

Ansvarsgjennombrudd i konsern



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 647
Leveringsfrist: 25.04.12

Til sammen 16 609 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Terminologi	4
1.3.1	Ansvarsgjennombrudd	4
1.3.2	Konsern	6
1.4	Rettskilder	7
<u>2</u>	<u>ALTERNATIVE ANSVARSRUNNLAG TIL ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	<u>10</u>
2.1	Innledning	10
2.2	Ansvar på erstatningsrettslig grunnlag	11
2.2.1	Erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1 og alminnelig erstatningsansvar	11
2.2.3	Arbeidsgiveransvaret	14
2.2.4	Organansvaret	16
2.3	Comfort letters og morselskapsgarantier	17
2.4	Proforma og ugyldighetstilfellene	18
<u>3</u>	<u>MEDVIRKER ANSVARET</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Historien bak aksjeloven § 17-1 annet ledd	20
3.3	Et alminnelig medvirkeransvar for skadevolder i norsk erstatningsrett?	20
3.4	Årsakssammenheng etter aksjeloven § 17-1 annet ledd	22
3.5	Medvirkeransvar i konsern	23
3.5.1	Intruks	24
3.5.2	Løpende kontakt mellom datterselskapets styremedlemmer og morselskapet	26
3.6	Forholdet til ansvarsgjennombrudd	27

4	<u>DET ULOVSETEDE ANSVARSGJENNOMBRUDD</u>	30
4.1	Innledning	30
4.2	Ansvarsgjennombrudd i norsk rett	30
4.3	Kriterier for ansvarsgjennombrudd på debitorsiden	33
4.3.1	Underkapitalisering og økonomisk ubalanse	34
4.3.2	Dominerende rådighet	36
4.3.3	Tapping av selskapsmidler	40
4.3.4	Sammenblanding	42
4.4	Answarets rettslige grunnlag	44
4.5	Kreditors forhold	45
5	<u>FREMMEDE RETT</u>	46
5.1	Innledning	46
5.2	Sverige	47
5.3	Danmark	48
5.4	USA	50
5.5	Tyskland	52
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	53
	<u>LITTERATURLISTE</u>	56
	<u>FORARBEIDER</u>	58
	<u>LOVREGISTER</u>	58
	<u>DOMSREGISTER</u>	59

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Temaet for oppgaven er hvorvidt ansvarsgjennombrudd eksisterer som et eget grunnlag i norsk rett og hvilken betydning tilføyelsen av medvirker ansvaret i lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeselskapsloven), henholdsvis lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven) har for dette.¹

Aksjeselskapene er selvstendige rettssubjekter og innehar alle de juridiske friheter og plikter som følger av dette. Det er nettopp denne begrensede ansvarsformen som har gjort det mulig å opprette virksomheter på risikofylte områder, noe som ikke ville ha vært mulig dersom ansvaret hadde vært ubegrenset i forhold til eierne. Ansvarsbegrensningen som skiller aksjeselskaper fra andre typer virksomhet er slått fast i aksjeloven (asl) og allmennaksjeloven (asal) § 1-2:²

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

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

Det er avvik fra dette utgangspunktet om at aksjeeiere ikke hefter for selskapets forpliktelser som er hovedproblemstillingen i oppgaven, og da særlig i forhold til morselskapet i et konsern.

¹ Lov av 13. juni 1997 nr. 44 og lov av 13. juni 1997 nr. 45 § 17-1 (2).

² Om andre selskapsformer med begrenset ansvar se lov av 21. juni 1985 nr. 83 § 1-1 (1) og lov av 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak.

Høyesterett har gjentatte ganger uttalt at det må noe spesielt til for å skjære gjennom ansvarsbegrensningen som ligger i aksjeselskapsformen, jfr. Rt. 1991 s. 119 på side 123 og Rt. 1996 s. 672 på side 678. Den første dommen dreide seg om ansvar for styremedlemmene, men betraktningene antas å være like gyldige ovenfor aksjeeiere da Høyesterett i de senere avgjørelsene flere ganger har referert til utsagnene i Rt. 1991 s. 119. Det må altså noe mer enn det som følger av den lovfestede reglen om erstatningsansvaret i asl § 17-1 for å skjære gjennom ansvarsbegrensningen. Det er disse særlige omstendighetene som vil bli drøftet i oppgaven.

Etter endringene i asl/asal § 17-1 i 2006 har rettskildebilde fått noen avklaringer.³ Erstatningsansvar for aksjeeiere ble presisert av lovgiver slik at det skulle gjenspeile gjeldende rett på område. Den største nyvinningen var asl/asal § 17-1 annet ledd om medvirkning. Hva denne kommer til å innebære i praksis gjenstår fortsatt å se, men presumpsjonen fra lovgivers side er at dette bare stadfester den rettspraksisen som allerede finnes på område.⁴ Hvilken virkning dette kommer til å ha på ansvarsgjennombrudd som selvstendig grunnlag er foreløpig ikke avklart. Jeg kommer til å ta opp dette temaet i punkt 3 før jeg drøfter det ulovfestede ansvarsgjennombruddet i punkt 4 for å gjøre oppgaven mer oversiktlig.

Drøftelsen er i utgangspunktet like relevant ovenfor alle aksjeeiere, men det er særlig i konsernforhold at det kan bli tale om et slikt interessefellesskap og samstemt opptreden at de særlige forholdene for ansvarsgjennombrudd foreligger. Konsern blir ofte drevet med konsernets, og ikke de enkelte selskapers, beste for øyet. Ansvarsgjennombrudd vil ha særlig stor betydning i konsern enn ellers da ansettelsesforholdene ofte er mer nyanserte og arbeidstakere kan ha flere roller i disse konstellasjonene.⁵ Et styremedlem i konsernstyret kan for eksempel samtidig være daglig leder, eller styreleder i et datterselskap.

³ Se uttalelsene i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 168.

⁴ Se uttalelsene i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 116.

⁵ Se uttalelsene i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) side 117 flg.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven vil omhandle aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det vil ikke bli sondret mellom de to selskapsformene, og drøftelsene er gyldige for begge selskapstyper med mindre noe annet kommer frem av sammenhengen. Andre selskapsformer enn dette vil ikke bli omtalt.⁶ Det er de privateide selskapene jeg har for øyet, og de offentlige selskapene vil således ikke bli omtalt selv om problemstillingene ofte er de samme i de kommunale og statseide konsernene.

Jeg bruker betegnelsen «aksjeeier» fremfor aksjonær da dette er terminologien aksjeloven anvender. Det vil i denne sammenheng bli anvendt om morselskapet, men er like gyldig ovenfor såvel fysiske personer som juridiske.

Det er viktig å presisere at det er ansvarsgjennombrudd ovenfor aksjeeiere som vil bli tatt opp i denne avhandlingen. Styreansvar faller således i utgangspunktet utenfor fremstillingen men vil bli nevnt i de sammenhenger der dette er relevant. I lys av problemstillingen må det også avgrenses mot ulovlige utdelinger fra morselskapet etter asl/asal § 3-7.

Begrepet ansvarsgjennombrudd omfatter to situasjoner. For det første tales det om ansvarsgjennombrudd der aksjeeieren blir ansvarlig ovenfor selskapet eller dets konkursbo for et større beløp enn det aksjetegningen referer til. For det andre kan det bli tale om ansvarsgjennombrudd i de tilfellene der aksjeeieren blir *direkte* ansvarlig ovenfor selskapets enkelt kreditorer og ikke bare ovenfor selskapet eller dets konkursbo, dette blir undertiden også omtalt som gjennomskjæring.⁷ Det er det sistnevnte som er temaet i denne oppgaven.

⁶ Se definisjonen av selskapsformen i asl/asal § 1-1.

⁷ Se uttalelsene i NOU 1992:29 på side 42.

Ansvar basert på kontraktrettslig grunnlag mellom aksjeeiere og kreditorene, eller ansvar for tap som aksjeeiere forsettlig eller uaktsomt har voldt under utførelsen av sine oppgaver etter asl/asal § 17-1 vil i hovedsak også falle utenfor fremstillingen. Jeg vil imidlertid komme noe inn på arbeidsgiveransvaret da dette i stor grad er en parallell til det rene gjennomskjæringsansvaret.⁸ Dette vil bli drøftet i korthet i punkt 2.2.2. Erstatningsansvar for selskapets miljøskader og skade på tredjepersoner havner på siden av denne drøftelsen selv om mange av argumentene vil ha gyldighet også for de tilfellene.

Ansvarsgjennombrudd i et slikt omfang ville bli et altfor omfattende tema for en oppgave av denne størrelsen. Jeg har derfor begrenset det til å dreie seg om aksjeeiers ansvar for pengeheftelser ovenfor enkelt kreditorer.

Fremmed rett vil bli tatt opp som et eget punkt da rettstilstanden ellers kan variere meget fra land til land. Spesielt i USA har spørsmålet om ansvarsgjennombrudd vært oppe til debatt, da under betegnelsen «piercing the corporate veil».⁹ Rettspraksisen der kan på noen områder kaste lys over situasjonen i Norge men dette må gjøres med noen reservasjoner, se punkt 5.4. Da mange av reglene på dette område har blitt utviklet gjennom et nordisk samarbeid vil jeg også komme inn på situasjonen i Sverige og Danmark. EU-retten vil bli omtalt i den grad den er relevant.

1.3 Terminologi

1.3.1 Ansvarsgjennombrudd

Ansvarsgjennombrudd, gjennomskjæring og heftelsesansvar blir til tider brukt om hverandre. Et annet uttrykk som ofte kommer inn er identifikasjonsansvaret. Alle begrepene er et uttrykk for det samme, men kan tenkes å bli brukt i noe forskjellige sammenhenger.

⁸ Se lov av 13. juni 1969 nr. 26 § 2-1.

⁹ Gorton: «Trough the corporate veil – något om ansvarsgenombrott i amerikansk rett.» I: Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) 1985 s. 198 flg.

Identifikasjonsansvaret blir ofte brukt om de situasjonene hvor arbeidsforhold eller annen tilknytning danner grunnlag for solidaransvar mellom mor- og datterselskap uten at førstnevnte anses å ha medvirket til det ansvarsbetingende forholdet. Den klare parallellen er skl § 2-1 som stadfester et identifikasjonsansvar hos arbeidsgiver for sine ansatte. Den mest utbredte betegnelsen for et lignende fenomen er ansvarsgjennombrudd eller gjennomskjæring. Dette har i forarbeidene blitt definert som:

*«Ansvarsgjennombrudd («piercing the corporate veil») vil si at aksjeselskapsformen settes til side, og at en eller flere aksjeeiere blir personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser eller for tap som er voldt ved dets virksomhet».*¹⁰

Som nevnt i punkt 1.1 er det ansvarsgjennombrudd for den enkelte aksjeeier i forhold til selskapets kreditorer det er tale om her. Innenfor denne avgrensningen har begrepet igjen en vid og en snever betydning. I vid forstand omfatter ansvarsgjennombrudd alle formene av ansvarsgrunnlag for aksjeeiere; erstatningsansvar, kontraktsrettslig ansvar og tilordningssynspunkter.¹¹ I den snevre forstand menes det ulovfestede ansvarsgjennombrudd som selvstendig grunnlag som følge av det fremtrer som utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen ovenfor kreditorene, eller at selskapene er så sammenblandet at selskapsformen ikke fortjener vern.¹² Selv om ansvarsgjennombrudd i snever forstand således er et selvstendig grunnlag, flyter argumentene for dette og for erstatningsansvar etter den alminnelige uaktsomhetsreglen lett over i hverandre. Det er ansvarsgjennombrudd i snever forstand som vil være gjenstand for denne oppgaven.

I lys av det ovenstående er det kanskje forståelig hvorfor enkelte velger å bruke begrepet heftelsesansvar. Det er tross alt aksjeeiers ansvar for selskapets heftelser det dreier seg om. Jeg synes likevel at ansvarsgjennombrudd eller gjennomskjæring er det mest passende. Det er etter min mening de to betegnelse som best kjennetegner den spesielle situasjonen

¹⁰ Se Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) punkt 12.1

¹¹ Se Kongeparkdommen og Uttalelsene i Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) punkt 12.1.

¹² Se Rt. 1996 side 672 (Kongeparkdommen)

hvor ansvarsbegrensningen i aksjeloven blir satt til side, og det er de to sistnevnte som vil bli anvendt i denne avhandlingen.

1.3.2 Konsern

Konsernforhold er definert flere steder i selskapslovgivningen, så som aksjeloven, selskapsloven og statsforetaksloven.¹³ Forskjellen i disse er i hovedsak selskapsformen. Kjernen er imidlertid den samme; et selskaps eller en annen type foretak har bestemmende innflytelse over ett eller flere andre selskaper eller foretak.

I EU-retten finner vi ingen konserndefinisjon som medlemslandene samt EØS-medlemmene er forpliktet til å gjennomføre i lovgivningen. Et unntak gjelder regnskapsretten hvor EUs syvende selskapsdirektiv inneholder en konserndefinisjon på regnskapslovgivningens område. Den avviker noe fra definisjonen i aksjeloven, men også der er kjernen den samme; bestemmende innflytelse. I tillegg til dette inneholder også Direktivet om europeisk samarbeidsutvalg (94/95/EF som ble vedtatt 22. september 1994) og hovedavtalen mellom LO og NHO sine definisjoner. Disse er noe mer omfattende enn i selskapslovgivningen, men avviker ikke fra det gjennomgående utgangspunkt.

Det er aksjelovens definisjon i asl § 1-3 vi forholder oss til i denne oppgaven. Asl § 1-4 inneholder regler for konsern hvor mor- eller datterselskapet er utenlandsk.

Kravet om «bestemmende innflytelse» må trolig forstås slik at; «*selskapet gjennom aksjer eller avtaler regulært er sikret en innflytelse over et annet selskap som i alminnelighet er forbundet med rådigheten over stemmeflertallet*».¹⁴ Av dette fremgår at den bestemmende innflytelsen kan baseres både på aksjemajoritet og avtale, eller stemmeflertall. Det kan også tenkes situasjoner hvor et selskap har en bestemmende innflytelse over et annet uten å inneha stemmeflertall eller rett til å utpeke flertallet av styremedlemmene. Vurderingen vil

¹³ Se asl. § 1-3, sel. § 1-2 (2) og statsforetaksloven § 2, annet ledd.

¹⁴ Se NOU 1996:6 side 15.

da avhenge av spredningen på selskapets aksjer, hvor mange stemmer som skal til for å dominere generalforsamlingen, osv.

Graden av integrert økonomisk og organisasjonsmessig samarbeid kan variere, men oftest utgjør konsernet en enhet. Rettslig sett utgjør alle de enkelte foretakene selvstendige enheter, men i praksis er det som oftest morselskapet som står for ledelsen under hensynet til hele konsernets interesse. Det er nettopp dette som fører til at spørsmålet om ansvarsgjennombrudd ofte reiser seg i forbindelse med konserner. De rettslige følgene av at det foreligger et konsernforhold vil bli nærmere tatt opp i punkt 2 og 4.

1.4 Rettskilder

Rettskildesituasjonen på området er noe spesiell da det ikke finnes lovfestede regler om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Høyesterett har imidlertid oppstilt kriterier til hva som må være oppfylt dersom gjennomskjæring skulle komme på tale.¹⁵ Den klareste parallellen til ansvarsgjennombrudd finnes i skl § 2-1, men denne gjelder kun identifikasjonsansvaret mellom morselskapet som arbeidsgiver og deres ansatte i ledende stillinger i datterselskapet. Bestemmelsen ble endret i forbindelse med ny aksjelovgivning i 1997, og det kommer nå klart frem i skl § 2-1 nr. 3 første punktum at verv som tillitsvalgt i et foretak ikke omfattes av arbeidsgiver ansvaret. Selv om regelen dermed ikke kan anvendes direkte, vil den være et tolkningsmoment i vurderingen da den ofte har blitt tatt inn som argument, og inspirasjon for et identifikasjonsansvar på selskapsrettens område.¹⁶

Spørsmålet om et identifikasjonsansvar, og/eller om lovfesting av ansvarsgjennombrudd har vært oppe til debatt i flere forarbeider.¹⁷ Selv om regelen ikke har blitt lovfestet er

¹⁵ Se spesielt uttalelsene i Rt. 1996 s. 672.

