

Ansvarsgjennombrudd i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 583
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17954 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet for oppgaven	1
1.2	Avgrensning og begreper.....	2
1.3	Oppgavens oppbygning	3
<u>2</u>	<u>AKSJESELSKAPSRETTENS UTGANGSPUNKTER</u>	<u>3</u>
2.1	Prinsippene om den begrensede og indirekte heftelse	3
2.2	Ansvarsbegrensningens rolle og betydning	4
2.3	Kort om den historiske utviklingen av AS	4
2.4	Ansvarsgjennombrudd er unntaket	5
2.5	Andre måter for kreditor å få dekning	6
2.5.1	Ansvar etter erstatningsretten	6
2.5.2	Ansvar etter kontrakt.....	11
2.6	Forholdet mellom ansvarsgjennombrudd og alternativene nevnt i 2.5.....	13
<u>3</u>	<u>UTENLANDSKE RETTSSYSTEMER.....</u>	<u>15</u>
3.1	Civil Law – Sentral-Europa.....	15
3.1.1	Sverige	15
3.1.2	Danmark.....	16
3.1.3	Tyskland.....	18
3.2	Common Law	19
3.2.1	USA.....	19
3.2.2	England/UK	22

3.3	Sammenligning mellom landene	23
-----	------------------------------------	----

4 OM UNNTAKET ANSVARSGJENNOMBRUDD..... 24

4.1	Rettskildene	24
4.1.1	Rt. 1932 s. 1015	25
4.1.2	Rt. 1937 s. 21	26
4.1.3	Rt. 1970 s. 871	26
4.1.4	Rt. 1993 s. 20	27
4.1.5	Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken"	28
4.1.6	Rt. 1996 s. 742 "Minnor"	29
4.1.7	Rt. 2010 s. 306 "Miljøforurensning"	29
4.1.8	Underrettspraksis	30
4.1.9	Juridisk Teori	31
4.2	Drøftelse av ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett.....	32

5 VILKÅRENE FOR ANSVARSGJENNOMBRUDD..... 38

5.1	Utilbørlig overfor kreditorene	39
5.1.1	Selskapet er underfinansiert.....	40
5.1.2	Økonomisk ubalanse mellom eier og selskapet	43
5.1.3	Tapping av selskapsmidler.....	44
5.2	Sammenblanding mellom eier og selskap	46
5.2.1	Dominerende rådighet.....	47
5.2.2	Er det formelle skillet mellom eier og selskap gjennomført?.....	50
5.3	Kreditors forhold og kravets art.....	53
5.4	Forskjellige typer eiere	55
5.5	Virkningene av ansvarsgjennombrudd	55
5.6	Indirekte og dobbelt ansvarsgjennombrudd.....	56
5.7	Oppsummering	57

<u>6</u>	<u>KONKLUSJON.....</u>	<u>58</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Oppgavens tema er ansvarsgjennombrudd i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det særegne med aksjeselskapsformen er at eierne bare hefter for sin innskutte kapital. Selskapet er et eget rettssubjekt med egen, adskilt økonomi. Aksjeselskapsformen åpner for at eierne kan gjemme seg bak selskapsstrukturen og dermed minimere risikoen ved sine investeringer. At eierne kun hefter for sin innskutte kapital kan medføre problemer for selskapets kreditorer. Høyesterett har formulert dette problemet slik:

”Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet.”¹

I denne oppgaven vil fokuset bli rettet mot ansvarsgjennombrudd fra kreditor mot aksjonær. Styremedlemmene holdes utenfor. Ansvarsgjennombrudd er et unntak fra prinsippet om at eierne ikke hefter for selskapets gjeld, og innebærer at kreditorene søker dekning hos eierne når selskapet ikke oppfyller sine forpliktelser. Praktisk sett vil det være mest aktuelt når selskapet er under konkursbehandling. Problemstillingen er om det er grunnlag i norsk rett for å formulere en generell regel om ansvarsgjennombrudd, og hva en slik regel i så fall vil inneholde. Temaet er ikke lovfestet, men forarbeidene til aksjelovgivningen har åpnet for at ”domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov”². Rettspraksis, forarbeider og juridisk teori utgjør kildegrunnlaget for vurderingen.

¹ Rt. 1991 s.119, s.123

² Ot.prp.nr.23 (1996-97) punkt 12.1

1.2 Avgrensning og begreper

Begrepet ansvarsgjennombrudd i relasjon til utvidet aksjonæransvar kan defineres snevert eller vidt. I vid forstand kan det bety alle tilfeller av utvidet aksjonæransvar uavhengig av hvilket grunnlag ansvaret bygger på. Med en slik forståelse er det ikke tvilsomt at det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd i norsk rett, fordi det vil foreligge der aksjonæren blir ansvarlig på culpagrunnlag eller der han påtar seg et avtalerettslig ansvar.³ I snever forstand brukes begrepet ansvarsgjennombrudd som et selvstendig, objektivt ansvarsgrunnlag for eierne for selskapets forpliktelser. Det er ansvarsgjennombrudd etter denne definisjonen som er utgangspunktet for denne oppgaven. For å illustrere sammenhengen mellom de forskjellige måter en aksjeeier kan bli ansvarlig på, er problemstillinger rundt erstatningsansvar og kontraktsansvar også tatt med. Videre i oppgaven er begrepet ansvarsgjennombrudd brukt etter den snevre definisjonen, altså i betydningen at det er et alternativt rettsgrunnlag for utvidet aksjonæransvar.

Oppgaven vil behandle ansvarsgjennombrudd fra kreditor mot aksjonær. Krav fra kreditor mot styret, ledelse eller ansatte er ikke ansvarsgjennombrudd i snever forstand og faller utenfor. Det samme gjelder eventuelle krav direkte fra selskapet mot aksjonæren, altså der hvor selskapet opptrer som kreditor. Oppgaven avgrenses videre mot andre former for selskaper, det er bare aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper som er aktuelle.

Når betegnelsen "selskap" brukes i oppgaven betyr det aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper dersom ikke annet følger av sammenhengen. Begrepet "eier" betyr aksjeeier, og det skilles vanligvis ikke mellom en eller flere privatpersoner og/eller en eller flere selskaper som er eier(e). Det kommer frem av sammenhengen dersom begrepet "eier" er mer avgrenset. "Kreditor" er enhver som har et krav mot selskapet.

