkurs det kan visas, att moderbolaget genom sin kontroll över dotterbolaget medverkat till att dotterbolaget handlat bedrägligt gentemot borgenärerna (*fraud*).⁴⁷ Vad som denna väg kan vinnas till dotterbolaget kommer samtliga borgenärer till godo.

Ansvarsgenombrott är också möjligt, när koncernförhållandet uppfyller villkoren för «agency».⁴⁸

Salomon-doktrinen har ej heller hindrat domstolarna från att i enstaka fall se till de ekonomiska realiteterna och till behovet av materiell rättfärdighet, särskilt när dotterbolaget använts för syften som är bedrägliga eller annars klart otillbörliga. För att missbruk av bolagsformen skall föreligga krävs kvalificerande omständigheter, såsom att moderbolaget helt kontrollerar dotterbolaget såväl när det gäller inriktningen av verksamheten som dess finansiering.

44 Moderbolaget måste, när det utövar sitt inflytande över dotterbolaget, visa samma omsorg som bolagsledningen i ett oavhängigt bolag i motsvarande situation skulle visa det egna bolaget. *Baumbach-Hueck* 938.

45 *Baumbach-Hueck* 773.

46 Se t.ex. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4 uppl. (London 1979) 97 ff.

47 I OECD-rapporten framhålls dock i det engelska svaret, att bevissvårigheter i praktiken leder till att anspråk i första hand riktas mot moderbolagets ledning.

48 Gower 124 ff.

Gower konstaterar dock att domstolarnas attityd fortfarande är ambivalent på denna punkt och sammanfattar:

On the whole, outside creditors are still left to suffer from the unrestricted application of this rule (*Salomon*) and shareholders are still allowed the full benefit of it.⁴⁹

Som kontrast härtill får stå ett välkänt uttalande av *Lord Denning M.R.* i ett dissensvotum i fallet *Little woods Mail Order Stores Ltd. v. I.R.C.* (1969):

The decision in *Salomon v. Salomon & Co.Ltd.* has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts should follow suit.

5.4. Europeiska Gemenskapen (EG)

Arbetet på en harmonisering av aktiebolagsrätten i EG-länderna är av intresse med tanke på bolagsrättens utveckling i Europa. Detta gäller också förslaget till förordning om *Europabolag* (*Societas Europaea*), som sedan 1975 legat vilande bl.a. i väntan på att man kan uppnå enighet beträffande ett harmoniseringsdirektiv om koncerner samt därom, hur arbetstagarnas medbestämmanderätt skall utformas på det bolagsrättsliga planet.⁵⁰

Förslaget till förordning innehåller i en särskild avdelning om koncerner ett uttryckligt stadgande, enligt vilket moderbolag ansvarar för dotterbolags förpliktelser (artikel 239). Ansvaret är generellt men krav kan framställas mot moderbolaget först efter det att borgenären förgäves skriftligen har krävt dotterbolaget. Koncernreglerna i förslaget har influerats av tysk rätt. Sålunda talas om «herskende koncernvirksomhed» och «afhaengigt koncernselskab» ej om moderbolag och dotterbolag. Koncernbegreppen är emellertid inte, såsom i den tyska aktiebolagslagen, knutna till olika slag av avtal, utan de bygger på presumtioner. Sålunda skulle ovan nämnda ansvarsregel vara tillämplig på ett koncernförhållande, där ett bolag innehar mer än hälften av rösträtten i ett

49 *ibid.*

50 Förordningstexten finns återgiven på danska i supplement 4/75 till «Bulletin for De Europaeiske Faellesskaber» (1975).

annat bolag eller kan tillsätta mer än hälften av ett annat bolags ledning (artikel 6).⁵¹

6. Internationella aspekter

6.1. Multinationella företag

Koncerner som sträcker sig över nationella gränser så att moderbolaget har sitt hemvist i ett land (hemland) och dotterbolaget i ett annat land (värdland), fungerar naturligtvis i många avseenden på samma sätt som en rent nationell koncern, och koncernens verksamhet ger upphov till liknande problem beträffande bolagens ansvar. Man finner emellertid på det internationella planet en speciell koncerntyp, det multinationella företaget. Dessa företags verksamhet skapar vissa problem också med hänsyn till ansvarsbedömningarna, som det är skäl att behandla särskilt för sig.

Det multinationella företaget utmärks av att moderbolaget har dotterbolag i ett eller flera främmande länder och att dotterbolagen styrs på ett sätt som möjliggör en enhetlig målsättning och strategi för hela koncernen. Detta beslutsfattande sker antingen i koncernledningen i hemlandet eller regionalt, t.ex. så att dotterbolagen inom en region leds av ett av bolagen inom regionen.

Valet av värdland sker utgående från bestämda företagsekonomiska premisser såsom: tillgång till råvaror, billig arbetskraft eller energi, lönsamma marknader eller marknader som är mer eller mindre avskärmade från import. Verksamheten i ett multinationellt företag är ofta diversifierad men man kan hävda, att de utländska dotterbolagen i allmänhet inte har ett från koncernen i övrigt avvikande och självständigt verksamhetsföremål, vilket ofta kan vara fallet i en nationell koncern. Det multinationella företaget strävar till att dotterbolagen om möjligt är helägda och till att de skall utnyttja den lokala kapitalmarknaden för sina investeringar. Ofta får man dock ta hänsyn till värdlandets önskemål om att dotterbolagets verkställande ledning skall ha ett tillräckligt inslag av nationella representanter.

⁵¹ I ett ännu ej publicerat utkast till direktiv rörande koncernförhållanden, har man stannat för en ansvarsreglering, som nära påminner om de tyska reglerna om ansvar för skada, som uppkommit genom att moderbolaget begagnat sitt inflytande över dotterbolaget till dispositioner som inte är i sistnämnda bolags intresse. Har däremot avtal ingåtts om rätt för moderbolaget att ge dotterbolaget bindande direktiv, skulle moderbolaget enligt huvudregeln ha ett direkt ansvar gentemot tredje person för dotterbolagets förpliktelser. Se Rodhe 491.

Ett multinationellt företags utländska enhet kan drabbas av samma kriser, som ett nationellt dotterbolag. Verksamheten kan bli olönsam, dotterbolaget kan ådra sig stora och oväntade skadeståndskrav etc. Dessa företag kan också skapa problem av mer speciell natur. Skulle det visa sig att premisserna för en utlandsetablering sviker, kan det bli aktuellt för koncernledningen att lägga ned dotterbolaget eller låta det självdö i brist på investeringskapital och eventuellt överflytta verksamheten till ett annat dotterbolag i ett annat land. Denna möjlighet till omDispositionering av bolagsverksamheten (ofta på global nivå) kan och har utnyttjats också som påtryckningsmedel mot värdlandets myndigheter, fackföreningar o.a. intressenter, t.ex. för att uppnå ekonomiska lättnader. Multinationella företag är ofta också känsligare för «politiska risker» i värdlandet än en nationell koncernledning, som på ett annat sätt är hänvisad till stanna där det är.