¹⁶ Se blant annet Krüger, Kai: «Arbeidsgiveransvar for beslutningstagere i datterselskapets styre?» I: Festskrift till Jan Sandström 1997 og Aarbakke, Magnus utredning om: «Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar for skade voldt av tillitspersoner i aksjeselskap eller allmennaksjeselskap» 2004, punkt 3.4.

¹⁷ Blant annet Ot.prp.nr. 36 (1993-1994), Ot.prp.nr. 23 (1996-1997), Ot.prp.nr. 25 (2005-2006) og NOU 1996:6.

mange av uttalelsene der fortsatt relevante for drøftelsen av rekkevidden, og vurderingshensynene bak en slik regel. Det blir uttrykt i forarbeidene at ansvarsgjennombrudd kan bli godtatt ved domstolene på ulovfestet grunnlag, og de overlater i hovedsak spørsmålet til å bli løst i praksis.¹⁸ Det er særlig forarbeidene til aksjeloven av 1997, og til de senere foretatte endringer i 2006 som vil ha betydning i denne sammenheng.

I rettspraksis foreligger det flere dommer som omhandler problemstillinger forbundet med ansvarsgjennombrudd, men det foreligger foreløpig ingen som uttrykkelig bygger på et slikt grunnlag. De mest sentrale dommene som foreligger er Rt. 1996 s. 672 «Kongeparken» og Rt. 1996 s. 742 «Minnor». Disse behandler begrepet uten konkret å avklare dets eksistens i norsk rett. I tillegg finnes det flere eksempler fra fremmed rett hvor ansvarsgjennombrudd har blitt akseptert som et selvstendig grunnlag. Disse må anvendes med varsomhet da rettsituasjonen ellers ofte skiller seg mellom landene, og behovet for slike regler varierer fra land til land. Jeg vil likevel trekke inn noe av praksisen fra EU og USA, da disse gir uttrykk for en internasjonal tendens på område som vil være relevant også for situasjonen i Norge.

Det foreligger en del juridisk litteratur på område, spesielt i form av artikler.¹⁹ Mange av disse ble imidlertid til i tiden før endringen som skjedde i aksjelovene i 1997 og 2006, så noen av argumentene har mistet den tyngden de hadde da disse ble skrevet. De inneholder likevel mange argumenter som fortsatt vil være gyldig og vil derfor være av relevans for drøftelsen.

For medvirkeransvaret er rettskildesituasjonen en annen da dette nå er lovfestet i asl § 17-1 annet ledd. Forarbeidene vil derfor være av større viktighet på dette området enn for ansvarsgjennombrudd. Det er rundt rekkevidden av medvirkningen de fleste spørsmålene

¹⁸ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) på side 117.

¹⁹ Blant annet Hagstrøm, Viggo: «Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett». I Tidsskrift for rettsvitenskap 1993 s 250 og Aarum, Kristin Normann: «Indirekte aksjonæransvar». I Nordisk tidsskrift for selskabsret 1999 s. 64

reiser seg. Selv om det i forarbeidene er vist til et par eksempler på hva medvirkning innebærer, er det ikke klart hvordan dette begrepet skal forstås i selskapslovgivningen. Eksempelene er konkrete, og gir ingen avklaring på hva som generelt sett er å anse som medvirkning på selskapsrettens område.

I juridisk teori og rettspraksis har strafferettens medvirkeransvar blitt brukt som inspirasjon og veiledning ved fortolkningen av begrepet.²⁰ Det må presiseres at rettskildene fra strafferettens område vil bli brukt som veiledende, de vil dermed ikke ha samme tyngde som kildene fra bestemmelsens eget område.

Foreløpig er det ikke meg kjent at det har kommet noen Høyesteretts avgjørelser hvor asl § 17-1 annet ledd har blitt direkte anvendt. Det finnes likevel en del praksis om § 15-1 i aksjeloven av 1976, og etter forarbeidene vil denne fortsatt være relevant på område.^{21,22} Man må likevel være oppmerksom på at medvirkerkretsen er videre etter den nye bestemmelsen. Det foreligger også en del rettsavgjørelser hvor domstolen kommer inn på temaet, og disse vil selvfølgelig være relevante. Da spørsmålet ikke kan sies å være avklart i praksis vil juridisk teori som foreligger på området være meget viktig også i forbindelse med medvirkeransvaret.

²⁰ Blant annet; Normann, Kristin: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2) – Særlig om medvirkeransvar i konsernforhold». I Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, 2010 s. 232-252 og Vatne, Cecilie: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd». Publisert som artikkel ved Advokatfirmaet Selmer.

²¹ Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet).

²² Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) side 117.

2 **Alternative ansvarsgrunnlag til ansvarsgjennombrudd**

2.1 Innledning

Som det kommer frem i punkt 1.3.1, grenser det rene ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag opp mot erstatningsansvar, kontraktrettslig ansvar og tilordningssynspunkter. Forholdet mellom disse er ikke endelig avklart verken i teori eller praksis, og på mange områder vil de kunne føre til samme resultat.²³ Hensynene som ligger bak de forskjellige ansvarsformene vil ofte også falle sammen og gripe inn i hverandre.

Hagstrøm tar til ordet for at erstatningsansvaret og ansvarsgjennombruddet i bunn og grunn er det samme fenomenet, og at skillet i hovedsak er av terminologisk art.²⁴ Han peker særlig på at de tilfellene som karakteriseres som ansvarsgjennombrudd bærer preg av uaktsomhet, slik som underkapitalisering og illojal tapping. Han synes også å mene at man kan legge det tradisjonelle erstatningsrettslige synspunktet om at den egentlige virksomhetsinnehaveren må bære ansvaret utad, til grunn i tilfellene av sammenblanding. Selv om det er mange likhetstrekk, vil jeg si meg uenig. Slik jeg ser det har ansvarsgjennombrudd blitt anerkjent som et selvstendig grunnlag både i rettspraksis og forarbeider til tross for at det ikke har blitt stadfestet. I internasjonal sammenheng har det kommet flere føringer på at styret i datterselskapene bør være mer uavhengig.²⁵ Ikke minst er ansvarsgjennombrudd anerkjent i flere utenlandske rettssystemer. Jeg mener derfor det er mer pedagogisk riktig å operere med to forskjellige begreper på dette området. Hagstrøms uttalelser stammer imidlertid fra tiden før Minnor- og Kongeparkdommen og før den nye aksjeloven av 1997, de har dermed kanskje mistet noe av den tidligere tyngden.²⁶ I etterkant av Hagstrøms «Obligasjonsrett» og hans artikkel om «Ansvarsgjennombrudd i norsk rett» har Høyesterett avskåret arbeidsgiveransvar ovenfor

²³ Se uttalelser i Ot.prp.nr 23 (1996-1997) punkt 12.1.

²⁴ Se Hagstrøm; «Obligasjonsrett» side 100-101 og Hagstrøm; TfR 1993 side 250 (side 279 flg).

²⁵ Se EUs rekommendasjon 2005/162/EF og Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side 124.

²⁶ Se Rt. 1996 s. 742 og Rt. 1996 s. 672.

styremedlemmer samtidig som de har åpnet for at ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag eksisterer, og medvirkeransvaret har blitt lovfestet. Alminnelig erstatningsansvar vil bli behandlet i punkt 2.2.1, i den videre fremstillingen i punkt 4 vil jeg prøve å belyse skillet mellom de to ansvarsgrunnlagene.

Nedenfor vil det bli kort redegjort for de mest utbredte ansvarsgrunnlagene slik at det blir lettere å skille mellom dem. De vil også kunne være med som momenter i den senere drøftelsen av det ulovfestede ansvarsgjennombrudd i punkt 4, og i en noe mindre grad i forhold til medvirkeransvaret i punkt 3.

2.2 Ansvar på erstatningsrettsliggrunnlag

2.2.1 Erstatningsansvar på grunnlag av aksjeloven § 17-1 og alminnelig erstatningsansvar

Slik asl § 17-1 lød før endringen i 2006, var det bare datterselskapet som hadde et direktekrav på erstatning fra morselskapet.²⁷ De resterende som kunne tenkes å ha et erstatningskrav var henvist til de alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige reglene. Etter endringene er imidlertid også «aksjeeier» og «andre» tatt med som skadelidte i bestemmelsen (andre vil typisk omfatte selskapets kreditorer, men er ikke begrenset til disse).²⁸

Selv om uaktsomhetsansvaret nå er omfattet av asl § 17-1 gjelder de alminnelige erstatningsreglene på det som faller utenfor, og vurderingskriteriene er i all hovedsak de samme.²⁹ Dersom aksjeeier (morselskapet) skal holdes direkte ansvarlig ovenfor kreditor på dette grunnlaget er det tre vilkår som må være oppfylt; aksjeeier må ha opptrådt

²⁷ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) punkt 16.

²⁸ Ot.ptp.nr.55 (2005-2006) kap. 20 punkt 20.1 side 167.

²⁹ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side 114.

uaktsomt, det må foreligge et økonomisk tap og det må være adekvat (påregnelig) årsakssammenheng mellom den uaktsomme opptreden og det tapet som har oppstått.³⁰

Fokuset er altså satt på skadevolderen. Det er dennes opptreden som skal vurderes, og som er avgjørende for hvorvidt erstatningsansvaret kan gjøres gjeldende. Imidlertid er det slik at den skadelidtes oppførsel likevel kan få betydning i form av lemping av ansvaret. Dersom kreditor har medvirket til at tapet har oppstått, vil det kunne føre til at ansvaret blir begrenset.³¹

En forutsetning for at uaktsomhetsansvaret, både etter asl § 17-1 og etter alminnelige ulovfestede regler, skal komme på tale er at det foreligger en erstatningsmessig skade, et tap. Dette er noe som skiller seg fra ansvarsgjennombruddet hvor det bare er et udekket krav hos kreditor på selskapet som må dokumenteres, dette vil bli nærmere tatt opp i punkt 4.

Det må som nevnt foreligge en adekvat årsakssammenheng mellom den uaktsomme opptreden og den skaden som har oppstått. Det er den skadelidte som må bevise at det foreligger sammenheng mellom skadevolders handlinger/unnlatelser og den skade han har blitt påført. Ved aktsomhetsvurderingen er påregnelighetsbetraktningene relevante; *«skadeevnen må ha vært synbar eller påregnelig»* for skadevolderen.³²

Hensynene som må tas ved tapsutmålingen er mange i erstatningsretten. Blant annet er det hensynet til tapsbegrensning, medvirkning og lignende. Disse ser jeg ikke grunn til å gå inn på her.³³ Jeg vil imidlertid gjøre oppmerksom på at slike utmålingsprinsipper i utgangspunktet ikke gjør seg gjeldende ved ansvarsgjennombrudd. Dersom gjennomskjæring blir stadfestet, vil kreditor få dekket det beløpet som tilsvarer

³⁰ For en utførlig redegjørelse om erstatningsspørsmålene se Peter Lødrup: «Lærebok i erstatningsrett».

³¹ Se aksjeloven § 17-2. Dette følger også av alminnelige ulovfestede erstatningsregler.

³² Lødrup; Lærebok i erstatningsrett side 134.

³³ For en nærmere behandling av temaet se Lødrup; Lærebok i erstatningsrett.

selskapsheftelsen. Det vil ikke være aktuelt med lempning av ansvaret på erstatningsrettslige synspunkter da aksjeeier trer inn som debitor istedenfor selskapet. Her er det mulig å trekke en parallell til dekningslovens §§ 7-3 og 7-4 hvor konkursboet trer inn i skyldnerens avtaler.

Innenfor det alminnelige erstatningsansvaret er det en subjektiv og en objektiv side. Ved den subjektive vurderingen er det skyld hos skadevolderen som vurderes, ved ansvar på objektivt grunnlag er det derimot hvem som er nærmest til å bære risikoen som vil være det sentrale vurderingstemaet.³⁴ Det er det sistnevnte ansvarsgjennombruddet har mest til felles med. Ved vurderingen av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd, blir de subjektive forventningene og kunnskapene hos aksjeeier ikke tillagt like stor vekt som ved en aktsomhetsvurdering. Det er likevel kanskje mest riktig å si at avveining ved gjennomskjæring faller et sted mellom den objektive og subjektive. Dette kan til dels leses ut av rettspraksis; i Rt. 1996 s. 672 (Kongeparkdommen) uttaler Høyesterett at et ansvarsgjennombrudd må begrunnes blant annet med at det fremtrer som *«utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen»*, dette legger opp til en viss aktsomhetsvurdering. Dette blir også fremhevet i forarbeidene at ansvarsgjennombrudd i kontraktsforhold er forbehold de tilfellene hvor det foreligger *«særlige omstendigheter som tilsier at medkontrahenten nærmest er ført bak lyset»*.³⁵ I Rt. 1996 s. 742 (Minordommen) uttaler imidlertid førstvoterende (side 757) at *«De ankende parter har gjort gjeldende at ansvar kan pålegges eierselskapene på objektivt grunnlag»*. Slik sett faller vurderingen etter mitt syn et sted mellom rimelighetsbetraktninger og subjektive forhold. Forhold på aksjonærens side vil komme i betraktning, likevel slik at det ofte vil være en kombinasjon av disse og reelle hensyn som til sist vil være avgjørende for om ansvarsgjennombrudd blir stadfestet. Kravene til årsakssammenheng, økonomisk tap og utmålingsprinsippene vil imidlertid være de samme både ved subjektiv og objektivt ansvar, således vil begge skille seg ut fra den rene gjennomskjæring.

³⁴ For mer om uaktsomhetsansvarets subjektive side se; Lødrup: Lærebok i erstatningsrett s. 139 flg.

³⁵ Se Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) side 125 og Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) side 117.

2.2.2 Arbeidsgiveransvaret

Det har i teorien lenge vært diskusjoner om hvorvidt det eksisterer et arbeidsgiveransvar i morselskapets beslutningstagere i datterselskapets styre.³⁶ I den juridiske litteraturen har også flere ganger blitt argumentert med at arbeidsgiveransvaret, eller identifikasjonsansvaret, er den mest passende formen for «gjennomskjæring» i konsernforhold.³⁷ Det har i den sammenheng særlig blitt referert til skadeerstatningsloven § 2-1, da den er det klareste uttrykket for identifikasjonsansvar i norsk rett.³⁸

Selv om mange av argumentene for å anvende identifikasjonsansvaret fortsatt kan ha relevans ved vurderingen av ansvarsgjennombrudd, har skl § 2-1 mistet mye av sin betydning på området. Vi fikk et prejudikat med Rt. 1996 s. 742 (Minnordommen) som klargjorde at skl § 2-1 ikke fikk anvendelse på styremedlemmer. Etter vedtakelsen av aksjelovene i 1997 ble det samtidig innført en endring i skl § 2-1 nr. 3 første punktum som stadfester at verv som tillitsvalgte i foretak ikke omfattes av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven.

I ettertid har spørsmålet flere ganger vært oppe til debatt hos lovgiver.³⁹ Da det ble tatt opp i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) stilte departementet seg positiv til en åpning for innføring av et arbeidsgiveransvar i aksjeloven. Det ble imidlertid understreket at en slik regel måtte være snever, og begrenset til de situasjoner hvor noen har medvirket til styremedlemmets handlemåte.⁴⁰ Forslaget ble ikke fulgt opp i sin tid, men resulterte i 2006 i et medvirkeransvar i asl § 17-1 annet ledd.

³⁶ Krüger: «Arbeidsgiveransvar for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?», i Festskrift til Jan Sandström, 1997 side 281 flg og NOU 1996:6.

³⁷ Se blant annet Aarbakke, Magnus; utredning om «Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje- og allmennaksjeselskapsforhold», oktober 2004, se også note 33.

³⁸ Se blant annet Krüger: «Arbeidsgiveransvar for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?» I: Festskrift till Jan Sandström, 1997 side 281 flg.

³⁹ NOU 1996:6, Ot.prp.nr. 23 (1996-1997), Ot.prp.nr. 55 (2005-2006).

⁴⁰ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) punkt 12.2.5.3.