³ Asmundsson (1995) s.197

1.3 Oppgavens oppbygning

I del 2 redegjøres det for utgangspunktene i aksjeselskapsretten og for hovedregelen om begrenset heftelse. Det gjøres kort rede for forskjellige måter for kreditor å få dekket sitt krav, og ansvarsgjennombruddets funksjon og plassering vurderes oppimot disse. I del 3 er temaet ansvarsgjennombrudd i andre sentrale land, som er tatt med fordi norsk rett har hentet mye av inspirasjonen om ansvarsgjennombrudd fra utenlandsk rett. Del 4 tar for seg de norske rettskildene som er grunnlaget for en ansvarsgjennombruddsvurdering, og drøfter hvilken plass ansvarsgjennombrudd har og bør ha i Norge. Hoveddelen av oppgaven er del 5, som inneholder en redegjørelse for og vurdering av hvilke vilkår som er aktuelle i en ansvarsgjennombruddsregel. I del 6 fremmes en konklusjon på problemstillingen som er formulert under punkt 1.1.

2 Aksjeselskapsrettens utgangspunkter

2.1 Prinsippene om den begrensede og indirekte heftelse

Prinsippene om begrenset og indirekte heftelse er lovfestet i aksjeloven⁴ og allmennaksjeloven⁵ § 1-2(1): ”Aksjeeierne hefter ikke overfor kreditor for selskapets forpliktelser”. Det er her det formelt er slått fast at det skilles mellom eierens økonomi og selskapets økonomi. Det klare utgangspunktet er at aksjeeierne ikke hefter overfor selskapets kreditorer. Selskapets formue er adskilt fra eiernes formue, både ved den daglige driften av selskapet og ved en eventuell konkurs. Aksjeeierne plikter ikke å skyte inn midler i selskapet utover det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, dette er grunnlaget for hele aksjeselskapsformen. Ansvar for selskapsdeltagerne er altså indirekte og begrenset.

⁴ Aksjeselskapsloven (1997)

⁵ Allmennaksjeselskapsloven (1997)

2.2 Ansvarsbegrensningens rolle og betydning

Det upersonlige, indirekte og begrensede ansvaret åpner for at investorer kan investere en viss sum som kapital, og ikke risikere å bli avkrevd for mer penger ved et senere tidspunkt. En slik organiseringsmulighet bidrar både til investeringsviljen i samfunnet og utviklingen av nye ideer og foretak.⁶ Foretak er avhengig av kapital for både å starte opp og senere ekspandere. Gjennom aksjeselskapsformen er det både enklere for foretak å få inn kapital og enklere for investorer å forholde seg til sine investeringer.

Ansvarsbegrensningen er i tillegg viktig for mindre selskaper som gjerne har én privatperson som eier. Det er økonomisk sett ganske trygt å drive og eie et aksjeselskap, og en slik trygghet kan bidra til at risikofylte planer og visjoner lettere blir realisert.

Selskapets kreditorer er beskyttet gjennom lovkravet om bundet egenkapital. Det vil si at aksjeeiernes rådighet over kapitalen er begrenset, slik at selskapet ikke kan tappes for midler gjennom en tilbakeføring til eierne.⁷ Kreditorne er også beskyttet gjennom asl./asal. § 3-4 som pålegger selskapet å ha en forsvarlig egenkapital i forhold til risikoen ved driften av selskapet. Kreditorne er i tillegg beskyttet gjennom de forskjellige lovreguleringene om styrets ansvar, blant annet asl./asal. § 3-5 jfr. § 3-4. Kreditorbeskyttelse drøftes videre i punkt 2.5.

2.3 Kort om den historiske utviklingen av AS

Begrepet ”juridisk person” var antagelig anerkjent så langt tilbake som i år 2083 f. kr..⁸ Ideen om oppdelingen mellom selskapets formue og eiernes formue som er karakteristisk for moderne selskapsrett stammer fra Konsiliatorene, som rundt 1200- til 1400-tallet studerte ved Universitetet i Bologna.⁹ Aksjeselskaper slik vi kjenner dem oppstod på 1600-tallet, med det nederlandske Østindiakompaniet som det første i 1602.¹⁰ Særlig de siste 100 årene har aksjeselskapsformen blitt utbredt og dominerende

⁶ Woxholth (2004) s.91

⁷ Woxholth (2004) s.91

⁸ Werlauff (2008) s.25

⁹ Anners (1983) s.123

¹⁰ Werlauff (2008) s.26

i forretningsverden.¹¹ Tidligere heftet selskapseierne ubegrenset for selskapets gjeld. Muligheten til å begrense egen risiko var en katalysator for utviklingen fra små, familiedrevne foretak, til store foretak med mange forskjellige eiere. Enkelte økonomihistorikere har pekt på at oppfinnelsen av aksjeselskapsformen var vel så viktig for den industrielle revolusjon som de mange tekniske oppfinnelsene.¹²

2.4 Ansvarsgjennombrudd er unntaket

Utgangspunktet er at ansvarsgjennombrudd ikke forekommer. Det er grunnlaget for aksjeselskapsformen. I teorien har det blitt formulert slik av dansken Bernhard Gomard: ”Det begrænsede ansvar savner mening, hvis det ikke fastholdes, når der er utsikt til, at det kan blive aktuelt!”¹³ Viggo Hagstrøm har stilt seg bak dette og fastholdt at det samme må gjelde i norsk rett.¹⁴ Men løsningen er ansett for å være usikker, og temaet har vært gjenstand for diskusjon og debatt i Norge. Geir Woxholth påpeker at innflytelsen først og fremst har kommet fra utenlandsk rett (som omhandles nærmere i punkt 3), fra det som kalles ”Haftungsdurchgriff” i Tyskland og ”piercing of the corporate veil” i USA.¹⁵

Det er to forskjellige situasjoner som kan føre til at aksjeeieren blir ansvarlig overfor kreditor. Den første er at aksjeeierne har skapt en utilbørlig situasjon gjennom kritikkverdige disposisjoner, da kan ansvaret bygges på alminnelige erstatningsregler.¹⁶ Den andre situasjonen er der det ikke er noe å bebreide aksjeeierne, slik at de alminnelige erstatningsreglene ikke kan anvendes. Det blir da et spørsmål om det kan oppstilles et rent objektivt ansvar, og det er det som er kjernen i spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.¹⁷ Et slikt utvidet aksjonæransvar forutsetter at en objektiv utilbørlighetsvurdering tilsier at ansvarsbegrensningen ikke fortjener vern. Imidlertid er det usikkert om det er noen reell forskjell mellom en utilbørlighetsvurdering og en

¹¹ Allen (2007) s.83

¹² Allen (2007) s.95

¹³ Hagstrøm (1993) s.251

¹⁴ Hagstrøm (1993) s.251

¹⁵ Woxholth (2004) s.94

¹⁶ Woxholth (2004) s.95. Se også punkt 2.5.1.