Multinationella företags dotterbolag kan å andra sidan bli utsatta för påtryckningar och krav från värdlandets sida i vidare utsträckning än vad som är fallet beträffande nationella bolag, vilket ytterligare kan komplicera situationen.

Av det ovan sagda följer att verksamheten i multinationella företag kan skapa konflikter av ett annat och mer genomgripande slag än i nationella koncerner. Här till kommer, att multinationella företag ofta är mycket stora företag och att en dotterbolagsnedläggning redan av den orsaken kan komma att förorsaka svåra sysselsättningsproblem och andra följdverkningar.

6.2. Den juridiska regimen

Ur rättslig synvinkel uppkommer svårlösta problem i samband med konflikter som involverar multinationella företag. En viktig fråga är, vilken eller vilka juridiska regimer det multinationella företaget lyder under. Något generaliserat kan sägas, att de västliga industriländerna (läs OECD-länderna) utgår från att dotterbolagen lyder under värdlandets och moderbolaget under hemlandets jurisdiktion. Inte alldeles sällan ges emellertid i vissa länder den egna lagstiftningen extraterritoriell tillämpning. Detta förekommer bl.a. i beskattningen - som inte berörs närmare i detta sammanhang - och i konkurrensrätten. Sålunda har amerikanska myndigheter och domstolar tillämpat federal antitrustlagstiftning (såsom Sherman Act) på kartellavtal ingångna utomlands, i vilka amerikanskt ägda dotterbolag har varit inblandade. Avgörande för lagtillämpningen har varit, huruvida kartellavtalet har negativ effekt på den amerikanska marknaden eller på landets exporthandel.

Den Europeiska Gemenskapen (EG) har för sin del givit artiklarna 85 och 86 i Rom-avtalet rörande konkurrensbegränsningar tillämpning utanför EG-

området bl.a. i det kända Dye stoff-fallet (1972). Europadomstolen i Luxemburg ansåg före Englands inträde i EG, att det engelska bolaget I.C.I. underlydde EG-myndigheternas jurisdiktion på grund av att det hade ett dotterbolag inom EG-territoriet (som överträtt konkurrensreglerna). Man resonerade utgående från den tanken, att det inte var meningsfullt att rikta ett förbud enbart mot dotterbolaget, som inte självständigt kunde besluta om sitt handlande på EG-marknaden. Koncernen behandlades här som en ekonomisk helhet.⁵²

Multinationella företag kan bli utsatta för motstridiga krav också när territorialitetsprincipen tillämpas. Ett klassiskt exempel är fallet Fruehauf (1965).

Fruehauf-France, ett franskt dotterbolag till det amerikanska Fruehauf, hade avtalat med ett annat franskt bolag om leverans av släpvagnar till en serie lastbilar, som skulle levereras till Folkrepubliken Kina. Det amerikanska moderbolaget gav order om att avtalet skulle hävas, emedan det stod i strid med amerikansk lagstiftning gällande handel med fiendeland (Trading with the Enemy Act). Hävning hade medfört ruinerande avtalsviten för fransken Fruehauf. De franska minoritetsaktieägarna väckte därför talan vid domstol om utseende av en interimistisk förvaltare. Sådan utsågs av domstolen för att fullfölja släpvnagskontraktet. Avgörandet byggde på tanken att dotterbolaget som en separat ekonomisk enhet kan ha ett intresse, som avviker från moderbolagets och som bör kunna ges prioritet.⁵³

Tendensen att utsträcka det egna landets jurisdiktion att omfatta utomlands etablerade koncernenheter leder till att värdlanden söker skydda sig genom sk. blockerande lagstiftning eller motsvarande åtgärder med den innebörden, att det t.ex. är lagstridigt för företag med domicil i värdlandet att följa direktiv från moderbolaget, vilka skulle begränsa bolagets rörelsefrihet på exportmarknaderna.

När det blir fråga om att göra gällande ett krav på ansvarsgenombrott mot ett moderbolag i en multinationellt koncern, stöter man på problem av internationellt privaträttslig natur, vilka inte här kan beskrivas annat än

52 Se t.ex. Schmitthoff, Group Liability of Multinationals, ingår i verket Legal Problems of Multinational Corporations (London 1977) 77. Ett annat område, där särskilt amerikanska myndigheter varit aktiva, när det gäller att följa utlandsetableringar i spåren, är bankverksamheten.

53 Se t.ex. Schmitthoff 74–75. Senare har liknande konflikter uppkommit i samband med amerikanska exportrestriktioner bl. a. rörande leveranser till det trans sibiriska oljerørsbygget.

antydning vis. Som utgångspunkt lämpar sig fallet d) i inledningen (se ovan avsn. 1), där dotterbolaget var ett konkursmoget svenskt postorderföretag och moderbolaget ett schweiziskt bolag.

Först uppstår frågan, i vilket land talan skall väckas mot moderbolaget. Innan talan väcks i Sverige gäller det att utreda, huruvida en dom mot moderbolaget fyller kraven för att bli erkänd enligt reglerna om erkännande av civildom i Schweiz interna rätt och därigenom kan bli verkställbar i Schweiz. I Sverige finns ju inte andra tillgångar än det medellösa dotterbolaget.

Oberoande av huruvida talan väcks i Sverige eller i Schweiz, uppstår frågan enligt vilket lands lag kravet skall bedömas. Det kan förefalla som om de starkaste anknytningspunkterna i ärendet finns till Sverige och svensk rätt. Dotterbolaget och de skadelidande finns i Sverige, avtalen har ingåtts i Sverige osv. Å andra sidan kan man hävda att fråga är om ett bolagsrättsligt ärende (aktieägars ansvar), som borde bedömas enligt lagen i det land, där bolaget är registrerat.⁵⁴ Kommer schweizisk domstol till att svensk rätt skall tillämpas, är nog risken stor för att avsaknaden av ett uttryckligt lagstadgande eller en fast praxis leder till att talan förkastas.