I Ot.prp.nr55 (2005-2006) ble forslaget om innføringen av et arbeidsgiveransvar ovenfor styremedlemmer tatt opp til ny vurdering. Forslaget ble også denne gangen forkastet. Drøftelsen var imidlertid mye mer omfattende enn tidligere. Departementet påpekte at et slikt ansvar i hovedsak kunne bli aktuelt i konsernforhold både på grunn av de retts tekniske problemene og den spesielle organisasjonen i konsern (se punkt 1.3.2).⁴¹ Det ble også fremhevet at medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd ville fange opp de tilfellene hvor det forelå klanderverdige forhold på arbeidsgivers side. Et annet viktig moment var at et arbeidsgiveransvar for styremedlemmer kunne medføre at disse ble mindre selvstendige. Utgangspunktet er at hvert selskap i et konsern utgjør en selvstendig økonomisk enhet, og at de som sitter med tillitsverv i selskapet skal handle i dette selskapets interesse. Dersom morselskapet skulle ha et identifikasjonsansvar ovenfor «sine» styremedlemmer i datterselskapene ville dette kunne føre til strengere tilsynskontroll og større bruk av instruksjoner i frykt for å bli ansvarlig (dette vil bli nærmere tatt opp i punkt 3.5).

På internasjonalt plan ser det også ut til at tendensen går i retningen av å gjøre styremedlemmene mer uavhengige, dette kommer til uttrykk i anbefalingene for foretaksstyring «corporate governance», og gjennom EUs rekommendasjon 2005/162/EF om styremedlemmer som har en tilsynsfunksjon og om bruken av styrekomiteer.⁴² Departementet utelukker imidlertid ikke at et slikt ansvar vil kunne bli på et senere tidspunkt.⁴³

Selv om det således ikke på nåværende punkt foreligger et arbeidsgiveransvar ovenfor styremedlemmer, vil dette være momenter som kan komme i betraktning både for medvirkeransvaret og for ansvars gjennombrudd, særlig i forhold til instruksjoner fra morselskapet til datterselskapets styre. Det alminnelige arbeidsgiveransvaret har også blitt

⁴¹ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) side 122.

⁴² Corporate Governance – the Foundation for Corporate Citizenship and Sustainable Business art II, D. Se også «The Norwegian Code of Practice for Corporate Governance» art. 8.

⁴³ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 124-125.

påropt i retten i ettertid, selv om jeg ikke kjenner til noen dommer hvor dette har blitt stadfestet.⁴⁴

2.2.3 Organansvaret

Organansvaret innebærer at en juridisk person (morselskapet) blir identifisert med den som handler på dettes vegne, slik at eventuell uaktsom opptreden anses som morselskapets egen.⁴⁵ Dette blir også betegnet som aktiv identifikasjon.⁴⁶

At det finnes et slikt ansvar i norsk erstatningsrett er ikke omstridt, men det er uklart om ansvaret gjør seg gjeldende ovenfor morselskapets ansatte i ledende stillinger som innehar tillitsverv i datterselskapene.⁴⁷ Dette vil innebære at de anses som organ i to ulike selskaper samtidig. Høyesterett har ikke tatt et klart standpunkt til dette spørsmålet.

I Rt. 1996 s. 742 (Minnordommen) ble organansvaret avvist for styremedlemmer i datterselskapet. Dette gjaldt imidlertid i den konkrete situasjonen; «*Jeg tar ikke standpunkt til om disse styremedlemmene må anses som organer i eierselskapene. I Minnor handlet de som medlemmer av styret og pliktet å handle i dette selskapets interesse. Jeg kan ikke se at de samtidig kan anses å handle som organer i det selskapet der de var ansatt*» (på side 759). Slik jeg leser dommen utelukker den ikke fullstendig organansvar for ledende ansattes atferd som styremedlemmer i et datterselskap, men fastslår at det vil være forbeholdt de mer spesielle tilfellene. Der styremedlemmet handler i strid med datterselskapets interesser, og klart setter sin rolle som ansatt i morselskapet først, vil det ikke være helt utenkelig å gjøre organansvaret gjeldende. Sannsynligvis vil datterselskapet da være å anse nærmest som en underavdeling i morselskapet, slik at det ikke vil bli tale om organansvar men heller en stadfestelse av den reelle selskapsformen og det hele blir ansett å være et og samme selskap.

⁴⁴ Rt. 2010 s 306.

⁴⁵ Se Hagstrøm: «Obligasjonsrett» s 477-480 og Rt. 1995 s. 209.

⁴⁶ Se utredningen av Magnus Aarbakke av oktober 2004 i punkt 1 for definisjon.

⁴⁷ Rt. 1995 s. 209.

2.3 Comfort letters og morselskapsgarantier

Morselskapserklæringer er en undergruppe av comfort letters (eller «trøstebrev» som de gjerne kalles i Norge). Morselskapet avgir noen ganger slike erklæringer til datterselskapets kravshavere for å vise sin støtte. Grunnene til dette kan være mange, men viktigst for denne drøftelsen er morselskapserklæringer som blir avgitt med sikte på å oppnå kreditt og det er spørsmålene knyttet til disse som vil være temaet her.

Hovedspørsmålet rundt trøstebrev er om de innebærer noen rettslig forpliktelse, meningen med slike brev er nemlig ofte nettopp å forbli i gråsonen.⁴⁸ De kan være av meget forskjellig art, fra løse eierinteresseerklæringer til tilbakeståelseserklæringer av mer garantilignende karakter.⁴⁹ Dersom disse erklæringene skal få en reell betydning rettslig, må de inneholde «løftevirkninger», altså ha karakter av å være et dispositivt utsagn.

I praksis må disse erklæringene tolkes etter avtalerettslige prinsipper. Det har blitt fremhevet i teorien at de likevel må formodes å tillegges løftevirkninger.⁵⁰ Det interessante er i denne sammenheng at enkelte har pekt på at vurderingen etter reglene om ansvarsgjennombrudd ofte også vil være avgjørende for ansvaret på grunnlag av morselskapserklæringer. Dersom det ikke blir aktuelt med ansvarsgjennombrudd, vil således morselskapet ikke være ansvarlig overhodet. Spørsmålet er ikke endelig løst verken i praksis eller teori. Røsæg ser ut til å stille seg skeptisk til en slik slutning, men utelukker

⁴⁸ Trøstebrev innehar ofte en vag formulering, noe som gjør det vanskelig å fastslå om hvorvidt brevet forplikter til noe konkret eller bare er en positiv ”reklame” for datterselskapet, dette blir utførlig drøftet i Erik Røsæg ”Garantier eller fattigmanns trøst?”.

⁴⁹ Erik Røsæg; «Garantier eller fattigmanns trøst?» s. 63-75.

⁵⁰ Røsæg; «Garantier eller fattigmannstrøst?» s. 346-351. Røsæg trekker her frem parallellene mot tysk rett hvor morselskapserklæringer forekommer hyppig. Han peker på at det i tysk rett foreligger et prinsipp om «Treu und Glauben» (prinsippet om tro redelighet og god tro), som tilsier at uklare utsagn formodes å inneholde løftevirkninger når kravshaver etter morselskapets ønske har innrettet seg i tillit til morserklæringer, «Vertrauenshaftung».

den ikke. Han fremhever også at det ofte vil bli en grensdragning mellom tilfellene.⁵¹ I alle tilfeller vil slike utsagn avgitt av morselskapet, for eksempel i forbindelse med forhandlinger for datterselskapet, være et relevant moment i vurderingen av ansvarsgjennombrudd.

Dersom man legger til grunn en formodningsregel om løftevirkninger for morselskaps erklæringer, glir vi lett over i morselskapsgarantier. Der morselskapet har avgitt en garanti for datterselskapet, utløses et rent objektivt ansvar dersom garantien blir aktuell. Både komfort letters og morselskapsgarantier er kontraktsfestede ansvarsgrunnlag og skiller seg på denne måten fra ansvarsgjennombrudd. Komfort letters uten bindende virkning vil likevel være et moment som kan trekke i retningen av gjennomskjæring i en helhetsvurdering.

2.4 Proforma og ugyldighetstilfellene

I proforma tilfeller er selskapsformen bare en formalitet, den har ingen selvstendig betydning. Hovedregelen da er at det simulerte forholdet er ugyldig. I et konsern ville således et datterselskap bli ansett nærmest som en nullitet slik at alle dets handlinger ville være å anse som morselskapets egne. Dette har mange likhetstrekk med gjennomskjæring av selskapsformen, og noen av momentene i vurderingen vil være de samme. Det er likevel slik at proforma bare vil være aktuelt i de mer grove tilfellene hvor datterselskapet ikke er å anse som et selvstendig rettssubjekt. Ved ansvarsgjennombrudd er selskapsformen fortsatt gyldig, men blir satt til side av hensyn til kreditorene.

Det foreligger meg kjent bare en dom hvor proforma har blitt brukt som et eget grunnlag for å tilkjenne morselskapet ansvar, Rt. 1932 s. 1015. Det er imidlertid mindretallet som direkte taler om proforma, men det er nærliggende å forstå flertallets uttalelser slik at det er dette som er meningen; ”*Jeg maa se forholdet slik at dannelsen av selskapet og overføringen av rettighetene til dette er at regne som et indre arrangement fra bankens side for at gjøre sine eiendeler ferdige til salg. Banken har av rent administrative grunner*

⁵¹ Røsæg; «Garantier eller fattigmannstrøst» s. 352.

dannet et for eiendommens salg teknisk hensiktsmessig redskap og har legitimert dette redskap til at overføre rettighetene naar en virkelig salgsadgang forelaa".⁵² Selv om proforma ikke er en anerkjent måte å tilkjenne morselskapet ansvar på, er det ikke helt utenkelig at dette kan skje i fremtiden også.

3 Medvirker ansvaret

3.1 Innledning

Medvirkeransvaret i aksjeloven § 17-1 annet ledd er av relativt ny dato og kom inn som følge av lovendring nr. 88/2006. Bestemmelsen er direkte knyttet til erstatningsansvaret i § 17-1 første ledd. Medvirkeransvaret forutsetter skyld hos medvirkeren, mens det for hovedmannen er tilstrekkelig at de objektive vilkårene for ansvar er oppfylt. Dersom vilkårene for medvirkeransvaret er oppfylt hefter medvirker og hovedmannen solidarisk. Dette innebærer at skadelidte kan forholde seg til hvem av debitorerne han vil, da de begge hefter for det fulle tapet.⁵³ I de tilfellene hvor hovedmannen går fri som følge av at han ikke har utvist skyld, jfr. asl § 17-1 annet ledd, annet punktum, vil medvirkeren hefte alene.

Fremstillingen vil konsentrere seg om aksjeeier som medvirker, selv om mange av drøftelsene også vil være relevante for de andre gruppene som er omfattet av bestemmelsen.⁵⁴ Skadelidte er de samme som i asl § 17-1 første ledd, se punkt 2.2.1.

⁵² Se Rt. 1935 s. 1015 på side 1018-1019.

⁵³ Hagstrøm; Obligasjonsrett, s. 104.

⁵⁴ Medvirkeransvaret omfatter foruten aksjeeier andre som har en selskapsrettslig egenskap eller funksjon samt andre med en relasjon til selskapet, herunder finansinstitusjoner eller kommune (selv om de ikke er aksjeeier i selskapet), se Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på s 167.

3.2 Historien bak aksjeloven § 17-1 annet ledd

Før endringene i 2006 var medvirkeransvaret som nevnt hjemlet i alminnelige ulovfestede erstatningsregler. Før dette igjen var det imidlertid en hjemmel om medvirkeransvar for aksjeeiere i aksjeloven av 1976 § 15-1. Slik medvirkeransvaret er formulert nå regulerer det ansvarsspørsmålet fra skadelidtes side slik at bestemmelsen legger til rette for etterfølgende bestemmelser i kapittel 17 i aksjeloven.⁵⁵

Som nevnt i punkt 2.2.2 ble et utvidet ansvar vurdert som en egen § 17-2 allerede i Ot.prp.nr. 23 (1996-1997), men bar da sterk preg av et arbeidsgiveransvar. Da medvirkeransvaret på ny ble tatt opp i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) skjedde det en helomvending og ansvaret ble uttrykkelig avgrenset mot et arbeidsgiveransvar. Man må for øvrig ikke glemme at arbeidsgiveransvar for styremedlemmer ble avvist av Høyesterett i Rt. 1996 s. 742 (Minnordommen), noe som sansynligvis satt sitt preg på arbeidet med de nye endringene. Forarbeidene fastslår at momentene i det ikke-vedtatte utkastet til § 17-2 ikke vil være av avgjørende betydning for medvirkeransvaret.⁵⁶ I spesialmerknadene til forslaget fastslås det også at den rettspraksisen og juridiske teorien som foreligger rundt aksjeloven 1976 § 15-1 fortsatt vil kunne ha relevans for tolkningen av den nye bestemmelsen.⁵⁷

3.3 Et alminnelig medvirkeransvar for skadevolder i norsk erstatningsrett?

Medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd blir i forarbeidene forutsatt å bygge på allerede gjeldende rett. Det fastslås at ansvar for medvirkning «er et utslag av en alminnelig erstatningsrettslig regel».⁵⁸ Dette stemmer imidlertid ikke med det gjeldende synet i den juridiske teorien.⁵⁹ Det alminnelige utgangspunktet der synes å være at hver skadevolder

⁵⁵ Normann, Kristin: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven – Særlig om medvirkeransvar i konsernforhold» i Festskriv til Mads Henry Andenæs, s 232-252 (2010) s. 234.

⁵⁶ Aarbakke, Magnus: Rapport 2004 Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje- og allmennaksjeselskapsforhold, En utredning av dr. juris Magnus Aarbakke 19. oktober 2004, s 22.

⁵⁷ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 167.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 116.

⁵⁹ Normann, Kristin: I Festskriftet til Mads Henry Andenæs, s. 232-252.

må holdes for seg, og alle vilkårene for erstatning må være oppfylt for hver enkelt. Medvirkning blir i teorien i hovedsak tatt opp i forbindelse med *skadelidtes* medvirkning til tapet, med blir stort sett overhodet ikke nevnt i forhold til skadevolder. Lødrup kommer inn på samvirkende skadevoldere, noe som til dels kan minne om medvirkning, men også han forutsetter at ansvarsvilkårene må være oppfylt for hver enkelt.⁶⁰

Den store hovedregelen i norsk erstatningsrett er betingelseslæren; A er årsak til B dersom A er en nødvendig betingelse for B's inntreden.⁶¹ Dette taler for at det bare er medvirkning som var nødvendig for at skaden oppstod som vil rammes av alminnelige ulovfestede erstatningsregler. Slik sett blir det noe uklart hva forarbeidenes henvisning egentlig innebærer og hvor vidt den har noe innvirkning på tolkningen av asl § 17-1 annet ledd. Dersom medvirkningen var nødvendig for skadens inntreden vil medvirkeren kunne bli ansvarlig på selvstendig grunnlag, og veien om medvirkning synes noe unødvendig.⁶²

Gjeldende rett på området må sies å være uavklart for øyeblikket. Litteraturen taler likevel imot et alminnelig medvirkeransvar i erstatningsretten. Rettspraksisen om emnet er snever. I Rt. 2005 s. 41 (Napsterdommen) anvendte Høyesterett strafferettens teori i erstatningsretten ved at de tok den strafferettslige teorien om medvirkning til hjelp i drøftelsen av erstatningsbetingende medvirkning i åndsverkloven §§ 54 og 55.⁶³ Denne saken gjaldt imidlertid erstatningsansvar som følge av straffbar handling, og har dermed begrenset vekt på erstatningsrettens område. Askeland er den som har talt klarest om at det eksisterer et slikt alminnelig prinsipp om medvirkning på skadevoldersiden i norsk erstatningsrett, men selv han innrømmer at innholdet av dette er uavklart.⁶⁴

⁶⁰ Lødrup, Petter: «Lærebok i erstatningsrett» (2005) s. 262.

⁶¹ Lødrup (2005) på s. 254.