¹⁷ Woxholth (2004) s.95

culpavurdering, og om gjennombruddsansvaret er nødvendig ved siden av de andre måter å utvide aksjeeieransvaret på. Det vil bli drøftet nærmere under punkt 4.2.

2.5 Andre måter for kreditor å få dekning

Utgangspunktet for kreditors dekningsmuligheter når selskapet ikke kan betale er dekningsloven¹⁸ § 2-2, jfr. § 2-1, som skal sørge for at selskapets (usikrete) kreditorer får dekket sine krav i så stor grad som mulig. I motsetning til erstatningsretten er det ikke noe krav om skyld hos selskapet for at kreditor skal ha rett til dividende i dets konkursbo. Så lenge kravet er reelt er utgangspunktet at man har dividenderett. Det betyr at for de aller fleste kreditorer vil dekningslovens regler være deres primære rettsgrunnlag for å få dekket hele eller deler av sitt krav.

Dersom dekningslovens regler ikke gir kreditor dekning, må det vurderes om dekning kan hjemles i andre regler. Selv om utgangspunktet er at aksjeselskapet og aksjeeieren ikke identifiseres med hverandre, betyr ikke det at det ikke finnes måter en aksjeeier kan bli holdt ansvarlig på. Det ville vært meget uheldig dersom en aksjeeier kunne gjemme seg bak selskapet i enhver situasjon, da ville det vært altfor lett å unndra seg ansvar. For å motvirke dette inneholder norsk rett regler som kan holde aksjeeiere ansvarlig overfor selskapets kreditorer. Det må foreligge et særlig hjemmelsgrunnlag. Ansvaret kan være basert på avtale, lovfestede eller ulovfestede regler.¹⁹

2.5.1 Ansvar etter erstatningsretten

I denne delen gjøres det kort rede for ulike problemstillinger vedrørende kreditors dekningsmuligheter etter erstatningsretten. Avsnittet behandler ikke bare erstatningsansvar for aksjeeier, men også for selskapet og styret. Det er gjort for å vise hvilke dekningsmuligheter kreditor har. Erstatningsretten er meget omfattende, og i mange situasjoner vil erstatningsretten være den primære kilden for kreditor til å søke dekning for sitt krav.

¹⁸ Dekningsloven (1984)

¹⁹ Grønland (1996) s.102

Aksjeeiere kan holdes erstatningsansvarlige på grunnlag av den alminnelige ulovfestete culperegelen.²⁰ Et utslag av denne er lovfestet i asl./asal. § 17-1. Kreditorer kan etter denne bestemmelsen kreve at aksjeeiere erstatter skade som disse har voldt, forsettlig eller uaktsomt, i egenskap av å være aksjeeier. Det må være årsakssammenheng mellom aksjeeierens opptreden som aksjeeier og den skade kreditor er påført. De øvrige erstatningsrettslige vilkårene må i tillegg vurderes. Jeg går ikke nærmere inn på disse vilkårene her. Men det skal nevnes at i en slik vurdering av culpaansvar må det foretas en konkret avveining av en rekke relevante forhold. Blant annet om aksjeeieren har villedet medkontrahenten, tappet selskapets midler, pådratt selskapet uforsvarlig risiko, eller drevet for kreditorenes regning.²¹

En aksjonær kan også bli ansvarlig etter ulovfestete identifikasjonsprinsipper for culpøse handlinger som er foretatt i hans interesse. Slike handlinger kan være foretatt av styremedlemmer med særlig tilknytning til ham.²² Det som kjennetegner identifikasjonsansvar er at noen holdes erstatningsansvarlig for handlinger en annen har foretatt.²³ Et slikt lovfestet identifikasjonsgrunnlag kunne vært arbeidsgiveransvaret for AS/ASA som er regulert i skadeserstatningsloven²⁴ kapittel 2. Dette rettsfeltet har vært gjenstand for omfattende debatt, men med Høyesteretts avgjørelse i Minnor-saken²⁵ anses det nå for å være avklart at slikt arbeidsgiveransvar ikke kan pålegges. Etter dette har denne løsningen blitt lovfestet i skl. § 2-1 nr. 3. Men det innebærer ikke at aksjonæren ansvarsfritt kan medvirke til at et styremedlem gjør seg skyldig i erstatningsbetingende forhold. Aksjonæren har et alminnelig erstatningsrettslig uaktsomhetsansvar på lik linje med andre.²⁶

Hvis aksjonæren er et morselskap, kan identifikasjon bygges på de ulovfestete reglene om organansvar. Det innebærer at morselskapet kan bli ansvarlig der selskapets organer har utvist culpa.²⁷ Hva som kan regnes for å være et selskaps organ er usikkert. Det er tvilsomt om et morselskaps ansatte som opptrer som styremedlemmer i datterselskapet

²⁰ Asmundsson (1995) s.217

²¹ Asmundsson (1995) s.243

²² Asmundsson (1995) s.233

²³ Normann (2010) s.237

²⁴ Skadeserstatningsloven (1969)

²⁵ Rt. 1996 s.742, s.759. Se også punkt 4.1.5

²⁶ Andenæs (2007)

²⁷ Asmundsson (1995) s.227

kan sies å opptre som et organ for morselskapet. Minnor-dommen ser ut til å avvise at dette er mulig.²⁸

Det klare utgangspunktet er at aksjeeiere ikke har noen spesiell lojalitetsplikt overfor selskapet de eier, eller dets kreditorer. Ansvar for eierne direkte er dermed bare aktuelt i spesielle tilfeller.²⁹

Det må i tillegg nevnes at aksjeeiere kan holdes erstatningsansvarlig etter § 17-1 (1) for ulovlige vedtak truffet på selskapets generalforsamling. Eierne kan hefte enten som hovedmann eller som medvirker etter sin stemmegivning, og det kan ikke utelukkes at ansvarets omfang kan bli forskjellig etter hvilket av de to grunnlagene aksjeeieren holdes ansvarlig for.³⁰

Det er forskjell på selskapets erstatningsansvar og på eiernes erstatningsansvar. Aksjelovgivningen inneholder ikke regler om selskapets erstatningsansvar. Selskaper kan i stedet holdes ansvarlig etter de vanlige erstatningsrettslige regler, i og utenfor kontrakt, på lik linje med andre skadevoldere.³¹ De vanlige vilkårene om ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap vil være sentrale.³² Jeg går ikke nærmere inn på disse vilkårene her.