6.3. Internationella koder

Behovet av att utarbeta internationellt acceptabla principer för de multinationella företagens verksamhet och deras relationer till de samhällen de fungerar i har under de senaste tvenne decennierna uppmärksammats inom olika internationella organisationer. Ett sätt att närma sig problemen är att utarbeta förhållningsregler, internationella uppförandekoder. I det följande skall i korthet redogöras för en fungerande kod, nämligen OECD:s «Deklaration om internationella investeringar och multinationella företag» från 1976 - här kallad OECD:s uppförandekod.^{55 56 57}

54 Se t.ex. Karlgren, Internationell privat- och processrätt, 5 uppl. (Lund 1974) 76 ff. Märk ett uttalande av Karlgren (82) om att personalstatutet kan bli avgörande för frågan om personligt ansvar för delägarna i en sammanslutning.

55 OECD:s uppförandekod finns återgiven på finska i en trycksak utgiven av utrikesministeriet «Kansainvälinen sijoitukset ja monikansallinen yritykset» och på svenska i en trycksak från industridepartementet.

56 Uppförandekoder rörande multinationella företag har också utarbetats inom den internationella arbetsorganisationen ILO och FN:s konferens för handel och utveckling UNCTAD (beträffande överföring av teknologi).

OECD-koden innehåller, förutom en rad allmänt hållna principer om beaktande av värdlandets ekonomiska och sociala strävanden, särskilda avsnitt beträffande publicering av koncerninformation, konkurrens, finansiering, beskattning, sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor samt vetenskap och teknologi. Uppförandekoden är inte juridiskt bindande för företagen och den innehåller inga uttryckliga regler beträffande moderbolags juridiska ansvar i förhållande till dess dotterbolag. I samband med koden antogs även en principdeklaration om att värdland skall tillförsäkra multinationella företags dotterbolag samma behandling som nationella företag samt regler om konsultation mellan medlemsstaterna i frågor som gäller tillämpningen av koden och därmed sammanhängande överenskommelser. Konsultationerna äger rum inom OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag.

Betydelsen av uppförandekoden för frågan om multinationella företags ansvar får exemplifieras med det sk. *Badger-fallet*. Fakta i ärendet har återgivits under punkten b) ovan avsn. 1. Sedan det amerikanska moderbolaget vägrat stå för det belgiska dotterbolagets obetalda avgångsersättningar, tog den belgiska regeringen 1977 upp frågan till diskussion inom ovan nämnda OECD-kommitté. Även om kommittén enligt statuterna inte kan uttala sig om huruvida ett namngivet företag handlat i strid med kodens principer, kan kommittén göra en bedömning av hur koden skall tolkas i olika praktiska situationer.

I *Badger-fallet* kom intresset att koncentrera sig särskilt kring paragraf 6 i

57 Ett ambitiöst försök att på global nivå utveckla riktlinjer för multinationella företags verksamhet och samhälleliga relationer innebär arbetet på en FN-kod rörande transnationella bolag (Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations). Tyngdpunkten i detta projekt ligger på strävan att reglera relationerna mellan de industrialiserade ländernas multinationella företag (och statsägda företag) och utvecklingsländerna i egenskap av värdland för dessa företags dotterbolag. Arbetet präglas i hög grad av spänningarna inom den sk. nord - syd axeln och det är i skrivande stund osäkert, huruvida strävandena verkligen kan utmynna i en globalt acceptabel kod. I koden försöker man uppnå balans mellan u-ländernas intresse av att för sin ekonomiska utvecklingspolitik få tillgång till de multinationella företagens tekniska och ekonomiska know how på villkor som inte hotar värdlandets sociala och kulturella särdrag, och företagens krav på ett just och icke diskriminerande bemötande samt garantier mot godtycklig expropriering av dotterbolags tillgångar. Koden skulle lika lite som OECD-koden innehålla uttryckliga regler av betydelse för moderbolagets juridiska ansvar. En utgångspunkt är att värdlandets lagar skall tillämpas på dotterbolagen och att stat inte skall utöva påtryckning på annan stat för att stöda ett multinationellt företags utländska enhet, utan att konflikter skall biläggas genom bilateralt och multilateralt samarbete och med iakttagande av principerna för handläggande av internationella juridiska krav.

avsnittet om «sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor». Enligt denna paragraf skall moderföretaget, då det överväger förändringar i sin verksamhet, vilka avsevärt skulle inverka på de anställdas utkomst och särskilt vid tvångspermitteringar eller massavskedanden på grund av nedläggning av en enhet, samarbeta med de anställdas representanter och berörda myndigheter för att så effektivt som möjligt mildra de ogynnsamma följderna av förändringarna. Från belgiskt håll hävdades, att detta skulle förstås så, att **samarbetskravet** innebär skyldighet att betala dotterbolagets skulder. Kommittén uttalade, att sådant ansvar inte följer annat än om detta föreskrivs i nationell lag, men att paragraf 6 ställer avgångsersättningskrav i en särställning på grund av moderbolagets ansvar för dotterbolagets anställdas utkomst. Innan ärendet hann slutbehandlas, träffades under medverkan av den belgiska regeringen en uppgörelse med den innebörden, att moderbolaget åtog sig att svara för avgångsersättningarna.⁵⁸

7. Synpunkter de lege ferenda

Detta avsnitt innehåller en sammanfattande bedömning av de intresseavvägningar, som bör göras beträffande moderbolags gäldsansvar. Härefter gör jag ett försök att gallra fram sådant koncernbeteende som kan motivera ansvar för moderbolaget. Vidare diskuteras olika regleringsalternativ. Framställningen utmynnar i en spekulering över hur moderbolags ansvar på sikt kan tänkas bli reglerat i nordisk aktiebolagsrätt. Avsnittet avslutas med några tankar kring lösandet av ansvarsfrågorna i multinationella företag.

7.1. Fördelar och nackdelar av moderbolags ansvar

Den omedelbara nyttan av att moderbolaget blir ansvarigt, när dotterbolags tillgångar inte förslår till att betala skulderna, tillkommer, som ovan konstaterats, *dotterbolagets borgenärer*. Borgenärerna utgör emellertid inte någon homogen grupp. Kreditinrättningar, försäkringsbolag och andra yrkesmässiga kreditgivare beviljar kredit på basen av ofta ingående analyser av kredittaga-

58 Flera konsultationer, där även dotterbolag i nordiska länder varit inblandade, har efter krav från fackföreningshåll ägt rum utgående från riktlinjerna i ovan nämnda avsnitt om sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor, enligt vilka de anställdas representanter skall ha tillgång till information beträffande hela koncernens verksamhet samt möjlighet att förhandla med sådana företrädare för arbetsgivaren, som har fullmakt att fatta beslut i de frågor förhandlingarna avser.

rens ekonomi och verksamhetens framtidsutsikter. Vid denna bedömning beaktas också behovet av realsäkerheter och garantier av moderbolaget. Liknande bedömningar torde vanligen föregå ingående av mer omfattande samarbetsavtal mellan dotterbolaget och ett utomstående företag. Om kreditgivaren/ samarbetspartnern nöjer sig med en avsiktsdeklaration av moderbolaget eller förlitar sig på att moderbolaget av hänsyn till sin renommé annars kommer att hålla borgenärerna skadelösa, är detta en ordinär affärsmässig risktagning.