⁶² Se også Krüger, Kai: «Eieransvar i konsernforhold – Quo Vadis?» I: Juristkontakt nr. 3 1997, s 4-11, der Krüger kommer med flere kritiske kommentarer til departementets og Høyesterettsarbeid for å løse spørsmålene om eieransvar og ansvarsgjennombrudd i konsernforhold. Han uttrykker også at det synes ufruktbart å tale om medvirkning om tilfeller som ikke dreier seg om skadelidtes medvirkning.

⁶³ Rt. 2005 s. 41 avsnitt 64-66.

⁶⁴ Askeland, Bjarte: «Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør», Bergen, 2006, s. 250-251.

3.4 Årsakssammenheng etter aksjeloven § 17-1 annet ledd

Som nevnt i punkt 3.2 er det betingelseslæren som er hovedregelen ved årsakssammenheng i norsk erstatningsrett. Aksjeloven § 17-1 annet ledd hjemler et erstatningsansvar hvor det bare er hovedmannen som kan sies å måtte oppfylle kravet til nødvendig årsakssammenheng, medvirkerens ansvar er avledet av hovedmannens.⁶⁵ Det kan på dette grunnlag hevdes at medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd er en nyvinning i erstatningsretten.

Forarbeidene sier ikke stort om hvilke årsakskrav som gjelder for medvirkning. Eksemplene som nevnes tyder på at det i hvert fall må være en aktiv opptreden på medvirkerens side for at medvirkeransvar skal kunne bli aktuelt.⁶⁶ Spørsmålet om medvirkerens forhold må ha vært nødvendig for skadens inntreden er imidlertid ikke besvart.

Asl § 17-1 annet ledd er etter forarbeidene ikke ment å tilføre noe nytt.⁶⁷ Problemet er at formueskader ikke har fått noen særlig behandling i erstatningsrettslig rettspraksis og teori, de konsentrerer seg i hovedsak om person- og tingskader. Det er flere som har hevdet at de erstatningsrettslige prinsippene som gjelder for integritetskrenkelser heller ikke vil være anvendelige for formueskader, dette blir fremhevet i utredningen (2004) av Magnus Aarbakke i punkt 3.3.3 hvor han uttaler; «*Ansvarsgrunnlaget blir på en helt annen måte enn ved integritetskrenkelser betinget av at det foreligger ansvarsgrunnlag i forhold til hovedmannen*». Som nevnt i punkt 3.1 er medvirkerens ansvar betinget av at hovedmannen har opptrådt objektivt uaktsomt, det forutsetter at hovedmannen har brutt en regel eller norm. Slik sett blir medvirkerens ansvar knyttet og avledet til hovedmannens opptreden på

⁶⁵ Se Aarbakke, Magnus: Utredning 2004.

⁶⁶ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) s 167-168.

⁶⁷ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) s. 116.

en helt annen måte en ved samvirkende skadevoldere.⁶⁸ Dette tyder på at kravet til årsakssammenheng er et annet etter asl § 17-1 annet ledd enn i den alminnelige erstatningsretten.

Noe annet som også tyder på at årsakskravet er et annet etter asl § 17-1 annet ledd er eksemplene som blir nevnt i forarbeidene.⁶⁹ Påvirkning blir nevnt som hoved eksempelet på medvirkning. Den som har påvirket noen trenger ikke å ha vært nødvendig for at skaden inntraff, noe som tyder på at det er nok med en medvirkende årsakssammenheng.

Slik Kristin Normann uttrykte det; «*Det er hevdet at medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd ikke berører spørsmålet om årsakssammenheng, men heller spørsmålet om ansvarsgrunnlag hvor det ikke foreligger et selvstendig ansvarsgrunnlag for medvirker. ... Om domstolene i slike saker også vil hente inspirasjon fra den strafferettslige medvirkningslære, gjenstår å se*».⁷⁰ Dersom medvirkende årsakssammenheng er nok for ansvar etter asl § 17-1 annet ledd innebærer dette en utvidelse av erstatningsansvaret. Legges dette til grunn vil det redusere behovet for utvikling og anvendelse av læren om ansvarsgjennombrudd, se punkt 3.5 hvor dette blir nærmere drøftet.

3.5 Medvirkeransvar i konsern

Det er i denne sammenheng konsernene organisert slik at de i stor grad ledes under ett, med størst mulig økonomisk gevinst for konsernet som helhet som vil være de mest relevante. I slike konsern typer blir gjerne viktige vedtak med betydning for hele konsernet truffet i et overordnet organ. Ledelsen av konsernet består også ofte av nøkkelpersoner i morselskapet samt styremedlemmer i datterselskapene. Etter aksjelovgivningen skal hvert enkelt selskap i et konsern være selvstendig, praksisen avviker imidlertid ofte fra dette utgangspunktet.

⁶⁸ Lødrup; «Lærebok i erstatningsrett» (2005) på s. 256. Samvirkende skadevoldere innebærer at alle ansvarsvilkår, både subjektive og objektive, må være oppfylt for hver enkelt skadevolder, i tillegg er alle skadevolderne nødvendige for at skaden skal ha oppstått.

⁶⁹ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side

⁷⁰ Normann, Kristin; «Medvirkeransvaret etter aksjeloven og allmennaskjeloven § 17-1 (2) – Særlig om medvirkeransvar i konsern». I: Festskriftet til Mads Henry Andenæss, s 232-252 på side 241.

Effektiv konsern styring avhenger ofte av at datterselskapenes styre retter seg etter den overordnede strategien og følger de direktivene og enkeltvedtakene som blir truffet av konsern ledelsen. Det er i slike konserntyper medvirkningsproblematikk kan bli satt på spissen. I det følgende skal jeg ta opp de mest relevante formene for medvirkning. Jeg skal ikke gå nærmere inn på betydningen av at styremedlemmene i datterselskapet har fått sitt verv som følge av ansettelsesforholdet i konsernet, da dette uttrykkelig ikke er ment å anses som medvirkning etter forarbeidene.⁷¹ I tillegg til instruks og løpende kontakt mellom datterselskapets styremedlemmer og morselskapet, kan det også bli aktuelt med medvirkningsansvar som følge av at konsernets styre og ledelsen direkte implementerer sine egne beslutninger i datterselskapet eller konkret bistår til skadeforvoldelsen.

3.5.1 Instruks

Forarbeidene til asl § 17-1 annet ledd nevner uttrykkelig at instruks kan bli betraktet som medvirkning: «*Relevant påvirkning kan være en tilskyndelse, typisk en instruks, som den daglige leder eller tillitsperson har fulgt eller i all fall lagt vesentlig vekt på ved sine vurderinger*», jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) på side 167.

Slik aksjeloven er formulert kan generalforsamlingen gi styret instruks i enkeltsaker, og sette opp generelle rammer for hvordan datterselskapet skal drives. Norsk rett synes å gå langt i å akseptere innblanding fra generalforsamlingen, kanskje lengre enn mange andre land. Det er likevel ikke slik at datterselskapets styre fratras sin kompetanse, dette følger av asl § 6-1 om at alle selskaper skal ha et styre. Kompetansefordelingen i aksjeloven er slik at det er selskapets styre som har ansvaret for den daglige driften og forvaltningen av selskapet, jf. asl § 6-12. Dersom generalforsamlingen griper inn utover sin lovbestemte kompetanse, for eksempel ved å gi instruks som strider mot lov eller selskapets vedtekter, vil styret ha rett og plikt til å se bort fra disse, jf. asl § 6-28.

Normalt vil likevel styret ha plikt til å følge instruks som kommer fra generalforsamlingen, og det vil i praksis være vanskelig for et styre å vurdere hvorvidt

⁷¹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 167-168.

generalforsamlingen har gått utover sin lovgitte kompetanse. I noen av disse tilfellene vil styre kunne bli fritatt for ansvar når det følger en ulovlig instruks.

Nøyaktig hvilken påvirkning som må til for at kravet til medvirkning skal være oppfylt etter asl § 17-1 annet ledd er ikke avklart. I forarbeidene ble dette spørsmålet overlatt til å bli løst i rettspraksis og juridisk teori. En viktig faktor ved vurderingen vil være om styret har foretatt beslutninger med datterselskapets eller morselskapets interesser for øyet. Hvis datterselskapet lider tap som følge av at et av styremedlemmene har handlet rettsstridig, kan morselskapets representanter bli ansvarlige for medvirkning dersom handlingen ble foretatt i konsernets interesse.⁷² Dersom morselskapets tillitsvalgte eller ansatte blir ansett å ha medvirket til skaden, vil det hefte etter reglene om arbeidsgiver- eller organansvar. I utgangspunktet vil beslutninger truffet av konsernstyret som innføres i datterselskapet gjennom vedtak i datterselskapets styre ikke føre til medvirkeransvar. Dersom morselskapet har gitt en instruks om innføring, vil situasjonen imidlertid kunne bli en annen. En annen type tilfeller er at konsernsjefen instruerer daglig leder i datterselskapet om å treffe en beslutning som ikke faller inn under daglig leders kompetanse, jf. asl § 6-14. I slike tilfeller skulle beslutningen ha vært behandlet i datterselskapets styre, og dette vil føre til medvirkeransvar for konsernsjefen.

I juridisk litteratur har noen tatt til ordet for at strafferettens teori om passiv medvirkning kan være retningsgivende på selskapsrettens område.⁷³ I strafferetten er det at man har vært med på, eller oppfordret til en straffbar handling tilstrekkelig for straff. Hvorvidt det samme vil være tilfelle etter asl § 17-1 annet ledd gjenstår å se. Foreløpig har det ikke meg kjent kommet noen rettspraksis om bestemmelsen.

⁷² Vatne, Cecilie: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd», i artikkel for advokat firmaet Selmer og Normann, Kristin: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2)». I: Festskrift til Mads Henry Andenæs, s. 232-252.

⁷³ Se note 63 samt Andenæs, Johs «Alminnelig strafferett» Oslo, (2004) på side 326 om medvirkning i strafferetten.

3.5.2 Løpende kontakt mellom datterselskapets styremedlemmer og

Morselskapet

Et lydhørt styre har gjerne en fast dialog med den dominerende aksjeeieren for å planlegge strategi og ved avgjørelse av viktige beslutninger. Dette skjer spesielt ofte i konsern som ledes som en samlet enhet. Det er ikke i seg selv noe galt ved en slik kontakt mellom styret og aksjeeiere, noe som også blir uttalt i forarbeidene; *«en daglig leder eller en tillitsperson har en mer eller mindre løpende kontakt med typisk en aksjeeier, for eksempel for å drøfte den "politikk" den daglige leder eller tillitspersonen bør følge når vervet utføres», jf. utredningen punkt 3.3.3, ikke i seg selv kan anses som medvirkning. Etter omstendighetene kan forholdet likevel måtte anses å falle inn under medvirkningsbegrepet»*.⁷⁴ Den nærmere grensetrekningen av medvirkningsbegrepet skal etter forarbeidene finne sted i rettsapparatet og juridisk teori.

Ved forretningsmessige beslutninger skal det mye til før styret kan holdes ansvarlig. Kravene til objektiv skyld vil som regel ikke være oppfylt ved feil valg av strategi. Datterselskapets selvstendige behandling av beslutningene i egne styremøter vil være veldig relevant for vurderingen av om det foreligger et medvirkeransvar. Spesielt i konsern hvor morselskapets tillitsvalgte også sitter i datterselskapets styre, vil styremøter i sistnevnte kunne bli overfladiske da resultatet av saken allerede vil være gitt. Dersom styret ukritisk vedtar de føringer som de har fått av aksjeeier vil dette kunne føre til medvirkeransvar for morselskapet. Det samme vil være tilfellet dersom beslutning klart er i morselskapets, og ikke datterselskapets favør. I konsern er situasjonen også ofte den at det er aksjeeier, og ikke styret i datterselskapet, som har den forretningsmessige kompetansen og best kjennskap til selskapets virksomhet. Medvirkeransvaret vil da lettere kunne bli aktuelt siden det forutsetter objektivt ansvar hos hovedmannen, men subjektiv skyld hos medvirkeren. I slike tilfeller vil det neppe hjelpe at saken har blitt grundig behandlet i datterselskapets styre.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 168.

3.6 Forholdet til ansvarsgjennombrudd

Som nevnt innledningsvis i punkt 1.1 kan det spørres om medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd vil omfatte de samme situasjonene som et prinsipp om ansvarsgjennombrudd. I forarbeidene er det forutsatt at medvirkeransvaret er en stadfestning av gjeldende rett, og derfor uten betydning for diskusjonen om ansvarsgjennombrudd.⁷⁵ I utgangspunktet skal disse to etter lovgivers intensjon holdes fra hverandre. Spørsmålet er om de i realiteten likevel rammer de samme typer av tilfeller, og dermed vil føre til det samme resultat. Det at lovgiver følte et behov for å avgrense slik mellom begrepene kan tyde på at det er nær sammenheng mellom disse. Det er i dette tilfellet medvirkning fra aksjeeier som vil være relevant for denne diskusjonen.

Det avgjørende for denne vurderingen blir om de momentene som skal til for å ilegge medvirkeransvar er de samme som for ansvarsgjennombrudd. Som nevnt i punkt 2.2.1 har Høyesterett oppstilt særlig to momenter som vil være viktige ved vurderingen av å stadfeste ansvarsgjennombrudd.⁷⁶ Det avgjørende er om; det vil være utilbørlig ovenfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og om det har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern.

Særlig ved underkapitalisering og økonomisk underbalanse (se punkt 4.3.1) kan det reises spørsmål om aksjeeieren har medvirket til tapet for kreditorene. Dette var to av flere momentene som ble trukket frem av Høyesterett i Kongeparkdommen. Det er i utgangspunktet styret som har ansvaret for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, jf. asl §§ 3-4 og 6-12. Dersom aksjeeieren har gitt instruksjoner som gjelder den økonomiske situasjonen (se punkt 3.5.1) kan det oppstå situasjoner hvor de anses å ha medvirket til det økonomiske tapet. Der selskapet har vært vedvarende underkapitalisert vil vurderingen dreie seg om hvilken innvirkning aksjeeieren kan sies å ha hatt for dette. Ved sammenblanding av selskapene vil det avgjørende være om morselskapet har oppnådd

⁷⁵ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 116.

⁷⁶ Rt. 1996 s. 672

fordeler av ordningen (se punkt 4.3.4). I sin artikkel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett oppstiller Hagstrøm noen flere momenter som etter hans syn vil være relevante for ansvarsgjennombrudd.⁷⁷ I tillegg til de overnevnte nevner han dominerende rådighet over selskapet og illojal tapping av selskapet til fordel for aksjeeierne. I det førstnevnte tilfellet vil beslutningsprosessen i datterselskapet kunne være påvirket av morselskapet på en slik måte at det må kunne sies å ha medvirket til et eventuelt tap. Ved illojal tapping har beslutningen blitt truffet til fordel for aksjeeieren, og vil være i strid med datterselskapets interesse, i slike tilfeller vil aksjeeier dermed i hovedsak sies å ha medvirket til tapet.

I forarbeidene til aksjeloven § 17-1 annet ledd er det presisert at den nye bestemmelsen bygger på den gamle aksjeloven av 1976 § 15-1 annet punktum, og at rettspraksis og juridisk teori rundt denne fortsatt vil kunne ha relevans (se punkt 3.2).⁷⁸ I forarbeidene til den gamle loven kommer det frem at medvirkeransvar særlig er aktuelt i de tilfellene hvor det har vært en dominerende aksjeeier som reelt sett har styrt selskapet uten at han har hatt en styrerolle i dette.⁷⁹ Det samme kommer frem av rettspraksisen i de årene. Momentene som blir brukt har mye til felles med de momenter som Hagstrøm oppstilte i sin artikkel.

Forslaget i Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) innebar et medvirkeransvar i en egen § 17-2. Dette ble ikke vedtatt. Forslaget la opp til et driftsherre-synspunkt, samtidig som det lå en presumpsjon for medvirkning der aksjeeier selv hadde valgt tillitsmenn.⁸⁰ Slik bestemmelsen var lagt opp mente den mer om et identifikasjonsansvar enn medvirkeransvar, og lå slik sett kanskje nærmere ansvarsgjennombrudd enn den nåværende regel gjør (se punkt 3.2). Aarbakke tar imidlertid i sin utredning til asl § 17-1 annet ledd avstand fra disse momentene, og de kan dermed ikke tas til inntekt for at medvirkeransvaret

⁷⁷ Hagstrøm, Viggo: «Ansvarsgjennombrudd i norsk rett». I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1993) s. 250 flg.