De reglene som er lovfestet handler ikke om selve selskapets ansvar, men om ansvar for blant annet styremedlemmer, ledelse og aksjeeiere. Mest sentralt er asl./asal. § 17-1 som i tillegg til ansvar for aksjeeiere, også regulerer erstatningsansvar for styremedlemmer, daglig leder, medlem av bedriftsforsamlingen og gransker. Skadevoldelsen må være forsettlig eller uaktsom. For disse personene er dette også en erstatningsmessig regel, og de vanlige erstatningsrettslige vilkårene må vurderes. Erstatningsreglene i asl./asal. kapittel 17 er uansett ikke ansett for å være uttømmende.³³ Som en sidebemerkning skal det nevnes at etter asl./asal. § 17-6 kan kreditorer som har lidt tap fordi selskapet er

²⁸ Rt. 1996 s.742, s.759

²⁹ Asmundsson (1995) s.202

³⁰ Normann (2010) s.246

³¹ Woxholth (2004) s.226

³² Woxholth (2004) s.226

³³ Sæbø (2002) s.200

påført tap fremme krav om erstatning. Kreditorerne er riktignok bundet av selskapets skadeoppgjør, og deres krav står tilbake for selskapets krav.³⁴

Det er videre verdt å merke seg at selskaper kan bli holdt ansvarlige for ren formuesskade utenfor kontrakt. Typisk hvis selskapet utad gir uriktige opplysninger som påvirker selskapets verdi.³⁵

Kreditorerne vil antagelig være likegyldige til om de får dekket sin fordring av styret eller av eierne. Derfor er styreansvar etter § 17-1 et viktig moment å se på når nødvendigheten av rettsinstituttet ansvarsgjennombrudd skal vurderes. I praksis vil oftere styremedlemmer enn aksjonærer kunne rammes av et culpaansvar, fordi styremedlemmene har et direkte ansvar for selskapets daglige drift.³⁶

Det gjelder et generelt ansvar for styremedlemmer å drive selskapet på en ansvarlig måte. Etter asl./asal. § 3-4 jfr. § 3-5 er styret ansvarlig for at selskapet drives med en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Dersom egenkapitalen ikke kan bringes opp på et akseptabelt nivå er det styret sitt ansvar å foreslå at selskapet oppløses. Det er forventet at styremedlemmer har forretningsmessig innsikt, og de har en lojalitetsplikt overfor selskapet og dets kreditorer.³⁷ Dersom et selskap driver en virksomhet med en slik risiko at kapitalgrunnlaget ikke står i forhold til selskapets drift, kan selskapets styremedlemmer holdes erstatningsansvarlig overfor deres kreditorer.³⁸ Styret som enhet blir ikke solidarisk ansvarlig, hvert enkelt medlem hefter hver for seg. Det må derfor foretas en individuell vurdering av hvert enkelt styremedlem.³⁹

Styremedlemmene kan følgelig bli personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser, men også her kommer de vanlige erstatningsvilkårene inn i bildet. Ansvar med grunnlag i asl./asal. § 17-1 er en ansvarsform som står på egne ben, den ansvarlige kan ikke

³⁴ Sæbø (2002) s.209

³⁵ Aarum (1994) s.90

³⁶ Asmundsson (1995) s.226

³⁷ Asmundsson (1995) s.226

³⁸ Aarum (1994) s.37

³⁹ Aarum (1994) s.68

påberope seg at ansvaret for selskapsgjelden er indirekte og begrenset. Det er forholdsvis vanlig at et styremedlem også er aksjeeier, og han kan ikke da slippe unna styreansvaret gjennom å gjemme seg bak ansvarsbegrensningen for eiere. Det må skilles mellom hans opptreden som styremedlem og hans opptreden som aksjeeier.

Styremedlemmene må eller bør ha visst at selskapets kapital ikke stod i forhold til virksomheten for at et ansvar skal kunne komme på tale. Det vil være et moment i culpavurderingen om styrets satsning på risikofylt virksomhet har ført til selskapets insolvens. Men det skal mye til før styret kan holdes erstatningsansvarlig som følge av forretningsmessige beslutninger, for eksempel ”feil” valg av strategi.⁴⁰

Styret har etter asl./asal. § 6-12 først og fremst en plikt overfor selskapet og eierne til å forvalte selskapet på en forsvarlig måte, men denneplikten kan også gjøres gjeldende i forhold til selskapets kreditorer. Styremedlemmenes forhold kan være erstatningsbetingende i forhold til selskapet (og da indirekte selskapets eiere), i forhold til selskapets kreditorer, og i forhold til både selskapet og kreditorene samtidig.⁴¹

Aksjeeieres erstatningsansvar etter § 17-1 er uavhengig av innskuddsforpliktelsen.⁴² Ansvaret kan dermed innebære en betydelig merkostnad for aksjeeieren. Ansvaret er riktignok begrenset av erstatningsrettens vilkår om årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunlaget. Det er ikke tilfellet ved ansvarsgjennombrudd, da er ansvaret direkte og ubegrenset. Det innebærer at det beløpet man ender opp med å hefte for kan bli forskjellig ettersom hvilket grunnlag, ansvarsgjennombrudd eller erstatningsrett, som kommer til anvendelse.⁴³ I ansvarsgjennombruddsvurderinger har nemlig ikke Høyesterett oppstilt noe krav om årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og kreditorenes individuelle tapsposter.⁴⁴ Dermed foretas det ikke en vurdering av hvilken skade de ansvarliges forhold har påført kreditorene.⁴⁵ Det innebærer også at det ikke trenger å være årsakssammenheng mellom kreditors krav og

⁴⁰ Normann (2010) s.250

⁴¹ Aarum (1994) s.470-472

⁴² Aarum (1994) s.37

⁴³ Aarum (1994) s.50

⁴⁴ Rt. 1993 s.20

⁴⁵ Aarum (1994) s.50

eiernes forhold, for eksempel eiernes underkapitalisering av selskapet. Dette utgjør et viktig skille mellom erstatningsretten og ansvarsgjennombrudd. I så måte er mulighetene for kreditor til å få dekket hele sitt tap større gjennom ansvarsgjennombrudd enn gjennom vanlig erstatning.