Något annorlunda är läget för borgenärer, vars fordringar uppkommit som ett led i löpande affärstransaktioner (leverenser med sedvanlig betalningstid, beställning av varor mot förskott, underleverenser, konsultuppdrag etc.). **Konkurrensen** och tempot i affärsverksamheten gör att det knappast är regel att införskaffa kreditupplysningar på dotterbolaget eller företa bokslutsanalyser o.likn. Moderbolagets existens, vetskapen om att medkontrahenten är en del av en större helhet kan samtidigt skapa en känsla av säkerhet beträffande bolagets betalningsförmåga. Å andra sidan får man räkna med att mer tillfälliga borgenärer kanske inte alls är medvetna om att medkontrahenten ingår i en koncern.

Borgenärernas rättsskyddsbehov måste avvägas mot de olägenheter moderbolagets **gäldsansvar** kan medföra. Friheten från personligt gäldsansvar i kombination med aktiernas natur av värdepapper har gjort det möjligt att uppbringa finansieringskapital på den fria kapitalmarknaden utan att de som placerar pengar i ett aktiebolag behöver riskera annat än att förlora sin insats. Aktieägaransvar i koncernförhållanden innebar inte att grunderna för aktiebolagsformen som idé raseras eftersom moderbolagets gäldsansvar i och för sig inte innebär ett personligt ansvar för dess aktieägare. I sista hand blir det emellertid *moderbolagets aktieägare* som med sina aktieinsatser kan komma att stå för dotterbolagets **gäld**. Då aktieägarna vanligen inte kan inverka på bolagsledningens beslut om att grunda eller förvärva ett dotterbolag, kan man hävda, att moderbolags gäldsansvar påför aktieägarnas investeringar nya och oväntade risker.⁵⁹

Principen om ansvarsgenombrott och moderbolags gäldsansvar i övrigt

59 En sak för sig är som Rodhe påpekar att det väl många gånger ligger i moderbolagets intresse att rädda sitt dotterbolag genom ett kapitaltillskott eller genom att stå för dess gäld i en konkurs för att på så sätt bevara sitt eget anseende. Se Rodhe 493. Denna uppfattning bekräftar av en förfrågan till ett tiotal finska storbolagsjurister samt några advokater och bankjurister. Nästan alla tillfrågade menade att moderbolaget har ett faktiskt gäldsansvar på grund av vikten att bevara bolagets imago.

kommer däremot i konflikt med en annan grundförutsättning för aktiebolaget som associationsform, nämligen *risktagandet*. Aktiebolag arbetar med riskkapital för att kunna ta ekonomiska risker, t.ex. förknippade med utnyttjandet av en uppfinning, tillämpning av ny teknik o.likn. Inom många branscher är kostnaderna och behovet av tekniskt-ekonomiskt kunnande för dylika satsningar så stort, att bara redan fungerade bolag har reella möjligheter därtill. Här kommer dotterbolaget in som en ändamålsenligt organisationsform (och vid etablering utomlands som den kanske enda praktiskt tänkbara). Ett generellt ansvar för dotterbolagets förpliktelser utöver det, som moderbolaget explicit påtagit sig, skulle kunna omöjliggöra många riskfyllda, men företags- och nationalekonomiskt motiverade projekt.

Ansvarsgenombrott i vid utsträckning skulle *försvara* planmässigt handlande inom koncernen, då man inte kan veta med säkerhet hur stort moderbolagets ansvar till en var tid är mätt i pengar. Detta kunde skapa allmän osäkerhet bland företagen och deras intressenter. Riskerna för att ekonomiskt risktagande kommer att bedömas i efterklokhetens ljus ökar. Om moderbolags gäldsansvar upphöjs till huvudregel, kunde det också återverka på dotterbolagets borgenärsers attityder i förhållande till bolaget som riskfaktor. Man kan räkna med att många borgenärer skulle anse det onödigt att säkra sina fordringar på förhand. Dotterbolaget skulle på så sätt få ett faktiskt ekonomiskt svängrum, som inte stod i proportion till dess egen kreditvärdighet.

Blir moderbolaget ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser, försämras givetvis moderbolagets finansiella situation. Saken ställs på sin spets, om såväl moderbolaget som dotterbolaget samtidigt kommer på obestånd. I så fall måste *moderbolagets borgenärer* konkurrera med dotterbolagets borgenärer om moderbolagets återstående tillgångar. Detta är en möjlighet som borgenärerna kan ha svårt att på förhand gardera sig emot koncernredovisningen till trots.⁶⁰

En samlad bedömning av argumenten ovan ger *inte vid handen, att ett generellt moderbolagsansvar för dotterbolags gäld vore av behovet påkallat*. Om ett sådant ansvar skulle påföras moderbolaget, får man räkna med att det kunde försvära bruket av dotterbolag också i sådana fall, där detta är företagsekonomiskt och samhällsekonomiskt ändamålsenligt.

Lika litet verkar det motiverat, att låta ett ansvar inträda som följd av sådana generella kvalifikationer som att

- dotterbolaget styrs helt av moderbolaget,
- dotterbolaget saknar ett självständigt ekonomiskt syfte,
- dotterbolaget verkar med ett otillräckligt eget kapital.

⁶⁰ Se Rodhe 493-494.

För vart och ett av dessa fall kan man peka på koncernbildningar som fungerar lojalt. Kapitalsvaghet har visseligen tillmätts betydande vikt i nordisk och internationell doktrin och praxis. Ensam för sig är emellertid denna omständighet otillräcklig som ansvarsgrund. Det är svårt att uppställa en allmän formel för när ett aktiebolag skall anses ha ett tillräckligt kapital. Lagstiftaren har nöjt sig med att föreskriva en minimigräns för aktiekapitalet, vilken i varje fall i Finland, Norge och Sverige (och i Danmark beträffande anpartsselskab) är betydelselös, som skydd för dotterbolagets borgenärer (vilket också kan sägas om reglerna i några lagar om obligatorisk avsättning till reservfond). Däremot finns det i speciallagstiftningen, såsom lagstiftningen om banker och försäkringsbolag, krav på att bolag skall ha ett eget kapital som är adekvat med tanke på bolagets risker. Ett eventuellt förbud mot underkapitalisering väcker också frågan vilken tidsperiod som skall beaktas. Skall man se till dotterbolagets hela livstid eller bara till en viss tid före det kom på obestånd?