⁷⁸ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 167.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) på side 215.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) på side 232-233, og side 121.

og ansvarsgjennombrudd reelt sett er to sider av samme sak.⁸¹ Den kan likevel hevdes at dette tyder på at grensen mellom begrepene ikke er helt klar.⁸²

Som nevnt under punkt 2.2.1 skiller imidlertid erstatningsansvar seg fra ansvarsgjennombrudd i omfanget av ansvaret. Ved ansvarsgjennombrudd blir aksjeeier ansvarlig for selskapets heftelser, men det ved medvirkeransvar er tale om det tapet som er voldt. Det kan ved erstatningsansvar også bli tale om medvirkning på skadelidtes side, og plikt til å begrense tapet, slik at ansvaret blir lempet. Det må også foretas en aktsomhetsvurdering i forhold til alle sider av det tapet som er voldt ved erstatningsansvar, og det er mulig at det vil bli ansvar for en del, men ikke en annen.⁸³ Et annet skille mellom disse er at det i utgangspunktet ikke kreves årsakssammenheng mellom uaktsomheten og tapet ved ansvarsgjennombrudd, mens det motsatte er tilfellet for erstatningsansvar. For medvirkeransvaret kan det imidlertid, som nevnt ovenfor i punkt 3.4, være tilstrekkelig med en medvirkende årsakssammenheng. Forskjellen mellom disse vil da ikke være så stor siden begge innebærer unntak fra betingelseslæren. I praksis vil det nok også kreves i hvert fall en viss grad av årsakssammenheng ved ansvarsgjennombrudd.

Slik sett vil en del av momentene for medvirkeransvar og ansvarsgjennombrudd være de samme. Ansvarsgjennombrudd favner imidlertid noe videre enn medvirkeransvaret gjør, da det omfatter noen situasjoner hvor det vanskelig kan sies at aksjeeieren har medvirket til tapet. Vurderingen ved fastsettelsen av ansvarsgjennombrudd bærer i større grad preg av rimelighetsvurderinger, mens det ved medvirkeransvaret er realiteten som står i fokus. Begge dreier seg imidlertid om å ilegge ansvaret der det reelt hører hjemme. Selv om dette prinsipielt altså er to ulike ansvarsformer har innføringen av medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd begrenset behovet for ulovfestede regler om ansvarsgjennombrudd.

⁸¹ Aarbakke, Magnus: Utredning av oktober 2004 på side 22.

⁸² Se Vatne, Cecilie: «Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd», masteroppgave til juridisk embetseksamen våren 2009 side 43-56.

⁸³ Se Lødrup: «Lærebok i erstatningsrett» (2005) for en utførlig behandling av erstatningsansvar.

4 Det ulovfeste ansvarsgjennombrudd

4.1 Innledning

Dersom hverken erstatningsansvar, ansvar basert på kontraktsrettslig grunnlag eller ansvar på annet grunnlag fører frem, må kreditor forholde seg til selskapet eller dets konkursbo. Det er i disse tilfellene det reiser seg et spørsmål om hvorvidt det i tillegg til de tradisjonelle ansvarsformene eksisterer et prinsipp om ansvarsgjennombrudd som et alternativt rettsgrunnlag.

Ved utarbeidelsen av den nye aksjeloven ble spørsmålet om lovfestingen av ansvarsgjennombrudd tatt opp.⁸⁴ Utvalget konkluderte med at en slik regel ville være lite hensiktsmessig da den måtte ha blitt utformet meget skjønnsmessig. Indirekte kom det også frem at det etter utvalgets mening allerede eksisterte en slik ulovfestet regel.⁸⁵ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) gir også støtte for at det eksisteres en slik regel; «Norsk rett inneholder ikke generelle lovfestet regler om ansvarsgjennombrudd Det er likevel antatt at domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov.»⁸⁶ Spørsmålet blir deretter hva innholdet av en slik regel er. Jeg skal først redegjøre for hva som taler for og mot eksistensen av en slik regel i norsk rett, punkt 4.2.

4.2 Ansvarsgjennombrudd i norsk rett

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd har ikke fått stor behandling i rettspraksis, men det foreligger en del teori om emnet.⁸⁷ Forarbeidene kan som nevnt i punkt 1.4 også gi en viss veiledning.

⁸⁴ NOU 1992:29 på side 45.

⁸⁵ NOU 1992:29 på side 45 flg.

⁸⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) i punkt 12.1

⁸⁷ Hagstrøm: TFR-1993-250, Werlauff: «Selskabsmasken», Krüger: «Arbeidsgiveransvar for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?» etc.

På Det 30. nordiske juristmøte i Oslo i 1984 ble det anført argumenter både for og imot en slik regel i norsk rett.⁸⁸ Det var særlig to hensyn som ble trukket frem som støtte for ansvarsgjennombrudd; virksomhetens eier bør bære de kostnadene den medfører, og et prevensjonshensyn for å stimulere eierens omtanke og forsiktighet rundt datterselskapets forpliktelser. Av hensyn som talte mot et inngrep i ansvarsbegrensningen ble det særlig nevnt at ansvarsbegrensningen fremmer foretaksomheten i samfunnet og at selskapsformen muliggjør en bedrifts- og samfunnsmessig ønskelig oppdeling av virksomheter i selvstendige enheter. Et annet viktig moment etter Andenæs oppfatning, var at rettsordenen ikke bør begrense borgernes rett til valg av selskapsform med mindre det foreligger en tvingende grunn til det.

I forarbeidene til den nye aksjeloven har rettsstilstanden rundt ansvarsgjennombrudd blitt karakterisert som noe usikker. Forarbeidene tyders som nevnt i punkt 4.1 på at det eksisterer en slik regel i norsk rett, men presiserer samtidig at det er tale om en snever unntaksregel.⁸⁹ Lovgiver overlot løsningen av spørsmålet til praksis. Slik sett tilfører forarbeidene ikke noe spesielt i diskusjonen rundt ansvarsgjennombrudd. At spørsmålet om ansvarsgjennombrudd ble holdt åpent trekker likevel i retningen av at lovgiver anser dette som et reelt ansvar grunnlag. Forarbeidene har imidlertid mindre vekt enn forarbeider ellers har da en slik regel aldri har blitt lovfestet.

I den juridiske teorien har temaet blitt behandlet flere ganger med noe ulike konklusjoner.⁹⁰ De fleste stiller seg skeptiske til ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett, og konklusjonene må sies å tyde på at det i hvert fall må gjelde en snever unntaksregel forbeholdt spesielle tilfeller.

⁸⁸ Det 30. nordiske juristmøte, Andenæs på side 186 og 188, og Knudsen på side 196.

⁸⁹ Se uttalelser i NOU 1992:29 på side 44, Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) på side 117, senere også gjentatt i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 124-125.

⁹⁰ Se fotnote 85. I tillegg Tore Fjørtoft: «Ansvarsgjennombrudd – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon?» og Gudmund Knudsen: «Gjeldsansvar i konsern».

Hagstrøm stiller seg i og for seg positiv til eksistensen av direktekrav mot aksjonærer. Han mener imidlertid, slik som omtalt ovenfor i punkt 2.1, at ansvarsgjennombrudd er en del av uaktsomhetsansvaret og således en del av erstatningsretten heller enn selskapsretten.⁹¹ Krüger stiller seg mer positiv til en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett som følge av Kongeparkdommen.⁹² Han tolker dommen som en tilslutning til at norsk rett i enkelte tilfeller vil kunne åpne for gjennomskjæring av selskapskonstruksjonen.⁹³ Grønland på sin side mener derimot at gjennomgangen av Kongepark- og Minnordommenene avslører at det ikke er noen «*behov for en ulovfestet regel om aksjeeier ansvar for selskapets forpliktelser*».⁹⁴ Det er vanskelig å trekke noen konkrete slutninger av dette da det meste av teorien på området er av eldre dato. Medvirkeransvaret i asl § 17-1 annet ledd har kommet til etter at disse artiklene ble skrevet, men det tyder på at lovgiver i ikke stiller seg helt negativ til å utvide ansvaret for aksjeeieren. Identifikasjonsansvaret, samt ansvarsgjennombrudd ble diskutert i disse forarbeidene, og det er ikke utenkelig at det vil bli aktuelt med lovfestingen av et slikt ansvar ved en senere anledning.⁹⁵

Som nevnt tidligere i punkt 1.4 er Kongepark- og Minnordommen de viktigste Høyesterettsdommene på området. I begge dommene ble imidlertid kriteriene for ansvarsgjennombrudd ikke ansett å foreligge. Høyesterett tok dermed ikke standpunkt til eksistensen av regelen. Betydningen av dommene har blitt flittig diskutert i teorien, uten at det kan sies å herske enighet om resultatet.⁹⁶ Forarbeidene fra 2005 gjentar imidlertid de tidligere uttalelsene om at «*det er heller ingen høyesterettsdom som uttrykkelig bygger på*

⁹¹ Se Hagstrøm; «Obligasjonsrett» på side 99-101 og Hagstrøm; «Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett» i TFR-1993-250.

⁹² Krüger, Kai: «Arbeidsgiveransvaret for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?», i Festskrift til Jan Sandström (1997) s 281.

⁹³ Krüger, Kai: «Arbeidsgiveransvaret for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?» på side 288.

⁹⁴ Grønland, Karl-Anders: «Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelser – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og 19. mai 1996. I: Tidsskrift for Forretningsjus (1996) nr. 3, s 101-110.

⁹⁵ Ot.prp.nr. 55 (2006-2006) på side 122-125.

⁹⁶ Se note 89-92.

*dette grunnlaget».*⁹⁷ Jeg mener dette tyder på at spørsmålet foreløpig ikke kan anses endelig løst i praksis.

Det er for øvrig flere interessante dommer fra underrettspraksisen. Spesielt byr RG 2007 s. 411 på interesse (se nærmere om denne i punkt 4.3.4). I dette tilfelle la Lagmannsretten til grunn at det som følge av Rt. 1996 s. 672, og juridisk teori gjelder en regel om ansvarsgjennombrudd som kan gi grunnlag for å fravike fra den lovfestede ansvarsbegrensningen. I dommen ble også vilkårene for ansvarsgjennombrudd ansett å foreligge, og Lagmannsretten stadfestet ansvar; «*Lagmannsretten legger under henvisning til dette til grunn at det i norsk rett gjelder en regel om ansvarsgjennombrudd som kan gi grunnlag for å fravike den ansvarsbegrensning som følger av aksjeloven § 1-2.*».

Ansvarsgjennombrudd har også blitt tatt opp i senere underrettsdommer, blant annet LB-2008-045086 (i dette tilfellet ble ikke vilkårene ansett oppfylt) og ved Oslo Tingrett saksnummer: 09-048628TVI-OTIR/04 (2010). I den sistnevnte dommen var vilkårene for ansvarsgjennombrudd oppfylt, dommen er noe spesiell da tingretten samtidig ila erstatningsansvar etter asl. § 17-1. Da dette er underrettspraksis vil selvfølgelig ikke tyngden være den samme som ved en Høyesterettsavgjørelse.

Tendensen blant underrettsdomstolene ser ut til å åpne for eksistensen av en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Samlet tyder dette etter min mening på at rettspraksis i hvert fall ikke har ønsket å ta avstand fra en slik regel. Underrettspraksisen synes sågar å ha tatt den i bruk.

4.3 Kriterier for ansvarsgjennombrudd på debitor siden

Etter Kongeparkdommen er det to typer argumenter som kan begrunne et eventuelt ansvarsgjennombrudd: «(1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprett holde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som

⁹⁷ Ot.ptp.nr. 55 (2005-2006) på side 124.

medfører at selve det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern». ⁹⁸ De viktigste momentene i utilbørighetsvurderingen er underkapitalisering og økonomisk ubalanse, dominerende rådighet og illojal tapping. ⁹⁹

4.3.1 Underkapitalisering og økonomisk ubalanse

Et av de sentrale momentene ved utilbørighetsvurderingen er om datterselskapet har tilstrekkelig egenkapital i forhold til virksomheten det driver, såkalt underkapitalisering. ¹⁰⁰ Dette kommer klart frem av Rt. 1996 s. 672 hvor førstvoterende uttaler: «Et annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert» (s680). Underkapitalisering har også vært et tema i tidligere høyesterettsdommer. ¹⁰¹ Det har vært diskutert om hvorvidt underkapitalisering alene vil være nok til å stadfeste ansvarsgjennombrudd, men det synes å være enighet i teorien om at dette i seg selv ikke er tilstrekkelig til å skjære gjennom ansvarsbegrensningen. ¹⁰² Ut fra uttalelsene sitert ovenfor i Rt. 1996 s. 672 synes jeg imidlertid det ikke kan utelukkes at underkapitalisering i visse tilfeller vil kunne føre til ansvarsgjennombrudd. ¹⁰³

Underkapitalisering kan være av forskjellige slag. Werlauff nevner i sin avhandling tre typer av underkapitalisering. ¹⁰⁴ For det første taler han om «absolutt, formell underkapitalisering», som innebærer at lovens krav til minsteinnskudd ikke er oppfylt. Deretter nevner han «relativ underkapitalisering» eller såkalt «aktivitetsrelaterende»

⁹⁸ Rt. 1996 s. 672 på side 679.

⁹⁹ Hagstrøm: I TFR-1993-250

¹⁰⁰ Werlauff, Erik: Selskabsmasken, (København 1991) på side 39, Rt. 1996 s. 672, Hagstrøm, Obligasjonsrett s 99-101.

¹⁰¹ Se blant annet Rt. 1979 s. 81. Denne dommen er imidlertid veldig klart begrunnet, og det er mye som tyder på at ansvaret i dette tilfellet ble tilkjent på erstatningsrettslig grunnlag som følge av brudd på lojalitetsplikten.

¹⁰² Hagstrøm, TFR-1993-250 på side 261.

¹⁰³ Se Rt. 1996 s. 672 hvor førstvoterende uttaler at selskapets egenkapital i utgangspunktet var «åpenbart utilstrekkelig». I dette tilfellet hadde imidlertid morselskapet ytet ansvarlig lånekapital til datterselskapet, slik at sistnevnte likevel ikke ble ansett å være underkapitalisert.

¹⁰⁴ Werlauff: «Selskabsmasken» (1991) på side 73-76 og 518.

underkapitalisering, i disse tilfellene står ikke selskapets egenkapital i forhold til den risikoen selskapets virksomhet medfører. Sist taler han om «markedsrelatert underkapitalisering», her er det sentrale temaet hvorvidt selskapets økonomi er sterk nok til å få tilført fremmedkapital på vanlige, markedsmessige vilkår.¹⁰⁵ Selv om det ikke finnes en tilsvarende kategorisering i Høyesterettspraksis og juridisk teori, synes disse ikke å gi grunnlag for at det i norsk rett er annet enn relativ underkapitalisering som kan gi holdepunkter for ansvarsgjennombrudd.

Det finnes ingen klar regel for når underkapitalisering foreligger, det må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Aksjeloven stiller visse krav for å ivareta en tilstrekkelig kapitalbase i det enkelte selskap. Dette tar sikte på blant annet å beskytte kreditorene slik at disse har muligheten til å få dekning for sine krav i selskapets midler. Asl § 3-4 stadfester at selskapet til en hver tid skal ha en egenkapital som er «forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Dersom kapitalen er i strid med dette kan det utløse erstatningsansvar for datterselskapets styre eller morselskapet etter asl § 17-1, og et eventuelt straffeansvar etter asl § 19-1. Ved brudd på disse reglene er det mye som tyder på at selskapet er underkapitalisert, men det må likevel foretas en skjønnsmessig vurdering. Dette illustreres klart i Rt. 1996 s. 672 hvor Høyesterett anså et lån fra morselskapet til datterselskapet for å være ansvarlig lånekapital som måtte stå tilbake for øvrige eiere. Etter rettens syn måtte dette regnes med i vurderingen av kapitalen i datterselskapet. Høyesterett har således anvendt en videre tolkning av selskapets kapital enn den regnskapsloven § 6-2 C legger opp til og gått utover det som strengt tatt er datterselskapets egenkapital. Garantier stilt for datterselskapets forpliktelser vil også være et moment i kapitalvurderingen. Dette gjelder også mer generelle garantier, slik som comfort letters i konsernforhold (se punkt 2.3 om disse).