2.5.2 Ansvar etter kontrakt

Kreditorene kan sikre seg gjennom avtaler med aksjonærene, og i praksis vil aksjonæransvar på kontraktsmessig grunnlag være veldig aktuelt. De spørsmålene som oppstår i slike tilfeller omhandler hvem som er forpliktet etter kontrakten, med andre ord alminnelige kontraktsrettslige spørsmål om vedtakelse og tolking.⁴⁶

Personer som inngår avtale på vegne av selskapet kan bli erstatningsansvarlige. Det er særlig aktuelt der selskapet har dårlig økonomi, og det påtar seg forpliktelser som det klart ikke vil være i stand til å oppfylle. Dersom vedkommende som inngikk avtalen på vegne av selskapet visste eller burde visst at selskapet hadde økonomiske problemer, men unnlot å informere medkontrahenten, kan det være erstatningsbetingende overfor ham. Et slikt ansvar vil begrunnes i brudd på en opplysningsplikt og er et culpaansvar.⁴⁷ For at dette ansvaret skal gjelde for en aksjonær som forplikter selskapet, må det foreligge en form for fullmakt som gir ham anledning til å binde selskapet. Ansvaret bygges da ikke på hans posisjon som aksjeeier, men hans posisjon som fullmektig. Aksjonærene har nemlig ingen generell adgang til å forplikte selskapet. Dersom en aksjonær forplikter selskapet i egenskap av å være styremedlem eller del av selskapsledelsen vil ansvaret måtte bygges på reglene som omhandler dette.

Når enkeltpersoner gjør avtaler på vegne av selskapet, må det opplyses til medkontrahenten at det er selskapet som forpliktes. Den som inngår en avtale hefter i utgangspunktet på kontraktsmessig grunnlag, og det er opp til den kontraherende å klargjøre hvem man inngår avtale for.⁴⁸ Det er ikke avgjørende om man konkret

⁴⁶ Asmundsson (1995) s.269

⁴⁷ Asmundsson (1995) s.244

⁴⁸ Asmundsson (1995) s.272

defineres som avtalepart, eller om man defineres som en som har påtatt seg en avtaleforpliktelse. Problemer kan oppstå der det er uklart om det er mor- eller datterselskapet som har forpliktet seg, og særlig der det foreligger en sammenblanding mellom de to selskaper.⁴⁹ Dette er et spørsmål om identifisering av ansvarssubjektet for en kontraktsforpliktelse, såkalt tilordning.⁵⁰ Spesielt i konsernforhold og der en enkeltperson driver sin virksomhet gjennom et heleid aksjeselskap kan det være vanskelig. Hvem som skal være forpliktet må avgjøres etter en konkret tolkning i hvert enkelt tilfelle. Utgangspunktet er situasjonen ved avtaleinngåelsen, men både forutgående forhold og etterfølgende opptreden kan ha betydning. Den som har opptrådt ved avtaleinngåelsen har en generell plikt til å avklare slike partsspørsmål, men særlige forhold kan føre til at medkontrahenten må foreta sin egen undersøkelse. Det avgjørende er om aksjeeieren har opptrådt slik han burde for å unngå avtalebinding, og rene rimelighetsbetraktninger bør kunne trekkes inn.⁵¹

Antagelig er det kontraktsmessige grunnlaget det praktisk viktigste grunnlaget for utvidet aksjonæransvar, og de vanlige avtalerettslige problemstillinger om tolking og utfylling er aktuelle.⁵² Innholdet i kontrakten kan gjøre aksjeeierne ansvarlige og slike tilfeller vil være beslektet med et erstatningsansvar.⁵³ Eierne kan bli ansvarlige gjennom en avtale hvor de uttrykkelig har sagt seg villige til å dekke selskapets forpliktelser, for eksempel gjennom en garanti. Slike garantier åpner vanligvis ikke for tolkningsproblemer. Eventuelt kan eieren hefte på grunnlag av en såkalt morskapserklæring eller ”comfort letter”.⁵⁴

Comfort letters er erklæringer som ofte utstedes fra morselskaper. Erklæringene er ikke ment å være en garanti for datterselskapets forpliktelser, men en måte for debitor å skape tillitt hos kreditor.⁵⁵ Comfort letters er gjerne bevisst tvetydige, og det er et grunnleggende spørsmål om slike erklæringer i det hele tatt innebærer en forpliktelse. Til syvende og sist vil en ren avtaletolkning være avgjørende for hva slags forpliktelse

⁴⁹ Aarum (1994) s.36-37

⁵⁰ Asmundsson (1995) s.270

⁵¹ Asmundsson (1995) s.275

⁵² Asmundsson (1995) s.202-203

⁵³ Asmundsson (1995) s.203

⁵⁴ Aarum (1994) s.39

⁵⁵ Hagstrøm (2003) s.101

et comfort letter innebærer. Da vil ikke bare ordlyden ha betydning, men også forholdene rundt avgivelsen av erklæringen. Et bindende comfort letter trenger ikke innebære at morselskapet direkte blir ansvarlig for datterselskapets gjeld, men kan føre til at morselskapet må tilføre datterselskapet nødvendig kapital.⁵⁶

2.6 Forholdet mellom ansvarsgjennombrudd og alternativene nevnt i 2.5

Det synes klart at det er nær sammenheng og klare paralleller mellom ansvarsgjennombrudd på den ene siden og aksjonærenes erstatningsansvar og avtalerettslige ansvar på den andre siden. Regelsettene er ment å utfylle hverandre, og ansvarsgjennombrudd bør derfor kun være aktuelt der avtale- og erstatningsretten ikke strekker til.⁵⁷ Mens ansvar på kontraktsmessig og erstatningsrettslig grunnlag ikke nødvendigvis henger sammen med eierens stilling som aksjonær, er ansvarsgjennombrudd direkte knyttet til aksjonærposisjonen. Ansvarsgjennombrudd innebærer nemlig at aksjonæren blir betraktet som personlig ansvarlig deltaker.⁵⁸