För att vidga resonemanget kring behovet av ett moderbolagsansvar skall här införas en annan rättspolitisk dimension, nämligen personer, vilka utan eget val eller förskyllan blivit borgenärer i förhållande till dotterbolaget. Denna grupp kan bestå av *konsumenter*, som lidit en personskada på grund av att en produkt som dotterbolaget tillverkat varit defekt. Till gruppen utomstående skadelidande hör också *fastighetsägare*, vars egendom skadats till följd av dotterbolagets verksamhet.

Skadorna kan bero på miljöutsläpp från en produktionsanläggning, problemavfall, som lämnats åt sitt öde, eller sprängskador på närliggande egendom vid entreprenörverksamhet. Dylåka skador kan också ge upphov till krav från det *allmännas* - stat, kommun - sida och i värsta fall komma att vida överstiga dotterbolagets ekonomiska bas. Liknande synpunkter kan anläggas på skador, som vållas de *anställda*, t.ex. genom bruk av kemikalier, vars långtidseffekter inte på förhand utretts.

Ur rättspolitisk synvinkel är det viktigt, att samhället försöker skydda medborgarna från risker av ovan nämnt slag genom *förebyggande åtgärder*. Riskerna för skadliga produkter kan reduceras genom att normer för säkerhet och hållbarhet uppställs kompletterade t.ex. med ett effektivt förbudssystem, när förhandskontrollen sviker. Ser vi till modellfallet d) ovan avsn. 1 förefaller det som om konsumenternas rättsställning skulle vinna mer på att postförsäljningsföretag skulle avkrävas säkerhet motsvarande konsumenternas avbeställningskrav innan rätt att utnyttja postens tjänster beviljas, eventuellt också att garantiåtaganden bör säkras genom försäkring, än av att det utländska moderbolaget dras in i en kostsam och *svårförutsebar* rättegång.

Miljöskador återigen bör förebyggas genom lagstiftning, som fastställer

säkra gränser för utsläpp o.likn. Skadelidandes rätt till ersättning kan väsentligt tryggas genom obligatoriska försäkringsordningar, t.ex. produktskadeförsäkring, ansvarsförsäkring vid farlig verksamhet eller branschbundna **garantifonder**.

Genom lagstiftning och åtgärder av nyss nämnt slag kan inte alla risker förebyggas bl.a. för att reglerande åtgärder ofta släpar efter den teknisk-ekonomiska utvecklingen. Det enskilda företags förmåga att bära kostnaderna för skadevållande åtgärder förblir en betydelsefull faktor. Principen om *ansvarsgenombrott* utgör ett naturligt inslag i den arsenal av påföljder rättsordningen bör förfoga över för att kunna lägga ansvaret för skada på den som ytterst förorsakat skadan.

Studerar man den praxis, som uppstått i fråga om ansvarsgenombrott, kan man i många fall se hur moderbolagets planmässiga handlande för att **minimera** sin ekonomiska risk står i bjärt kontrast till borgenärens bristande möjligheter att gardera sig mot denna risk. Detta ger en utgångspunkt för ansvarsgenombrottet också de lege ferenda. *Moderbolaget bör ansvara för dotterbolagets förpliktelser, när dotterbolagets verksamhet ej uppfyller kraven på ett normalt affärsmässigt handlande, utan dotterbolaget framstår som en konstruktion avsedd att undandra moderbolaget ansvar.* Bolagsprivilegiet - ansvarsbegränsningen, den rättsliga autonomin - får inte bli en vindbrygga som faller up, när krav erkända av rättsordningen anmäler sig.^{60a}

Vid bedömningen, huruvida bolagsprivilegiet i det enskilda fallet bör respekteras för att tillgodose de intressen lagstiftningen förknippat därmed, bör man kunna ty sig till vissa *presumtioner*. Kan det visas, att nyttan av dotterbolagets verksamhet direkt tillfaller moderbolaget medan riskerna ligger hos dotterbolaget, vars eget kapital inte står i någon proportion till riskerna, måste det ankomma på moderbolaget att visa, att dotterbolaget drivits på ett lojalt sätt, som inte skiljer sig från vad som varit fallet, om bolaget fungerat som ett självständigt företag (principen om *arm's length*).

Ansvarsgenombrott bör inträda på *objektiva grunder*, någon missbruksavsikt behöver ej påvisas. Även de lege ferenda är det motiverat, att moderbolagets ansvar är *subsidiärt*. Det borde emellertid räcka, att borgenären för att kunna göra gällande sådant ansvar kan visa, att han inte fått betalning av dotterbolaget. För tydlighetens skull bör det påpekas, att ansvarsgenombrott skulle gälla både fordringar som uppkommit inom som utom ett kontraktsförhållande, också om tyngdpunkten kanske ligger på de senare.

60a Jfr. Munch, Modregning i konkurs, 155-156.

Vid dotterbolags konkurs är det särskilt med tanke på oprioriterade borgenärers rätt påkallat, att såsom huvudregel operera med ett *indirekt ansvar s genombrott*. Detta skulle innebära, att moderbolag kan göra gällande fordran mot ett dotterbolag bara om det kan visas, att den tillkommit under omständigheter, i vilka en motsvarande kredit hade kunnat erhållas av bank eller annan utomstående. Med hjälp av en sådan regel skulle moderbolagets fordringar stå tillbaka för övriga borgenärers (och utomstående aktieägares krav), när dotterbolaget varit underkapitaliserat och medlen med tanke på borgenärernas intressen borde ha getts i form av ett kapitaltillskott inte som lån. Lån, vilka en längre tid stått oamorterade, kan presumeras utgöra dotterbolagets eget kapital.

När moderbolag och dotterbolag samtidigt försätts i konkurs, borde det finnas möjlighet att förordna, att *konkursbona sammanslås*, varvid dotterbolagets borgenärer får konkurrera även om moderbolagets tillgångar och vice versa. En dylik sammanslagning kan vara praktisk i tillfällen, då bolagens tillgångar och kontrakt sammanblandats, kanske som led i ett försök att uppskjuta konkursen.⁶¹

7.2. Regleringsalternativ

Under föregående punkt har jag föreslagit begränsningar i moderbolags rätt att bevaka fordringar i dotterbolags konkurs samt möjlighet att sammanslå moderbolags och dotterbolags konkursbon. Dessa reformer hör naturligen hemma i *konkursrätten* och skulle förutsätta *lagstiftningsåtgärder*.