En annen form for underkapitalisering er økonomisk ubalanse mellom morselskapet og datterselskapet. Ansvarsgjennombrudd vil være særlig aktuelt der den kostnadskrevende

¹⁰⁵ Werlauff; «selskabsmasken» på side 73-76 og 518.

virksomheten er skilt ut i et eget selskap, mens inntektene i hovedsak tilfaller morselskapet. Ved vurderingen må alle de økonomiske mellomværende mellom selskapene vurderes, og det er totalbyrden på det enkelte selskap som vil være avgjørende.¹⁰⁶ Dette spørsmålet var berørt i Rt. 1996 s. 672. Høyesterett fant imidlertid ikke grunnlag for økonomisk ubalanse mellom selskapene da den ikke var enig i at avtalen mellom selskapene utelukkende la byrden på datterselskapet og manglet gjensidighet (s. 679 i dommen).

Ved vurderingen av datterselskapets kapitalstatus vil det være av betydning om kreditor kjente til underkapitaliseringen. Dette vil bli tatt opp i punkt. 4.5.

Det er på det rene at ikke en hver form for underkapitalisering kan føre til ansvarsgjennombrudd. Aksjeselskapsformen er opprettet nettopp med tanke på risikofylte virksomheter.¹⁰⁷ Vurderingen må knyttes opp til det konkrete kapitalbehovet i den enkelte virksomhet. For å sammenfatte vil jeg påpeke at selv om det hittil ikke foreligger noen dommer som har holdt aksjeeierne ansvarlige basert på underkapitalisering alene, mener jeg at det ikke er utenkelig at dette kan gjøre seg gjeldende med en slik styrke at det vil være tilstrekkelig på egenhånd. I slike grove tilfeller vil det imidlertid som hovedregel være andre momenter som trekker i samme retning (se punkt 4.3.2). Underkapitalisering vil ofte følge av at aksjeeier har dominerende innflytelse over selskapet og bruker denne til å ivareta sine egne interesser på bekostning av selskapets. Underkapitalisering er uansett et meget viktig moment ved vurderingen av ansvarsgjennombrudd.

4.3.2 Dominerende rådighet

Et annet moment som ofte har blitt trukket frem i forbindelse med utilbørighetsvurderingen er dominerende rådighet over datterselskapet. Bakgrunnen for dette er at en slik dominerende innflytelse over datterselskapet fort kan komme i strid med

¹⁰⁶ Rt. 1996 s. 672 på side 679 og Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 258 flg.

¹⁰⁷ Rt. 1991 s. 119: «Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter», på side 123.

de uavhengighetsprinsippene som aksjeloven legger opp til.¹⁰⁸ Det er likevel ikke slik at en hver form for innflytelse vil være i strid med prinsippene om uavhengighet, og det er viktig å huske på at et konsern stort sett sees på som en organisatorisk og økonomisk enhet. Lojalitet innad i konsernet vil dermed ofte stå i et motsetningsforhold til uavhengighet for det enkelte selskap.

I tidligere rettspraksis har Høyesterett lagt vekt på om datterselskapet blir kontrollert gjennom eierskap eller styrerepresentanter. Den første sentrale avgjørelsen kom allerede i Rt. 1932 s. 1015. Jeg har tidligere brukt denne dommen som et eksempel på proforma verk da jeg mener at det er dette den illustrerer (punkt 2.4). Hagstrøm har anvendt den som en illustrasjon på dominerende rådighet og gjennomskjæring.¹⁰⁹ Selv om dommen etter mitt syn ikke dreier seg om ansvarsgjennombrudd (punkt 2.4) er noen av momentene som blir trukket frem illustrerende ved vurderingen av dominerende rådighet.¹¹⁰ Særlig er det av interesse at Høyesterett legger stor vekt på det reelle eierforholdet av en eiendom overført fra morselskapet til datterselskapet på bakgrunn av sammensetningen i datterselskapets styre. Det ble også trukket frem at organiseringen av datterselskapet var motivert av skattemessige hensyn, samt et ønske om å gjøre et eventuelt fremtidig salg lettere.¹¹¹

Morselskapets bruk av egne ansatte som styrerepresentanter og organiseringen av selskapet har etter min oppfatning mistet mye av sin vekt som momenter for ansvarsgjennombrudd. I forhold til organiseringen vil jeg peke på at situasjonen i dag er en helt annen enn på den tiden. Bruken av datterselskaper har økt betraktelig, og formålet er ofte nettopp lett omsettelige enheter. I Rt. 1996 s. 672 gikk Høyesterett bort fra den strenge linjen om styrets sammensetning og uttalte: «*Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at*

¹⁰⁸ Se asl §§ 6-1 flg. som omhandler selskapets ledende organer, særlig asl § 6-12 om at forvaltningen av selskapet hører under selskapets styre.

¹⁰⁹ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 264-265.

¹¹⁰ Se Hagstrøm. I TFR-1993-250 på side 266 hvor han stiller opp en liste med momenter som vil være for ansvarsgjennombrudd med utgangspunkt i Rt. 1932 s. 1015.

¹¹¹ Rt. 1932 s. 1015 på side 1018.

morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter.» (s. 679). I Ot.prp.nr 55 (2005-2006) blir dette også avvist som grunnlag for medvirkeransvar: *«Begrepet medvirkning tar derimot ikke sikte på det at en aksjeeier eller en annen person har bidratt til valg eller utpekning av en tillitsperson eller en annen person med en selskapsrettslig egenskap...»* (s. 167-168). Ettersom ansvaret ved ansvarsgjennombrudd går lengre enn ved medvirkning (se punkt 3.6) tyder dette på at sammensetningen av styret heller ikke kan tillegges avgjørende betydning ved vurderingen av den dominerende rådigheten. Det kan imidlertid få betydning sett i sammenheng med andre momenter.

Rt. 1937 s. 21 omhandlet ikke et konsernforhold, drøftelsene i dommen er likevel av interesse da saken dreide seg om ansvarsgjennombrudd som følge av dominerende rådighet. Saken gjaldt et tilfelle hvor et skip, som var skipsselskapets vesentlige aktivum, var pantsatt til en bank. Banken fikk på bakgrunn av dette en betydelig kontroll over selskapet slik at alle store avgjørelser i praksis ble flyttet ut av selskapet og ble truffet i overenstemmelse med bankens interesser.¹¹² Dette vil også gjøre seg gjeldende i konsernforhold hvor det er morselskapets interesser som styrer døtrene. Også i dette tilfellet er det en klar parallell til medvirkningsansvaret hvor handlinger foretatt i morselskapets interesse som følge av instruks kan føre til erstatningsansvar, se punkt. 3.5.1.

Problemstillingen ble berørt i NOU 1996:3 på side 127, utvalget uttalte der: *«Utvalget vil i tilknytning til det som er sagt i avsnittet over, peke på at hvis generalforsamlingen benytter instruksjonsmyndighet i et omfang som i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av aksjeeierne, kan dette føre til at ansvarsbegrensningen etter vanlig rettsoppfatning settes til side etter prinsippet om ansvarsgjennombrudd.»*

¹¹² Se og Knudsen i Aakvaag m.fl.: «Noen sentrale emner innen norsk konsernrett» på side 112 og 113: «I den utstrekning det kan bli spørsmål om å ilegge morselskapet et gjennombruddsansvar, må dette reserveres for de tilfellene hvor morselskapet utnytter sin bestemmende innflytelse over et datterselskap til å favorisere sine egne og konsernets interesser på bekostning av datterselskapskreditorenes interesser.»

Et tilfelle som har store likhetstrekk med Rt. 1937 s. 21 og medvirkeransvaret er Rt. 1937 s. 600. Høyesterett fastslo at en bank hadde dominerende rådighet over sitt datterselskap A/S Fossnes. Banken var hovedaksjonær og hadde engasjert et disponentfirma til å drive selskapet. Ettersom disponentfirmaet var selskapets valgte styre, ble det i praksis en fullmektig for banken hvor denne hadde full instruksjonsmyndighet. Dommen illustrerer etter mitt syn også skillet mellom alminnelig erstatningsansvar og ansvarsgjennombrudd, da uaktsomhet ble avvist som ansvarsgrunnlag. Høyesterett uttalte: «*Banken var for så vidt i god tro. Men banken må dessuaktet være ansvarlig for de av A/S Fossnes og skibsreder Gørrissen i bankens interesse foretatte transaksjoner, som banken finansierte uten å øve kritikk.*» (s. 611).

Et noe spesielt tilfelle er Rt. 1970 s. 871. Dommen har av mange blitt tatt til inntekt for at ansvarsgjennombrudd også kan skje mot aksjeeiere som ikke eier majoriteten av aksjene i et selskap.¹¹³ Det er imidlertid ikke enighet om dette i litteraturen.¹¹⁴ Selv om det er uenighet om hvor vidt dommen dreier seg om ansvarsgjennombrudd, er den illustrerende for hvordan en aksjeeier kan være dominerende uten å være hovedaksjonær og kan være relevant for tilsvarende spørsmål i forhold til gjennomskjæring.

Slik det kommer frem av dommene ovenfor er det morselskapets innflytelse over datterselskapet som er det avgjørende ved en vurdering av om dominerende rådighet foreligger. Hva innflytelsen skyldes er av mindre betydning. Det mest typiske er ofte at datterselskapet står i et avhengighetsforhold til morselskapet på bakgrunn av ansettelse eller kapital behov. Dominerende rådighet vil dermed ofte foreligge i tilfeller av underkapitalisering og økonomisk ubalanse. En annen ting som kan leses ut av dommene er at kravene til de formelle reglene blir strengere ettersom selskapet nærmer seg en formalitet, jf. Rt. 1932 s. 1015.

¹¹³ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 270.

¹¹⁴ Se blant annet Knudsen, Gudmund: «Gjeldsansvar i konsern» I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett, Oslo 1994, s. 85-115

Dominerende rådighet har blitt avvist som et selvstendig grunnlag av enkelte i teorien.¹¹⁵ Dette begrunnes blant annet med at en slik eierstruktur har blitt anerkjent av rettsordenen som et alternativ til fusjon. Det er uansett vanskelig å tenke seg situasjoner hvor dominerende rådighet alene vil kunne føre til ansvarsgjennombrudd. Slik jeg har kommet inn på flere steder ovenfor mener jeg at kriteriene for dominerende rådighet har store likhetstrekk med medvirkeransvaret i asl. § 17-1 annet ledd. Dersom det ikke er annet enn dominerende rådighet som foreligger, vil ansvaret være omfattet av medvirkeransvaret, og det vil dermed ikke være noen grunnlag for ansvarsgjennombrudd. For en mer utførlig drøftelse rundt instruksjer og løpende kontakt mellom datterselskapets styremedlemmer og morselskapet, se punkt. 3.5. Dominerende innflytelse vil likevel være et moment som *sammen med andre* vil spille inn i utilbørighetsvurderingen.

4.3.3 Tapping av selskapsmidler

Tapping av selskapsmidler har en nær forbindelse med dominerende rådighet da det ofte er den dominerende aksjeeier som illojalt tapper selskapet for midler ved å misbruke sin posisjon.¹¹⁶ Som ved underkapitalisering er det hensynet til kreditorenes muligheter for å få dekket sine krav som gjør seg gjeldende.

Rt. 1985 s. 1221 er illustrerende for forholdet mellom ansvarsgjennombrudd vurderingen og illojal tapping. Saken omhandlet ikke et konsernforhold, men er likevel relevant for vurderingsmomentene. Et privat sykehus var organisert i aksjeselskapsform. Hærum, som var hovedaksjonær og styremedlem i sykehuset, eide sykehusets bygninger som han leide ut til selskapet. Sykehuset var en del av fylkets helseplan, og sykehusets driftsutgifter utover folketrygdens refusjon skulle dekkes av fylket. Husleien til Hærum falt inn under disse. I strid med vedtak i fylket utbetalte Hærum i egenskap av sin stilling som hovedaksjonær og styremedlem, en mye høyere leie til seg selv enn det som var godkjent av fylket. Aksjeeier med dominerende rådighet tappet på denne måten selskapet for midler

¹¹⁵ Se Fjørtoft, Tore: «Ansvarsgjennombrudd – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon?» I JV. 1997, s. 300-317

¹¹⁶ Se Knudsen i Aakvaak m.fl; «Noen sentrale emner innen norsk konsernrett» på side 113.

slik at dette ble insolvent. Hærum ble ilagt et solidaransvar sammen med sykehuset for tilbakebetaling av kravet.

Tapping var også et tema i Rt. 1993 s. 20, Sjødaldommen. Det dreide seg i dette tilfellet om en styreformann og minoritetsaksjeeier som hadde tappet selskapet for midler. Selskapet var blitt avvirket uten at kreditorene hadde fått dekning for sine krav til tross for at det hadde skjedd utbetalinger til aksjeeierne. Ettersom aksjeloven på den tiden ikke inneholdt hjemmel for direkte krav for enkelt kreditorer, fant Høyesterett at denne ikke kunne anvendes da tappingen var rettet mot selskapet. Kreditorenes krav ble likevel tatt til følge. Høyesterett bygget dette på: *«en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som stod bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonæren.»* (s 27). Selv om dette ikke kommer uttrykkelig frem i domspremissene, statuerer dommen etter Hagstrøms syn i realiteten gjennomskjæring.¹¹⁷ Uavhengig av om ansvaret i dommen er bygget på et alminnelig erstatningsansvar eller ansvarsgjennombrudd vil momentene være relevante i forhold til utilbørighetsvurderingen. Dommen kan også tas til inntekt for å se tapping av selskapet som et selvstendig grunnlag.

I etterkant av disse dommene har vi fått en ny aksjelov slik at betydningen av illojal tapping som et eget moment har mistet mye av sin betydning. Aksjeloven inneholder nå regler om ansvar for tapping av selskapsmidler, se asl. §§ 3-6 og 3-7. Det var tidligere antatt at det bare var selskapet og dets konkursbo som kunne fremme et krav om tilbakeføring ovenfor aksjeeierne. Med Rt. 2008 s. 385 ble det imidlertid avklart at også enkeltforfølgende kreditorer kan fremføre slike krav dersom de har fått det anvist til innkreving. Asl. § 17-6 gir også kreditorene hjemmel for direkte krav mot aksjeeier, men da slik at selskapets krav har fortrinnsrett. I tillegg vil kravene til å statuere et culpaansvar ofte være oppfylt i slike situasjoner. Dette fører til at rommet for ansvarsgjennombrudd på området blir begrenset da de fleste situasjoner vil være omfattet enten av aksjeloven eller culpaansvaret.

¹¹⁷ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 276.

4.3.4 Sammenblanding

Sammenblanding av aksjeeiers og selskapets forhold er et eget moment ved ansvarsgjennombrudd og ikke en del av utilbørighetsvurderingen. De to sett av argumenter må likevel sees i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering, se Rt. 1996 s. 672 på side 679. I Kongeparkdommen kom Høyesterett til at det ikke hadde vært sammenblanding mellom selskapene og pekte på at «en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap» i seg selv ikke gir grunnlag for ansvarsgjennombrudd.¹¹⁸ Videre uttalte Høyesterett at det i dette tilfellet ikke var en sammenblanding av selskapene da det ikke var felles regnskapsførsel for selskapene og inntekter og utgifter i det vesentlige var ført der de hørte hjemme. Selv om det ikke var sammenblanding i dette tilfellet er dette momenter som vil være relevante ved vurderingen.

Sammenblanding har mange likhetstrekk med illojal tapping og dominerende rådighet. Ved sammenblanding er det ofte tale om at en dominerende aksjeeier har behandlet selskapets midler som sine egne og dermed tappet selskapet. Mange av dommene under punkt 4.3.3 og 4.3.2 vil derfor være av betydning også i denne sammenheng. Det er særlig to dommer som er relevante. I Rt. 1985 s. 1221 var det en sammenblanding av rollene der dominerende aksjeeier også var overlege og styremedlem i selskapet. Rt. 1932 s. 1015 omhandler et tilfelle hvor aksjeeier besatte alle styreverv og hvor inntekter fra selskapet ble ført direkte på aksjeeier.