Det er ikke et vilkår for ansvarsgjennombrudd at man først har søkt å få dekket sitt krav gjennom dekningslovens regler eller gjennom et erstatningsoppgjør. Det synes likevel klart at ansvarsgjennombrudd bare vil være aktuelt i de situasjoner hvor kreditor ikke har noe grunnlag for å få dekket sitt krav etter disse to regelsettene. Da kan ansvarsgjennombrudd være ”siste utvei” for kreditoren. Ansvarsgjennombrudd skiller seg ut fra de øvrige ansvarsgrunnlag gjennom at det er et rent objektivt ansvar. I tillegg kan ikke ansvar etter ansvarsgjennombrudd lempes på samme måte som erstatningskrav kan lempes etter skl. § 5-2⁵⁹. Hvis kravet lempes får ikke kreditor dekket hele kravet sitt, og kravet kan videre bli ytterligere nedsatt etter den erstatningsrettslige regelen om adekvans. Dermed er mulighetene til å få dekket hele og ikke bare deler av kravet større gjennom ansvarsgjennombruddsregelen. På den måten likner ansvarsgjennombrudd på mulighetene kreditor har etter dekningsloven, men forskjellen er at dekningsloven kun gir mulighet til å gå etter selskapets midler. Ansvarsgjennombrudd vil derimot potensielt generere mer penger for kreditor, fordi pengene kan hentes fra et annet sted

⁵⁶ Hagstrøm (2003) s.101

⁵⁷ Asmundsson (1995) s.204

⁵⁸ Andenæs (1984) s.186

⁵⁹ Skadeserstatningsloven (1969)

(eierne). Det er ikke dermed sagt at eierne automatisk har midler til å dekke kreditors krav, men det gir i det minste kreditor en ekstra potensiell kilde til dekning. Dermed vil ikke mulighetene ved ansvarsgjennombrudd tilsvare mulighetene etter erstatningsretten, men ansvarsgjennombrudd vil heller utfylle disse, og særlig utfylle kreditorenes muligheter etter dekningsloven.

Det er elementer i en ansvarsgjennombruddsvurdering som peker i retning av at det må foreligge utvist skyld eller utilbørlighet hos eierne. Det kommer jeg tilbake til i del 5. Disse elementene er ikke like fremtredende som ved en vurdering av vilkårene for erstatning, og derfor vil det bli en reell forskjell mellom erstatning og ansvarsgjennombrudd. Hagstrøm er uenig i dette, og mener det er vanskelig å se at de sentrale momenter om ansvarsgjennombrudd er noe særlig forskjellig fra vanlige culpa- og risikobetraktninger i erstatningsretten.⁶⁰ Han mener at en forankring i erstatningsretten er en bedre løsning, fordi det vil motvirke en ellers betenkelig utvanning av den begrensede heftelse.⁶¹ Men i motsetning til ansvarsgjennombrudd er ikke erstatningsansvar et rent objektivt ansvar for eierne, og derfor har jeg vanskelig for å se at erstatningsretten omfatter absolutt alle de tilfellene hvor ansvarsgjennombrudd kan være aktuelt. For at alle tenkelige situasjoner hvor reelle hensyn tilsier at en aksjeeier bør holdes ansvarlig skal bli omfattet av erstatningsretten, må antagelig ansvarsgrunnlagene etter erstatningsretten justeres noe.

Ansvarsgjennombrudd innebærer altså et ansvar for selskapets eiere for selskapets forpliktelser, og er ikke et erstatningsrettslig ansvar i ordets rette forstand. Men forskjellene er ikke store, det er glidende overganger, og det kan trekkes paralleller mellom de to regelsett.⁶² Det har blitt fremholdt at et krav basert på ansvarsgjennombrudd uansett står på egne ben uavhengig av andre mulige rettsgrunnlag som kan holde aksjonærer ansvarlige.⁶³ Jeg kommer tilbake til dette under punkt 4.2 der jeg drøfter om det er et behov for ansvarsgjennombrudd ved siden av erstatningsretten.

⁶⁰ Hagstrøm (1993) s.281

⁶¹ Hagstrøm (1993) s.281-283

⁶² Aarum (1994) s.38-39

⁶³ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s. 7. Se også punkt 4.1.8

3 Utenlandske rettssystemer

Som nevnt er ansvarsgjennombrudd i Norge inspirert av utenlandsk rett, og høyesterettsavgjørelsene om ansvarsgjennombrudd synes å inneholde flere momenter som er nevnt i internasjonal teori.⁶⁴ Derfor skal det først redegjøres for synspunkter fra andre sentrale land, før det norske rettskildegrunnlaget tas opp i del 4.

3.1 Civil Law – Sentral-Europa

3.1.1 Sverige

Inntrykket er at man har stilt seg mer åpen til gjennomskjæring i dansk og svensk rett enn i norsk rett.⁶⁵ Behovet for regler om ansvarsgjennombrudd er antagelig også større i Sverige, fordi hovedregelen i svensk erstatningsrett er at man ikke kan holdes erstatningsansvarlig for ren formuesskade dersom skaden ikke er forårsaket av en straffbar handling.⁶⁶ Denne såkalte ”spærregeln” fører til at det sjelden vil være grunnlag for å oppstille et erstatningsansvar for aksjeeieren. Tilfeller som i Norge fører til erstatningsansvar må derfor løses med andre rettsgrunnlag i Sverige. Dermed er ansvarsgjennombruddsvilkårene antagelig noe mildere i Sverige enn i Norge.⁶⁷

Et absolutt, men ikke alene tilstrekkelig vilkår er at selskapet må være underfinansiert. I tillegg må eieren ha utnyttet sin innflytelse over selskapet på en utilbørlig måte overfor kreditorene, men generell dårlig forretningsdrift eller uheldige investeringer er ikke utilbørlig. Vilkårene for ansvarsgjennombrudd kan sies å inneholde elementer av subjektiv klanderverdighet, og i så måte gli over i vanlige erstatningsrettslige synspunkter. Dette inntrykket forsterkes ved at det kreves årsakssammenheng mellom selskapets betalingsudyktighet og eierens utilbørlige opptreden. For at slik