Vissa former för koncernmissbruk har så allvarliga samhälleliga konsekvenser, att de kan betecknas som *ekonomisk brottslighet*. Hit hör fall, då bolag används som täckmantel för ohederlig verksamhet, t.ex. för att undandra borgenärerna egendom i en förestående konkurs eller för att kringgå lagstadgade förbud eller krav på tillstånd o.likn. Sådana operationer kan, men behöver ej genomföras med anlitande av dotterbolag. Andra alternativ är att samma fysiska personer äger flera aktiebolag, vilka alltså bildar en sidoordnad koncern, eller att «huvudbolaget» använder sig av en fysisk person som bulvan.

För att dylika missbruk skall kunna beivras, krävs särskilda regler i lag, vilka ger polis- och åklagarmyndigheterna samt domstolarna klara riktlinjer att gå efter. Reglerna måste ges en ganska allmän tillämpning för att de ej skall kunna kringgås alltför lätt. Moderbolagets/huvudmannens civilrättsliga ansvar bör uppenbarligen kompletteras med andra påföljder, t.ex. företagsböter och

61 Se närmare Rodhe 494.

konkurskarantän för de **medagerande** personerna. En förlängning av fristerna för återvinning i konkurs kan också komma i fråga.

Som ett exempel på en tänkt speciallagstiftning, vilken även skulle kunna medföra visst gäldsansvar för moderbolag, kan nämnas den svenska utredningen med förslag till en allmän *bulvanlag* (SOU 1983:46). Förslaget har utarbetats av kommissionen mot ekonomisk brottslighet och skulle innebära bl.a., att tredje person, när ett bulvanskap föreligger, skulle kunna göra sin fordran gällande såväl mot huvudmannen (t. ex. ett moderbolag) som **bul** vanen (ett dotterbolag), om det inte visas, att bulvanskapet anordnats huvudsakligen av annan anledning än att huvudmannen skall undgå ansvar för **gäld** eller kunna kringgå tvingande stadganden i lag.⁶²

I detta sammanhang kan också nämnas att samma kommission 1983 gjort en **framställan** till den svenska regeringen om tillsättande av en särskild kommitté med uppgift att kartlägga i vilka fall det kan finnas behov av regler om ansvar för juridiska personers skulder.⁶³

Egentligt ansvarsgenombrott inträder typiskt under medverkan av domstol. Påtar sig moderbolag ansvar för ett dotterbolags förpliktelser av hänsyn till sitt rykte, kan man inte tala om ansvarsgenombrott, också om slutresultatet kunde bli det samma. Det finns två möjligheter att ge domstolen underlag för bedömningen i konkreta fall. Antingen föreskrivs i lag under vilka förhållanden moderbolag skall anses ansvarigt, eller så överlåter man åt domstolarna att också i fortsättningen bedöma ansvarsfrågan utgående från de allmänna principerna om identifikation.

Mot en reglering i lag av ansvarsgenombrott talar svårigheten att utforma regler, som är tillräckligt koncisa för att ge de medagerande - borgenärerna, moderbolaget, domstolarna - säkra riktmärken att gå efter. Strävar man åter till stor precision, växer risken för att man ej fångar upp alla önskvärda fall. Ett annat problem är att bestämma de ansvarigas krets. Skall man nöja sig med moderbolag till helägda dotterbolag, moderbolag i allmänhet eller också fånga in aktieägare som ej är aktiebolag?

För en reglering i lag talar framförallt det faktum att det, trots vad som ovan anförts beträffande doktrin och praxis, nog råder betydande osäkerhet och o vetskap därom, huruvida och inom vilka gränser ansvarsgenombrott kan

62 Enligt förslaget skulle visst slag av kringgående kunna medföra straffpåföljder både för huvudmannen och för bulvanen.

63 Någon kommitté har i skrivande stund ännu ej tillsatts. Såsom förslaget till direktiv har formulerats, går det utöver området för ansvarsgenombrott sådant det uppfattats i detta referat.

ske. Belysande är att enligt den enkät som nämns ovan i not 59, ingen av de tillfrågade bolagsjuristerna ansåg att moderbolaget har ett rättsligt ansvar för dotterbolags förpliktelser utöver vad som kan följa av regeln i aktiebolagslagen om aktieägares skadeståndsansvar. Man kan också förmoda att det koncernrättsliga ansvarsgenombrottet är en föga känd rättsfigur för många domare. Det vore knappast förvånansvärt, om t.ex. en finsk domstol skulle hysa betänkligheter mot att utan uttryckligt stöd i lag döma ett moderbolag att ersätta skador, som ett dotterbolag orsakat, i fall detta skulle ha som följd att moderbolagets existens sätts på spel.

En reglering i lag eliminerar inte de problem som hänger samman med att domstolarna måhända inte är särskilt vana att hantera så komplexa ekonomiska frågor, som en ansvarsgenombrottsprocess kan kräva. Här kan det ju bli fråga om att göra en ex post bedömning av dotterbolagets verksamhet och finansieringsstruktur under bolagets hela livstid. Ett lagstadgande skulle dock medföra avsevärda pedagogiska fördelar och samtidigt ha en allmänt preventiv effekt.⁶⁴

Personligen är jag *osäker* på, huruvida en reglering i lag av ansvarsgenombrott är att föredra eller ej. Enligt min mening saknas ett tillräckligt empiriskt underlag för att bedöma hur frekvent behovet av att kunna göra moderbolag ansvarigt är i praktiken. Min osäkerhet delas av de bolagsjurister jag tillfrågat. Majoriteten av de tillfrågade understödde de lege ferenda ett moderbolagsansvar, men på frågan, huruvida ansvaret borde regleras i aktiebolagslagen eller bestämmas in casu av domstol på basen av allmänna överväganden, fördelade sig svaren lika mellan alternativen.

Hur skulle ett eventuellt stadgande om ansvarsgenombrott i aktiebolag utformas? En ganska naturlig utgångspunkt vore stadgandena om aktieägares skadeståndsansvar. Dessa (se ovan avsn. 3.2.) kunde tänkas bli utbyggda med en särskild regel gällande koncernförhållanden av den innebörden, att moderbolaget skulle ha ett subsidiärt ansvar för skada som dotterbolaget förorsakat tredje person, såvida moderbolaget ej kan göra sannolikt, att skadan inte uppkommit som en följd av att moderbolaget dirigerat dotterbolagets verksamhet och försett bolaget med otillräckligt eget kapital. Ansvarspresumtionen

64 Detta resonemang bygger på förutsättningen, att missbruk av bolagsformen för brottsliga syften skulle motverkas genom särskilda lagstiftningsåtgärder, varigenom «hotet om ansvarsgenombrott» skulle komma att rikta sig till en företagarkrets av mindre kallhamrad kaliber.

skulle alltså kunna hävas, om det visas att dotterbolagets verksamhet ej innebär ett illojalt utnyttjande av bolagsformen i moderbolagets intresse.⁶⁵