Av nyere praksis kan det vises til RG. 2007 s. 411. Da dette er en underinstans dom veier den ikke like tungt som Høyesterettspraksis, men er likevel interessant da lagmannsretten i dette tilfellet anerkjente ansvarsgjennombrudd nettopp som følge av sammenblanding. Saken gjaldt et aksjeselskap «Norske Fina AS» som var 100% eiet av Gilje. Gilje var også daglig leder og styreformann i selskapet. Striden hadde sin bakgrunn i en eiendom som Gilje og et annet selskap, Furdal, strides om eierrettighetene til. Gilje overførte like før rettsaken om eierforholdene kom opp, rettighetene til eiendommen vederlagsfritt til Norske

¹¹⁸ Rt. 1996 s. 672 på side 679.

Fina AS. Lagmannsretten konkluderte med at formålet med overdragelsen var å forhindre at Gilje personlig skulle bli stående ansvarlig for eventuelle idømte omkostninger ved avgjørelsen av hvem eiendommen tilhørte. I den forbindelse uttalte Lagmannsretten:

«Den vederlagsfrie overdragelsen tilsier at Gilje selv ikke skilte mellom sine private interesser og selskapets interesser. Dette må formodes å ha sammenheng med at han som eneeier av selskapet og enestyre fortsatt ville ha kontroll over de verdiane rettighetene eventuelt viste seg å representere gjennom det forestående søksmål.»

Det ble i tillegg pekt på at Gilje etter overdragelsen fortsatte å opptre i eget navn angående den aktuelle tomten. Etter å ha tapt saken om rettighetene skjøt han også inn midler personlig for å dekke selskapets prosessfullmektig. Det interessante her er at selskapet ble tilført verdier, ikke tappet for dem. Dette var imidlertid ikke avgjørende for vurderingen av om det forelå sammenblanding.

Et annet interessant tilfelle er en tingrettsdom av 2010.¹¹⁹ Også i dette tilfellet kom tingretten til at det hadde vært en sammenblanding mellom morselskapet og datterselskapet med bakgrunn i at majoritetsaksjonærene innehadde alle styrerollene og opptrådte i sine egne interesser frem for selskapets. Saksforholdet i denne saken var imidlertid komplisert, og det var en helhetsvurdering som førte til ansvarsgjennombrudd. Av andre momenter som ble tillagt vekt kan underkapitalisering, dominerende rådighet og uaktsom oppførsel nevnes.

Etter en gjennomgang av rettspraksisen kan det utledes at det alltid foretas en helhetsvurdering, og at sammenblanding alene sjeldent blir aktuelt. Slik det kommer frem av Rt. 1996 s. 672 er det bare de tilfellene hvor sammenblandingen fører til at det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern som fører til ansvarsgjennombrudd.¹²⁰

¹¹⁹ Saks nummer 09-048628TVI-OTIR/04

¹²⁰ Rt. 1996 s. 672 på side 679 og punkt 1.3.

4.4 Ansvarrets rettslige grunnlag

Ansvarsgjennombrudd forutsetter et krav på kreditor siden. Etter alminnelige erstatningsrettslige regler er det da den skadelidte som har bevisbyrden. I drøftelsene behandlet ovenfor har kravet hatt sitt grunnlag i rene formuestap hos kreditor. Det kan imidlertid oppstå situasjoner hvor kravet er av mer samfunnsmessig karakter.

Som nevnt i punkt 1.2 er det en forskjell på de kreditorene som frivillig inngår kontrakter med selskapet, og de hvis krav bygger på erstatningsregler utenfor kontrakt.¹²¹ De sistnevnte vil ikke ha noen mulighet til å vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet. Spørsmålet om disse bør behandles annerledes har vært oppe til debatt flere ganger.¹²² Temaet er særlig aktuelt ved miljøskader hvor skaderisikoen kan være svært høy.

I forbindelse med endringene i aksjeloven i 2006 utarbeidet dr. juris Magnus Aarbakke en utførlig utredning hvor spørsmålet om ansvarsgjennombrudd for miljøskader ble tatt opp. I den forbindelse bemerket han at det ville være uheldig med en separat vurdering av bestemte krav i forhold til ansvarsbegrensningen i asl § 1-2 første ledd. Dette begrunner han med at det eksisterer mange andre slags krav hvor ansvarsgjennombrudd ville ha vært like aktuelt, slik som skattekrav eller lønnskav. Det påpekes også at aksjeloven, slik den lyder etter endringene, i hovedsak vil dekke de tilfellene hvor dette eventuelt vil kunne gjøres gjeldende.

Det er grunn til å påpeke at Ot.prp.nr 55 (2005-2006) kan sies å legge opp til at vurderingen av ansvarsgjennombrudd likevel vil være noe lempeligere når det dreier seg om ufrivillige kreditorer; «*Til den konkrete vurdering vil departementet bemerke at spørsmål om ansvarsgjennombrudd fortrinnsvis bør reserveres for tilfeller med skader på miljø og tredjepersoner, foruten skader på ansatte.*»¹²³ Det foreligger ingen dommer på området, men etter min mening er det mye som taler for at adgangen til ansvarsgjennombrudd burde

¹²¹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 126.

¹²² Ot.prp.nr 33 (1988-89) side 67-68, Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) side 117 og Aarbakkes utredning (2004)

¹²³ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side 126.

være større i forhold til de ufrivillige kreditorene. Bevisbyrden bør også være lempeligere i slike tilfeller. Disse kreditorene har ingen muligheter til å bedømme risikoen på forhånd, og beløpene vil ofte være av stor økonomisk betydning. Ved miljøskader blir dette synspunktet forsterket da det i de tilfellene ofte er mange tredjemenn som blir berørt.

4.5 Kreditors forhold

Ved ansvarsgjennombruddvurderingen kan forhold på kreditors side spille inn i avveiningen. Ovenfor i punkt 4.4 ble det redegjort for skillet mellom «frivillige» og «ufrivillige» kreditorer.¹²⁴ Det er de førstnevnte det dreier seg om her, altså de som står i et vanlig kontraktsforhold til selskapet.

De frivillige kreditorene blir pålagt en viss undersøkelsesplikt før de innlater seg på en avtale med selskapet.¹²⁵ Det ville være lite rimelig å tillate ansvarsgjennombrudd dersom kreditoren på forhånd viste at selskapet var underkapitalisert. I Rt. 1996 s. 742 uttalte Høyesterett: «Minnor opptok lån i finansinstitusjoner som alle var klar over at det var Minnor som sto som debitor, ikke eierselskapene. De var også klar over at virksomheten var risikofylt. Jeg kan ikke se at det på noen måte kan anses utilbørlig at ansvarsbegrensningen opprettholdes i forhold til disse» (s 758). Et annet eksempel på hvor undersøkelsesplikten førte til at ansvar ikke ble ilagt er Rt. 1934 s. 412. Høyesterett uttalte i denne forbindelse at kreditor hadde opptrådt «saa uaktsomt at han ikke bør kunne gjøre ansvar gjeldende mot styremedlemmene paa grunn av uaktsomhet ved deres forhold til regnskapene» (s 413), idet han «for at bedømme selskapets stilling i det hele maatte ha foretatt enn ingaaende undersøkelse av regnskapene og de verdier som laa til grunn for ansettelsene» (s 415). Saken gjaldt erstatningsansvar for styremedlemmer, men det er antatt at den samme regelen må gjelde i forhold til ansvarsgjennombrudd.¹²⁶ Som nevnt i punkt

¹²⁴ Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side 126.

¹²⁵ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 262-263.

¹²⁶ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 263.

1.1 og 4.3.2 blir praksis rundt styreansvar ofte brukt til å belyse den mer inngripende gjennomskjæringen.

Kravet til undersøkelse kan variere i forhold til den enkelte kreditor. Slik som i erstatningsretten vil undersøkelsesplikten øke med graden av profesjonalitet.¹²⁷

Profesjonelle aktører har bedre forutsetninger for å foreta en grundig økonomisk analyse av det selskapet de kontraherer med. Det er likevel ikke tale om noe lempning av ansvaret (se punkt 2.2.1). Dersom forhold på kreditors side blir ansett å være tilstrekkelig uaktsomme vil det ikke komme på tale med ansvarsgjennombrudd.

5 Fremmed rett

5.1 Innledning

Ansvarsgjennombrudd er et omstridt tema i norsk rett, og mange har derfor søkt inspirasjon fra utenlandske rettssystemer. I hovedsak vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende uavhengig av hvilket land det gjelder, dermed vil argumentene fra utenlandsk rett være relevante også i Norge. Dette gjelder spesielt svensk og dansk rett på grunn av det nordiske samarbeidet som lå til grunn for aksjeloven av 1976.¹²⁸ Anvendelsen av fremmed rett på det norske rettssystemet må imidlertid gjøres med forsiktighet. Det ikke er noen automatikk i at en god løsning i et rettssystem nødvendigvis utgjør dette i et annet. I kommentarutgaven til aksjeloven er det særlig to hovedbegrunnelser som trekkes frem for et slikt syn; (1) enkelte utenlandske rettssystemer preges av rigide tolkningsprinsipper og (2) i norsk rett anvendes ofte alminnelige rettsprinsipper som et supplement til lovgivningen, noe som ikke alltid er tilfelle i fremmed rett. Nedenfor blir det foretatt en kort fremstilling av ansvarsgjennombruddets stilling i de landene som har flest likhetstrekk

¹²⁷ For en mer utførlig drøftelse se Lødrup, Petter «Erstatningsrett».

¹²⁸ Aarbakke m.f. «Aksjeloven og Allmennaksjeloven» på side 17, og NOU 1992:29 på side 12 flg.

med det norske rettssystemet. Fremstillingen tar ikke sikte på å være uttømmende, og det er andre land som også kunne ha vært aktuelle. Jeg har begrenset meg til disse da det er de som oftest kommer opp i forbindelse med debatten rundt ansvarsgjennombrudd i Norge.¹²⁹

5.2 Sverige

I likhet med Norge finnes det ingen lovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i Sverige. Ansvarsbegrensningen for aksjeeiere fastslås i den svenske aktiebolagslagen 1 kap. 3 §.¹³⁰ Det har imidlertid forekommet tilfeller av ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag i praksis, og NJA 1947 s. 647 har av flere blitt oppfattet som en grunnleggende dom på området.¹³¹ Tilfelle i denne dommen var noe spesielt da det dreide seg om et erstatningskrav fra tredjemann som var blitt påført fysisk skade. Dommen har likevel blitt tatt til inntekt for å anse dominerende rådighet og underkapitalisering som momenter i ansvarsgjennombrudd vurderingen etter svensk rett.¹³² Om grunnlaget for gjennomskjæring uttalte Högsta Domstolen at selskapet: «som utgjort allenast ett stadens och medparters gemensamma verkställighetsorgan för handhavandet av vattenhushållningen vid dammen, icke utövat någon självständig verksamhet» (s 654). Det ble også vist til «omständigheterna i övrigt» hvor blant annet underkapitalisering ble nevnt.

Det er vanskelig å sammenligne norsk og svensk rett da erstatningsretten i Sverige skiller seg fra den norske. Svensk rett inneholder den såkalte «spärregelen» som innebærer at

¹²⁹ Se blant annet Hagström: I TFR-1993-250, Krüger: I Festskrift til Jan Sandström (1997) side 281 og Aarum: I NTFSR-1999-64.

¹³⁰ Aktiebolagslag (2005:551)

¹³¹ Löfgren, Kent: «Personligt ansvar – vid likvidasjonsplikt, olovlig vinstutdelning, företrädaransvar m.m.», Stockholm (2002).

¹³² Hagström: I TFR-1993-250 på side 272-273. Se også NJA 1975 s. 45 der underkapitalisering og dominerende rådighet blir trukket frem i ansvarsgjennombrudd vurderingen. Denne dommen er også av betydning for kreditors undersøkelsesplikt da Högsta domstolen her oppstilte begrensningen om at ansvarsgjennombrudd utelukkes dersom kreditor var kjent med at kapitalgrunnlaget var for svakt da kreditt ble gitt.

erstatning for rene formuestap som en hovedregel bare kan idømmes i straffbare tilfeller.¹³³ Erstatningsansvaret for aksjeeiere er lovfestet i aktiebolagslagen 29 kap. 3 §. I motsetning til den norske aksjeloven kreves det her forsett eller grov uaktsomhet for å kunne ilegge ansvar. Vilkårene for å idømme aksjeeier erstatningsansvar er dermed noe strengere i Sverige enn i Norge. Sett fra denne siden kan det sies at behovet for ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag kanskje er noe større i svensk rett.

Under arbeidet med den nye Aktiebolagslagen ble spørsmålet om behovet for og utformingen av en regel om ansvarsgjennombrudd tatt opp.¹³⁴ Dette ble imidlertid avvist, og komiteen understrekte rettsikkerhetsproblematikken ved utformingen av en slik generalklausul.¹³⁵ Selv om komiteen ikke gikk inn for å lovfeste en slik regel, uttalte den at dette ikke skulle være til hinder for at de ulovfestede prinsippene skulle utvikles og anvendes i praksis.¹³⁶

Underkapitalisering, illojal og klanderverdig opptreden hos aksjeeiere og manglende selvstendighet hos selskapet er de mest sentrale momentene som blir trukket frem i den svenske teorien i forbindelse med ansvarsgjennombruddvurderingen.¹³⁷ Dette har store likhetstrekk med utilbørighetsvurderingen etter norsk rett.

5.3 Danmark

Dansk rett inneholder heller ingen lovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Det foreligger imidlertid en del teori og dommer om spørsmålet.¹³⁸ Rettstilstanden i Danmark er kanskje den som er mest interessant for oss da det er den som må sies å ha mest til felles med

¹³³ Skadeståndslag (1972:207) 2 kap. 2 §, jf. 1 kap. 1 § og aktiebolagslagen 29 kap. 3 §. Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 280.

¹³⁴ SOU 2001:1 på side 279 flg og Ny aktiebolagslag Prop. 2004/05:85 på side 203 flg.

¹³⁵ SOU 2001:1 og Ny aktiebolagslag Prop. 2004/05:85 side 205 flg.

¹³⁶ Ny aktiebolagslag Prop. 2004/05:85 side 205 flg.

¹³⁷ Stefan Brocker og Jan Grapatin: «Ansvarsgjenombrott», Stockholm (1996)

¹³⁸ U 1978 s. 880 H og 1980 s. 806 VL. Se også Werlauff: «Selskabsmasken», København (1991), Werlauff: «selskabsrett» 5. udg. København (2003) og Bernhard Gomard: «Aktieselskaber & anpartsselskaber (2000).

Norge på området.¹³⁹ Ansvarsbegrensningen for aksjeeiere fastslås i den danske selskabsloven § 1, stk. 2.¹⁴⁰

Erik Werlauff står foreløpig for den mest omfattende teoretiske behandlingen av temaet. Werlauff oppstiller i sin avhandling «Selskabsmasken» fem vilkår som må være oppfylt for ansvarsgjennombrudd.¹⁴¹ Da mange norske teoretikere henter inspirasjon av Werlauff, har jeg tatt inn vilkårene i sin helhet:

«Hæftelsesgennembrud kan kun statueres, hvis der enten foreligger (1) et betydeligt eller vedvarende misforhold mellem selskabets egenkapital og omfanget af de med selskabets virksomhet forbundne risici, (2) konsekvent beherskelse af selskabets ledelsesforhold uden om dets generalforsamling og uden iagttagelse at den hermed forbundne publicitet, (3) konsekvent overførsel til selskabsdeltagere eller andre af de af selskabet invundne overskud med den følge, at selskabets egen konsolidering umuliggøres, (4) anvendelse af selskabet til at omgå forpligtelser, der påhviler selskabsdeltagere, eller (5) dispositioner i eller for selskabet, som du af den foran udviklede pligt til loyal varetagelse af selskabets interesse er materielt uberettigede og påviseligt synes at tilføre de disponerende selskabsdeltagere m.v. eller andre nogle ikke ubetydelige fordele.»¹⁴²

Dersom et av disse alternative vilkårene er oppfylt kan ansvarsgjennombrudd foretas. Werlauff oppstiller imidlertid ytterligere et vilkår, det må foreligge dominerende rådighet. I motsetning til norske teoretikere oppstiller Werlauff således dominerende rådighet som et absolutt krav for ansvarsgjennombrudd (se punkt 4.3.2 for redegjørelse av dominerende rådighet i norsk rett).¹⁴³ Werlauff er imidlertid ikke enerådende på området i Danmark.