⁶⁴ Hagstrøm (2011) s.105

⁶⁵ Aarum (1994) s.47

⁶⁶ Aarum (1994) s.47

⁶⁷ Asmundsson (1995) s.210

årsakssammenheng skal kunne fastslås, må eieren nødvendigvis ha dominerende rådighet over selskapet. Det er også interessant å se at ansvarsgjennombrudd ikke bare kan foretas mot eiere, enhver som har hatt bestemmende innflytelse over selskapets virksomhet kan bli holdt ansvarlig.⁶⁸

I 1987 ble det foreslått å ta inn regler om ansvarsgjennombrudd i den svenske aktiebolagslagen, men det ble ikke gjennomført.⁶⁹ Blant annet fordi forslaget ikke medførte en tilfredsstillende klargjøring av rettstilstanden.⁷⁰ Heller ikke den nyere aktiebolagslagen fra 2005 inneholder slike regler, og det ble fremholdt i forarbeidene at behovet ikke ble ansett for å foreligge.⁷¹ Spørsmålet om ansvarsgjennombruddets plass er omstridt, og det virker ikke som om teoretikerne har klart å bli enige om en konklusjon.⁷² Selv om det er uklart hvilken rolle ansvarsgjennombrudd skal ha, synes det som om svensk teori tidligere har ansett rettsinstituttet ansvarsgjennombrudd som en del av gjeldende rett.⁷³

3.1.2 Danmark

Det kan virke som om Danmark er det landet med flest likhetstrekk med Norge på dette området.⁷⁴ Prinsippet om begrenset heftelse for aksjeeiere gjelder, og dansk rett inneholder ingen lovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Det finnes heller ingen prinsipiell begrensning mot å ilegge ansvar for alminnelig formuesskade slik som i Sverige.⁷⁵

Gomard mener at det ikke foreligger en regel om ansvarsgjennombrudd. Han fremhever at det neppe ville være hensiktsmessig, og at en slik regel ville føre til en uklar rettstilstand.⁷⁶ Werlauff er derimot mer åpen for det. Han mener at ”hæftelsesgennembrud” er et mer presist begrep enn ansvarsgjennombrudd, fordi

⁶⁸ Asmundsson (1995) s.209-210

⁶⁹ Aarum (1994) s.47

⁷⁰ Asmundsson (1995) s.210

⁷¹ Lagrådsremiss 6. maj 2004: Ny aktiebolagslag, s.203 flg.

⁷² Asmundsson (1995) s.211

⁷³ Andenæs (1984) s.186

⁷⁴ Asmundsson (1995) s.205

⁷⁵ Aarum (1994) s.48

⁷⁶ Asmundsson (1995) s.207

”hæftelsesgjennembrud” oppstilles som et objektivt grunnlag som konkurrerer med den alminnelige erstatningsretten.⁷⁷ Ansvarsgjennombrudd er mer en samlebetegnelse på alle de måter aksjeeiere kan få utvidet ansvaret sitt på. Han bruker altså ”hæftelsesgjennembrud” på samme måte som vi bruker den snevre definisjonen av ansvarsgjennombrudd. I følge Werlauff er det bare en viss gruppe aksjonærer som kan pålegges ansvar etter ”hæftelsesgjennembrud”, nemlig den gruppe aksjonærer som ”hvis virksomheden ikke havde været ejet af selskabet, selv med overvejende sannsynlighet ville have ejet virksomheten”.⁷⁸ Det betyr at eierne må ha hatt en så stor interesse for virksomheten at de antagelig hadde eid den for egen risiko dersom den ikke hadde blitt eid av selskapet.

Werlauff har formulert visse vilkår for ”hæftelsesgjennembrud”. Den danske og norske rettstilstanden er ganske lik, dermed vil disse momentene også kunne være relevante i norsk sammenheng:

”Hæftelsesgjennembrud kan kun statuere, 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 af 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 ud fra 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.”⁷⁹

Vilkårene synes å legge vekt på hensynet til kreditorenes stilling, og søker å motvirke misbruk av selskapsformen. Ansvaret kan utvides der det har vært en manglende atskillelse mellom selskapets og eiernes formuessfære,⁸⁰ men ”hæftelsesgjennembrud”

⁷⁷ Asmundsson (1995) s.207

⁷⁸ Asmundsson (1995) s.207

⁷⁹ Werlauff (1991) s.39

⁸⁰ Asmundsson (1995) s.207

vil være et meget sjeldent unntak. I det minste må det ”noe ganske særlig til” for at det skal kunne skje.⁸¹

3.1.3 Tyskland

Ansvarsgjennombrudd går i Tyskland under navnet ”Haftungsdurchgriff”. Akkurat som i Norge operer Tyskland med forskjellige typer selskaper. GmbH er selskaper med begrenset ansvar (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), og kan sammenlignes med det norske AS. AG (Aktiengesellschaft) er også selskaper med begrenset ansvar, og kan sammenlignes med det norske ASA. Selskapene er egne rettssubjekter, og eierne er ikke ansvarlige for selskapets gjeld.

Det er av avgjørende betydning hvilke typer selskaper som er involvert. Særlig relevant er dette i konsernforhold, fordi Tyskland har et temmelig komplisert konserninstitutt. Det er komplisert fordi det skilles mellom ulike typer konsernforhold avhengig av hvor sterkt underordnet datterselskapet er i forhold til morselskapet. Når et konsern har et GmbH-selskap som datterselskap har det gjennom rettspraksis utviklet seg visse prinsipper for ”Haftungsdurchgriff”. Prinsippene har et erstatningsrettslig preg, og søker å motvirke misbruk av selskapsformen. Ansvarsgjennombrudd har særlig blitt godtatt når eieren bevisst har utnyttet ansvarsbegrensningen til skade for kreditorene. Enten gjennom tapping av aksjeselskapets aktiva, eller gjennom underkapitalisering. I begge tilfellene må eierens intensjon ha vært å la kreditorene bære ansvaret for selskapets tap.