7.3. En långsiktsprogno

I vilken riktning kommer koncernbestämmelserna att utvecklas i Norden? För Danmarks del kunde man svara: i den riktning harmoniseringsarbetet inom EG anger. Detta är inte ett dåligt svar för övriga nordiska länders del, även om några formella harmoniseringsåtaganden inte existerar. Utvecklingen i de ledande västeuropeiska ländernas bolagsrätt utöver ett faktiskt inflytande, inte minst när det gäller rättsinstitut som är viktiga för det internationella samarbetet mellan företag. Just nu förefaller harmoniseringen av koncernreglerna inom EG att stampa på stället. Detsamma gäller genomförandet av Europa-bolaget. Utvecklingens hjul kan emellertid sättas i rullning t.ex. genom att koncernfrågorna regleras i Frankrike och att denna reglering fångar upp de centrala elementen i de vilande EG-förslagen.⁶⁶

Om och när i Norden frågan väcks om att utveckla koncernreglerna med bestämmelser om förhållandet mellan moderbolagets ledning och dotterbolagets organ samt om skyddet av utomstående aktieägares rätt i dotterbolag, bindet också aktuellt att ta ställning till moderbolagets ansvar för dotterbolags förpliktelser. I så fall talar flera skäl för att det föreskrivs ett *generellt men subsidiärt ansvar för moderbolaget, i varje fall om moderbolaget kan ge dotterbolaget bindande direktiv* (se ovan not 51). Arrangemanget mellan bolagen bör i så fall på lämpligt sätt offentliggöras, så att borgenärerna vet vilket slag av koncernansvar moderbolaget har. Jag har visserligen tidigare i detta avsnitt förfäktat den synpunkten, att det inte finns ett starkt behov av ett generellt moderbolagsansvar, i varje fall inte för skulder, som uppkommit inom gränserna för normala affärstransaktioner. Man kan dock inte blunda för att den ansvarsmodell, som jag skisserat de lege ferenda, är ganska invecklad och bygger på kriterier, som det kan svårt för berörda parter att behärska.

65 Jfr. Borum 80 och Schmitthoff 79-80.

66 Det kan nämnas att ett förslag till koncernlagstiftning lades fram 1978 i Frankrike. Förslaget, som inte lett till lagstiftning, kan karakteriseras som en förenklad version av den tyska aktiebolagslagens koncernregler. Enligt förslaget skulle moderbolag svara solidariskt med dotterbolaget för det sistnämndas **gäld**, om ett avtal om dominans (contrat d'affiliation) ingåtts mellan bolagen. I andra koncerner skulle moderbolaget svara subsidiärt för skada som orsakats dotterbolaget, när moderbolaget utövat sitt inflytande över dotterbolaget. Se Brachvogel, Die neuere Entwicklung des Konzernrechts in Frankreich, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1980, 486 ff.

Min konklusion skulle därför vara att fördelarna av att åstadkomma ett slags *lex mercatoria* på koncernrättens område, bl.a. med tanke på internationella gäldsregleringar, är så pass betydande, att de skulle uppväga olägenheterna av ett moderbolagsansvar, som är längre gående än vad som vore absolut nödvändigt med tanke på dotterbolagets borgenärens berättigade intressen särskilt pappa. Låt mig dock tillägga, att jag i denna «prognos» har blicken ställd på nästa sekel.⁶⁷

7.4. *Multinationella företag*

De särskilda problem - även i fråga om moderbolags ansvar - som de multinationella företagens verksamhet särskilt i utvecklingsländerna ger upphov till, måste i första hand lösas med andra medel än sofistikerade tillämpningar av *ansvarsgenombrottsprincipen*. Å ena sidan är det naturligt att värdlanden försöker förbättra sina *förhandlingspositioner* för att redan i etableringsskedet kunna bygga in säkerhetsmekanismer, såsom krav på tillräckligt eget kapital, garantier för verksamhetens fortbestånd, participation av det offentliga eller av nationella företag osv. Å andra sidan gäller det att utveckla internationella instrument, typ *uppförandekoder* för multinationella företag, vilka är ägnade att harmonisera och precisera de spelregler som bör gälla mellan de medagerande (moderbolag, dotterbolag, hemland och värdland), och därigenom påverka attityderna i en konfliktutjämnande riktning. Erfarenheterna t.ex. av OECD:s uppförandekod (se ovan avsn. 7.2) och möjligheterna att på basen av koden diskutera konkreta problem visar, att också regler utan rättsligt bindande verkan åtminstone på sikt kan påverka de multinationella företagens beteende.⁶⁸

Frågan, vilken eller vilka juridiska regimer, som det multinationella företaget skall lyda under, är inte lätt att besvara de lege ferenda. Inom OECD diskuteras som bäst problemen kring kolliderande krav (conflicting requirements), som riktas mot olika enheter inom samma koncern. Det är uppenbart, att den internationella privaträttens modeller inte är svaret på dessa problem. En ökad ensidig tillämpning av principen om lagars extraterritoriella verkan

67 Jfr. Koski, Konsermi (Vammala 1977) 332 och Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 2 uppl. (London 1981) 45-46.

68 Följande uttalande av OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag i Badger-fallet (se ovan avsn. 7.1) är värt att återges: «... in the course of time sections of the Guidelines, although voluntary in their origin and not being sanctioned by law, may pass, by virtue of their general acceptance and frequent application, into the general corpus of customary international law».

eller andra principer, varigenom den nationella jurisdiktionen utsträcks att gälla internationella koncerner som en helhet, är en utveckling som knappast gynnar mindre industriländer. I svåra konfliktsituationer kan principen att stat skall visa återhållsamhet (approach of comity) knappast bli utslagsgivande.

Det är uppenbart att man måste utveckla de bilaterala konsultationsmekanismerna mellan staterna för att förbättra förhandsinformationen beträffande multinationella företags åtgärder och planer samt beredskapen att förhandla därom. En uppenbarligen svår, men inte oviktig fråga i detta sammanhang gäller facklig organisering på koncernnivå.

Vid sidan av vad som ovan sagts kan man tänka sig att det för olika branscher eller delproblem utvecklas *multilaterala mekanismer*, med hjälp av vilka ansvarsfrågor avseende multinationella företag kan hanteras. Inom skatterätten har bl.a. genom dubbelbeskattningsavtalen dylika mekanismer utvecklats. Just nu är bankbranschen aktuell. Utvecklingen under senare år med en ökad etablering av dotterbanker (eller filialkontor) utomlands och överhuvudtaget med en ökande internationalisering av bankverksamheten har gett inte minst centralbankerna och bankspektionsmyndigheterna anledning att överväga nya åtgärder och ett närmare samarbete, för att minska riskerna för att utomlands etablerade dotterbanker komma på obestånd och att moderbanken i ett sådant läge undandrar sig ansvaret för dotterbankens gäld, ett ansvar som hittills varit något av ett axiom inom bankvärlden.⁶⁹ Andra områden som kan tänkas lämpade för ett institutionaliserat samarbete är miljöskyddet, produkt-säkerheten, elektroniska kommunikationsmedel.