¹³⁹ Asmundsson/Gustavsson: «Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd»: i Jussens Venner (1995), s 189-298 på side 205.

¹⁴⁰ Selskabsloven, bekg, nr. 172 af 22.02.2010

¹⁴¹ Werlauff: «Selskabsmasken» på side 39.

¹⁴² Werlauff: «Selskabsmasken» på side 39.

¹⁴³ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 263-264.

Behnard Gomard synes for eksempel å gå langt i å avvise ansvarsgjennombrudd som et selvstendig grunnlag.¹⁴⁴

5.4 USA

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd har blitt utførlig drøftet i USA og må der kunne sies og fremstå som vesentlig mer utviklet.¹⁴⁵ Likesom i nordisk rett foreligger det der en presumpsjon om at hvert selskap skal svare for seg, «separate liability». Det mest brukte uttrykket for å omtale ansvarsgjennombrudd i USA er «piercing the corporate veil», men det finnes også andre mindre kjente uttrykk, slik som «disregard of the legal entity».¹⁴⁶

Innen amerikansk rett hersker det to dominerende teorier på området; «the equitable theory» og «the enterprise theory».¹⁴⁷ I den førstnevnte teorien konsentrerer vurderingen seg om hvorvidt selskapet og aksjeeierne ovenfor en tredjemann har opptrådt på en slik måte at det ville fremstå som urimelig å opprettholde selskapets rettssubjektivitet. Temaet i den andre teorien er hvorvidt det formelle juridiske skillet til økonomi, ledelse og forretningsdrift osv. mellom aksjeeiere og selskap har blitt opprettholdt i praksis. I de fleste tilfeller vil domstolen likevel begrunne sakens utfall i de konkrete forholdene i det enkelte tilfelle.

Ansvarsgjennombruddets posisjon i amerikansk rett har blitt skapt og utviklet av domstolene. På bakgrunn av «Fisser v. International Bank» og lignende avgjørelser har det blitt utviklet en såkalt «alter ego» doktrine.¹⁴⁸ Doktrinen innebærer et prinsipp om ansvarsgjennombrudd der selskapet har vært uselvstendig i forhold til formål og

¹⁴⁴ Gomard: «Aktieselskaber og anpartsselskaber», tillæg på side 98 flg.

¹⁴⁵ Se blant annet Gorton, Lars: “Through the Corporate Veil – något om ansvarsgjenombrott i amerikansk rett»: i TFR-1985-198 og Clausen, Nils Jul: «Faktiske forhold af betydning ved anvendelse af «piercing the corporate veil» doktrinen i U.S.A»: i TFR-1987-955.

¹⁴⁶ Broucker/Grapatin på side 66.

¹⁴⁷ Broucker/Grapatin på side 66-67.

¹⁴⁸ 228 F.2d231 (2nd Cir. 1960).

organisasjon.¹⁴⁹ I et slikt scenario vil aksjeeier bruke selskapet til personlige formål og avgjørelsene vil bli fattet til det beste for aksjeeiers interesser.

Et annet sentralt begrep i ansvarsgjennombrudd vurderingen i amerikansk rett er «the Fisser test» etter den ovenfor nevnte avgjørelsen. I domspremissene ble det satt opp tre kriterier som måtte være oppfylt; (1) control, (2) abuse og (3) proximate cause.

I forhold til det første kriteriet, som må antas å ha store likhetstrekk med det som i norsk teori omtales som dominerende rådighet, har det gjennom rettspraksis blitt trukket opp fastere retningslinjer. I saken *Taylor v. Standard Gas & Electric Co.* listet domstolen opp 11 forskjellige faktorer av betydning for å fastslå hvorvidt det foreligger dominerende rådighet.¹⁵⁰ Alle faktorene må ikke være til stede, og det må foretas en helhetsvurdering. Disse går under navnet «the Taylor factors» og har blitt sitert av domstolen også i senere saker.¹⁵¹ Disse er:

1. The parent corporation owns all or most of the capital stock of the subsidiary.
2. The parent and subsidiary corporations have common directors or officers.
3. The parent corporation finances the subsidiary.
4. The parent corporation subscribes to all of the capital stock of the subsidiary or otherwise causes its incorporation.
5. The subsidiary has grossly inadequate capital.
6. The parent corporation pays the salaries and other expenses or losses of the subsidiary.
7. The subsidiary has substantially no business expect with the parent corporation and no assets except those conveyed to it by the parent corporation.
8. In the papers of the parent corporation or in the statements of its officers, the subsidiary is described as a department or division of the parent corporation, or its business or financial responsibility is referred to as the parent corporation's own.

¹⁴⁹ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 264.

¹⁵⁰ 96F.2d693 (10th Cir.1938).

¹⁵¹ Hagstrøm: I TFR-1993-250 på side 264 og Clausen: I TFR-1987-960.

9. The parent corporation uses the property of the subsidiary as its own.
10. The directors or executives of the subsidiary do not act independently in the interest of the subsidiary but take their orders from the parent corporation in the latter's interest.
11. The formal legal requirements of the subsidiary are not observed.

Det interessante er at man ved en sammenligning med norsk rettspraksis ser at Høyesterett bruker mange av de samme momentene.¹⁵² Det samme gjelder det andre kriteriet, «abuse» som går ut på at den dominerende aksjeeier har misbrukt sin innflytelse. Dette innebærer typisk underkapitalisering og illojal tapping. Det tredje vilkåret går ut på at det må være et urettmessig tap eller skade for kreditor, og det må være tilstrekkelig sammenheng mellom dette og aksjeeiers misbruk av sin stilling.¹⁵³

Slik Hagstrøm påpeker, kan grunnen til at ansvarsgjennombrudd har blitt etablert som et eget rettsinstitutt i anglo-amerikansk rett ses på bakgrunn av at styret etter tradisjonell oppfatning ikke har «fiduciary duty» ovenfor selskapets kreditorer.¹⁵⁴ Læren om ansvarsgjennombrudd har således blitt utviklet for å skape et vern for selskapskreditorene. Til tross for at amerikansk rett således mister noe av sin interesse, vil mange av momentene likevel være relevante også for vurderingen etter norsk rett. Disse har som nevnt allerede blitt anvendt noe av norske domstoler, og har mange likhetstrekk med momenter utviklet i den norske teorien.

5.5 Tyskland

Ansvarsgjennombrudd blir omtalt som et spørsmål om «Haftungsdurchgriff» i tysk rett. Tysk aksjelovgivning regulerer særlige konsern avtaler. Der båndene mellom selskapene i konsernet er sterke, vil morselskapet i større utstrekning hefte for datterselskapets forpliktelser. Den sterkeste formen for slike avtaler blir omtalt som

¹⁵² Hagstrøm:I TFR-1993-250 på side 265, se også gjennomgangen av dommene i punkt 4.

¹⁵³ Brocker/Grapatin på side 71.

¹⁵⁴ Hagstrøm:I TFR-1993-250 på side 279-280.

«Beherrschungsverträge», en slags herskeravtale som fører til at selskapet legges inn under morselskapets ledelse. Det eksisterer også avtaler om «Gewinnabführungsverträge» som medfører at nettooverskudd i datterselskapet skal overføres til morselskapet. For å sikre kreditorene ved slike avtaler, innfører disse en plikt for morselskapet til å dekke underskudd, eller stille sikkerhet for kreditorenes utestående.¹⁵⁵ Aksjelovgivningen i Tyskland inneholder også visse regler for morselskapets forpliktelser ovenfor datterselskapet.

6 Avsluttende bemerkninger

Etter min mening taler gode grunner for at det eksisterer et ansvarsgjennombrudd på selvstendig grunnlag i norsk rett. Slik drøftelsen i punkt 4.2 viser, har Høyesterett ikke uttrykkelig gitt sin tilslutning til en slik regel. Formuleringen oppsatt i Rt. 1996 s. 672 har imidlertid blitt utviklet og gjentatt i senere avgjørelser, spesielt i de lavere rettsinstansene. Uttalelsene i Ot.prp.nr 55 (2005-2006) på side 123-126 taler også i for at ansvarsgjennombrudd må anses å ha en egen plass i norsk rett.

Rimelighetsbetraktninger trekker og i retningen av å åpne opp for gjennomskjæring i det norske rettssystemet. Ved misbrukssituasjoner vil det, som nevnt i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) på side 123-124, være lite rimelig at morselskapet stilles bedre som følge av at det overfører risikofylte oppgaver til datterselskapet.

Som følge av innføringen av medvirkeransvaret i aksjeloven i 2006 kan det spørres om ansvarsgjennombruddet har tapt noe av sin betydning. Mange av momentene for ansvarsgjennombrudd har mistet tyngden som følge av at de nå vil falle inn under medvirkeransvaret. Det er likevel ikke slik at det aldri vil kunne tenkes tilfeller der

¹⁵⁵ Werlauff: «Selskabsmasken» på side 235 flg.

gjennomskjæring kan bli aktuelt da dette er noe annet enn medvirkning- og erstatningsansvar (se drøftelsen i punkt 3.6 og 2.2).

Slik drøftelsen under punkt 4 viser, er det en helhetsvurdering som vil være avgjørende. De enkeltstående momentene vil som følge av endringene i aksjeloven sjeldent eller aldri kunne føre til ansvarsgjennombrudd. Et alternativt ansvarsgrunnlag vil være viktig nettopp i de situasjonene hvor ingen av momentene gjør seg gjeldende med en slik styrke at aksjelovens bestemmelser kommer til anvendelse. Noen ganger vil reglene i aksjeloven heller ikke avhjelpe situasjonen tilstrekkelig, slik at en rimelig løsning ikke vil kunne nås på andre måter enn ved gjennomskjæring. Det er likevel viktig å huske på at ansvarsgjennombrudd er en sikkerhetsventil, et snevert unntak fra hovedregelen som er forbeholdt de situasjoner der ingen andre rettsgrunnlag kan avhjelpe situasjonen.

For øyeblikket går utviklingen på selskapsrettens område i retningen av flere og større konserner hvor betydelige økonomiske verdier er innblandet. I tillegg opprettes det i dag stadig flere internasjonale konserner med selskaper i flere land. Dersom tendensen fortsetter vil behovet for en nærmere regulering av ansvarsfordelingen mellom morselskapet og datterselskapene øke betraktelig. Dagens ordning har ingen regler om reguleringer av ansvarsforholdene innad i konsernet. Selv om mange av reglene i aksjeloven kan anvendes til en viss utstrekning, har situasjonen forandret seg etter lovens vedtagelse. Aksept for at konsernet operer med en felles filosofi og felles mål som gjelder for hele konsernet har økt. Det har også blitt vanligere at tillitsvervene i morselskapet og i døtrene er besatt av de samme individene. Aksjeloven har ingen klar regulering av slike tilfeller, noe som fører til at reglene fremstår som uklare for aktørene og det blir foretatt mange skjønnsvurderinger.

Som nevnt i punkt 5 går fremmed rett i større utstrekning enn den norske i å anerkjenne ansvarsgjennombrudd som eget grunnlag. EU har også gitt uttrykk for et ønske om en

klarere regulering av konsernforhold.¹⁵⁶ Noe av bakgrunnen for dette er nettopp de store konsern konstellasjonene som har vokst frem de siste årene. Betydningen av ansvarsgjennombrudd kan dermed få en mye større rolle i fremtiden, og ved å anerkjenne dette som et eget grunnlag vil det få muligheten til å utvikle seg som et rettslig instrument slik at grensene mot de andre ansvarsgrunnlagene blir tydeligere.

¹⁵⁶ Se utkastet til EUs 9. selskapsdirektiv som var ment som materielle regler i konsernforhold.

Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.* Oslo, 1998
- Askeland, Bjarte *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør.* Bergen, 2006
- Brocker/Garpatin Stefan Brocker og Jan Grapatin. *Ansvarsgenombrott.* Stockholm, 1996
- Clausen, Nils Jul *Faktiske forhold af betydning ved anvendelse af Piercing the corporate veil-doktrinen i USA.* I: TfR 1987 s 955 flg.
- Gomard, Behnard *Aktieselskaber & anpartsselskaber.* 4. udg. København, 2000
- Gorton, Lars *Through the corporate veil – något om ansvarsgenombrott i amerikansk rätt.* I: TfR 1985 s 198 flg.
- Grønland, Karl-Anders *Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelses – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og 29. mai 1996.* I: Tidsskrift for Forretningsjus. 1996, nr. 3 s. 101-110
- Hagstrøm, Viggo *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett.* I: TfR 1993 s. 250-282
- Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke.* Oslo, 2003
- Knudsen, Gudmund *Gjeldsansvar i konsern.* I: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett. Oslo, 1994, s 85-115.
- Krüger, Kai *Arbeidsgiveransvaret for konsernets beslutningstagere i datterselskapets styre?* I: Festskrift til Jan Sandström. 1997, s. 281 flg
- Lødrup, Petter *Lærebok i erstatningsrett.* 3. utg. Oslo, 1995
- Löfgren, Kent Kent Löfgren og Martin Kornfeld. *Personligt ansvar – vid likvidasjonsplikt, olovlig vinsutdeling, företrädaransvar m.m.* Stockholm, 2002
- Norman, Kristin *Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2) – Særlig om medvirkeransvar i konsernforhold.* I Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, 2010 s. 232-252
- Røsæg, Erik *Garantier eller fattigmannstrøst? Støtteerklæringer i selskapsforhold av typen comfort letters.* Oslo, 1992

- Vatne, Cecilie *Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd.* Publisert som artikkel ved Advokatfirmaet Selmer
- Vatne, Cecilie *Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd.* Masteroppgave til juridisk embetseksamen våren 2009
- Werlauff, Erik *Selskabsmasken.* København, 1991.
- Werlauff, Erik *Selskabsret.* 4. utg. København, 2000
- Aarum, Kristin Normann *Indirekte aksjonæransvar.* I: Nordisk tidsskrift for selskabsret 1999 s. 64
- Aarbakke, Magnus *Rapport 2004 Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje- og allmennaksjeselskapsforhold. En utredning av dr. juris Magnus Aarbakke 19. oktober 2004.* Oslo, 2004

Forarbeider

NOU 1992:29

NOU 1996:6

Ot.prp.nr. 19 (1974-1975)

Ot.prp.nr. 33 (1988-1989)

Ot.prp.nr. 36 (1993-1994)

Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)

Ot.prp.nr.55 (2005-2006)

Sverige

SOU 2001:1

Ny aktiebolagslag Prop. 2004/05:85

Lovregister

Norge

1969 Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

1985 Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og komandittselskaper
(selskapsloven)

1991 Lov av 30. august nr. 71 om statsforetak (statsforetakloven)

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

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

2007 Lov av 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak (samvirkeforetakloven)

Sverige

Skadeståndslagen (1972:207)

Aktiebolagslagen (2005:551)

Danmark

Selskabsloven, lovbekendtgørelse nr. 172 af 22.02.2010

Domsregister

Norge

Norsk Retstidende

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1934 s. 412

Rt. 1937 s. 21

Rt. 1937 s. 600

Rt. 1970 s. 871

Rt. 1979 s. 81

Rt. 1985 s. 1221

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1995 s. 209

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1996 s. 742

Rt. 2005 s. 41

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2010 s. 309

Underrettspraksis

RG 2007 s. 411

LB-2008-045086

Oslo Tingrett saksnummer: 09-048628TVI-OTIR/04

Sverige

Nytt Juridisk Arkiv

NJA 1947 s. 647

NJA 1975 s. 45

Danmark

U 1978 s. 880 H

1980 s 806 VL

USA

96F.2d693 (10th Cir.1938) Taylor

228 F.2d231 (2nd Cir. 1960) Fisser