En utveckling av ovan antytt slag eliminerar inte behovet av att fortsättningsvis sträva till att bolagsrätten förenhetligas, verkställbarheten av utländska domar i civila mål ökar samt att förutsättningarna för att bilägga tvister, t.ex. rörande moderbolags ansvar, genom internationellt skiljedomsförfarande förbättras.

69 I dagstidningarna berättas i januari 1984 om att de nordiska affärsbankerna Skandinaviska Enskilda Banken, Föreningsbanken i Finland, Bergens Bank och Skånska Banken fått lov att tillskjuta 25 miljoner Sfr på grund av stora kreditförluster, som dessa bankers gemensamma dotterbolag Banque Scandinave en Suisse i Genève lidit föregående år. Betecknande för läget inom bankbranschen är, att de två största affärsbankerna i Finland företagit väldiga aktieemissioner bl.a. med hänvisning till det ökade ansvar den snabbt växande aktiviteten utomlands medför.

8. Sammanfattande teser

I. Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser

Enligt lag

1. Om moderbolaget «tömt» dotterbolaget i strid med reglerna om utdelning, t.ex. genom att uppbära förtäckt dividend, är bolaget skyldigt att återbära de olagligt uppburna beloppen.

2. Om moderbolaget på dotterbolagets bolagsstämma eller genom att utöva sitt inflytande över dotterbolagets ledning genomdriver ett beslut, som är i strid med aktiebolagslagen eller bolagsordningen, svarar bolaget för skada som beslutet vållat tredje person (dotterbolagets borgenär).

Enligt civilrättsliga regler

3. Moderbolaget kan bli *medansvarigt* för dotterbolags förpliktelse, om bolaget genom sitt uppträdande gett borgenär grundad anledning tro att moderbolaget är medkontrahent.

4. Moderbolaget kan bli *skadeståndsskyldigt* gentemot dotterbolags kreditgivare, om bolaget avgett en avsiktsdeklaration (letter of intent) till kreditgivaren och den kan tolkas som ett löfte att moderbolaget inte ämnar låta dotterbolaget råka på obestånd under kredittiden.

På grund av ansvarsgenombrott

5. Moderbolag kan ådraga sig ett *subsidiärt ansvar* för dotterbolags förpliktelse enligt principen om *identifikation*. Ansvarsgenombrott är då resultatet av en objektiv avvägning mellan vikten av att upprätthålla det aktiebolagsrättsliga normsystemet och behovet av att i det enskilda fallet ge rättsreglerna till skydd för den skadelidande genomslagskraft.

6. Principen om identifikation torde också kunna tillämpas, när moderbolag utnyttjar ett dotterbolag t.ex. för att *kringgå* tvingande regler i lag, förbud av myndighet eller avtalsbestämmelse.

7. I Finland kan moderbolags bevakning av fordran i dotterbolags konkurs underkännas på grund av identifikation (*indirekt ansvar s genombrott*).

II. Synpunkter de lege ferenda

8. Något påtagligt behov finns ej att ålägga moderbolag ett *generellt ansvar* för dotterbolags *gäld* eller ansvar för sådant dotterbolag, som verkat med otillräckligt eget kapital.

9. Ansvarsgenombrott bör kunna **å dömas** av domstol enligt principen för *identifikation*. Moderbolaget borde ansvara för dotterbolagets förpliktelser, när dotterbolagets verksamhet ej uppfyller kraven på ett normalt affärsmässigt handlande, utan dotterbolaget framstår som en konstruktion avsedd att undandra moderbolaget ansvar. - Detta ansvar kan komplettera de lagstiftnings- o.a. åtgärder, varigenom samhället strävar att förebygga skador på person och egendom och trygga skadelidandes rätt till ersättning.

10. Moderbolag bör som huvudregel inte kunna *bevaka fordran i dotterbolags konkurs*, om dotterbolaget varit i ekonomiskt trångmål, när krediten gavs.

11. I vissa fall bör moderbolags och dotterbolags *konkursbon kunna sammanställas*.

12 För att motverka *ekonomisk brottslighet*, där dotterbolags huvudsakliga uppgift är att möjliggöra kringgående av lag *el. likn.*, kan särskilda *ansvarsregler* innefattande också straff- o.a. sanktioner vara påkallade.

13. Om egentligt ansvarsgenombrott i enlighet med principerna ovan i punkt 8 av pedagogiska och andra praktiska skäl regleras i lag, rekommenderas att reglerna intas i stadgandena om aktieägares ansvar i form av en *ansvarspresumtion*, som moderbolaget kan häva genom att visa, att dotterbolagets verksamhet ej bedrivits på ett sätt som innebär ett illojalt utnyttjande av bolagsformen i moderbolagets intresse.

14. På lång sikt förutspås, att koncernrätten i *EG-länderna* harmoniseras och att som följd därav moderbolag kommer att bli subsidiärt ansvarigt för dotterbolags *gäld*, om moderbolaget har rätt att ge dotterbolaget bindande direktiv. I så fall talar starka skäl för att nordisk rätt anpassas till denna lösning, som har fördelen av att vara lätt att tillämpa och som skulle göra olika särregleringar överflödiga.

///. Multinationella företag

När moderbolag och dotterbolag har hemvist i olika länder, uppkommer med hänsyn till moderbolagets ansvar **bl.a.** följande speciella problem:

16. Nedläggning av dotterbolag och verksamhetens överflyttning till ett annat land har använts som påtryckningsmedel mot värdlandet. Motåtgärder mot multinationella företags rörlighet kunde vara *etableringsvillkor*, som tillvaratar värdlandets nationella intressen, samt *internationella koder* med riktlinjer för företagens uppförande.

17. Multinationella företags olika enheter kan mötas av krav från hemlandets och värdlandets lagstiftning, vilka är sinsemellan motstridiga. För att

motverka detta kan det behövas multilaterala arrangemang för att samordna dylika krav.

18. *Processuella svårigheter* kan uppkomma när det gäller att genomdriva ett ansvar mot moderbolag i främmande land. Det rekommenderas, att möjligheterna att få civila domar verkställda utomlands och avgöra tvister om multinationella företags ansvar genom internationellt skiljedomsförfarande förbättras.