Hvis datterselskapet er et AG-selskap, kan morselskapet bli ansvarlig direkte med hjemmel i lov. Ansvaret er avhengig av i hvor stor grad det foreligger sammenblanding mellom mor- og datterselskap. Morselskapet kan være både et AG-selskap og et GmbH-selskap. Hvor stor grad av sammenblanding som kreves kan være vanskelig å definere, men for eksempel vil morselskapet bli solidarisk ansvarlig for datterselskapets gjeld ved en fusjon mellom disse to. Dersom det er avtalt at datterselskapets gevinst skal gå til morselskapet, er morselskapet automatisk ansvarlig for å dekke underskudd hos datterselskapet. I tillegg er morselskapet ansvarlig for å dekke datterselskapets tap som

⁸¹ Asmundsson (1995) s.207

er en følge av direktiver fra morselskapet. Dette gjelder bare dersom dette ikke kan dekkes av datterselskapets frie egenkapital.⁸²

I motsetning til Norge så har Tyskland altså visse former for lovfestet ansvarsgjennombrudd, samtidig som dette utfylles av ulovfestede regler. Dermed ser det ut til at ansvarsgjennombrudd anerkjennes i større grad i Tyskland. Det kan ha sammenheng med det forholdsvis kompliserte konserninstituttet i tysk rett, og at det krever en viss form for regulering.

3.2 Common Law

3.2.1 USA

I USA er det meste av reglene rundt forretningsdrift regulert på statlig nivå. Det innebærer at det finnes forskjeller mellom de forskjellige statene.⁸³ Det har blant annet ført til at staten Delaware har blitt det foretrukne stedet å registrere selskaper, fordi den har blitt ansett for å ha den gunstigste lovgivningen. I 2000 var omtrent halvparten av selskapene på New York Stock Exchange registrert i Delaware.⁸⁴ Likevel omtaler de fleste amerikanske forfattere mesteparten av retten under ett, fordi det finnes så mange felles faktorer ved delstatenes rettssystemer at likhetene er vesentlig flere enn forskjellene.⁸⁵

Ansvarsgjennombrudd er i USA kjent under termen ”piercing of the corporate veil”. Det er en forholdsvis kjent problemstilling, og det er ansett for å være det mest prosederte temaet innenfor corporate law.⁸⁶ Likevel er temaet også ansett for å være vanskelig og lite tilgjengelig. Det har blitt hevdet at ”the whole area of limited liability, and conversely of piercing of the corporate veil, is among the most confusing in corporate law”.⁸⁷

⁸² Punktet er basert på af Schultén (1984) del 1 s.101-102 og af Schultén (1984) del 2 s.170

⁸³ Allen (2007) s.88

⁸⁴ Allen (2007) s.89

⁸⁵ Aarum (1994) s.25

⁸⁶ Thompson (1991) s.1036

⁸⁷ Stephen B. Presser, gjengitt fra Asmundsson (1995) s.211, note 101.

Grunnen til at temaet er så sentralt i USA kan være fordi den amerikanske selskapslovgivningen er mindre omfattende enn den norske. Dermed er erstatningsreglene og lovreguleringen i Norge som vil fange opp de fleste tilfeller av utvidet aksjeeieransvar ikke relevante i USA.⁸⁸ Amerikanerne må søke dekning på bakgrunn av andre rettsgrunnlag, altså gjennom ”piercing of the corporate veil”, som er et videre og mer innarbeidet begrep enn det norske ”ansvarsgjennombrudd”.⁸⁹

Utgangspunktet inneholder momenter som ligner på de norske: ”Grossly inadequate capitalization combined with disregard of corporate formalities, causing basic unfairness are sufficient to pierce the corporate veil (...)”⁹⁰ Gjennom rettspraksis har det som kalles ”alter ego -doktrinen” utviklet seg, som innebærer at ”piercing” kan finne sted når selskapet har vært uselvstendig med henhold til formål og organisasjon.⁹¹ Den mest sentrale avgjørelsen som er grunnlag for denne doktrinen er *Fisser v International Bank*.⁹² På bakgrunn av denne dommen har den såkalte *Fisser-testen* blitt formulert, som er en test om dominerende rådighet. Testen er en liste over vilkår som domstolene må vurdere for å kunne slå fast at det både har vært tilstrekkelig sammenblanding mellom eieren og selskapet, og at eieren har hatt tilstrekkelig kontroll over selskapet:

- ”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 except with the parent corporation and no assets except those conveyed to it by the parent corporation.

⁸⁸ Hagstrøm (1993) s.279-280

⁸⁹ Clausen (1987) s.956

⁹⁰ Allen (2007) s.158

⁹¹ Hagstrøm (1993) s.264

⁹² *Fisser v International Bank* 228 F 2d. 231 (2 CCA 1960)

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.
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.”⁹³

Det synes tydelig at det generelt legges stor vekt på sammenblendingen mellom selskapene, og ikke så mye på det generelle hensynet til kreditorene. Prinsippene om sammenblanding av økonomien og underkapitalisering av selskapet virker å være forholdsvis like, uavhengig av om eieren er en person eller et selskap.

Fisser-testen om dominerende rådighet inngår som første del av en tredelt helhetsvurdering. I tillegg må helhetsvurderingen for det andre ta hensyn til om aksjonæren gjennom sin dominerende rådighet har brukt selskapet til å lure eller skade kreditoren, og for det tredje om kreditoren har ”suffered unjust loss or injury”. Vilkåret om dominerende rådighet må være oppfylt, mens de to andre er mer tvilsomt om er like nødvendige.⁹⁴ Det er i hvert fall klart at ikke alle momentene trenger å være tilstede for å kunne fastslå piercing, samtidig som ”Thin capitalization alone is insufficient ground for piercing the corporate veil”⁹⁵.

I tillegg er det en forskjell mellom frivillige og ufrivillige kreditorer. Det er en generell oppfatning at ufrivillige kreditorer fortjener større vern enn frivillige kreditorer. Hovedsaklig fordi ufrivillige kreditorer verken har muligheten til å sjekke selskapets kredittverdighet på forhånd, eller sikre seg gjennom kontraktsmessig beskyttelse.⁹⁶ The Supreme Court i Ohio har stilt opp en tredelt test for å avgjøre om en aksjeeier er ansvarlig for “the wrongdoing of the corporation of which he is an owner”⁹⁷:

⁹³ Hagstrøm (1993) s.264-265

⁹⁴ Asmundsson (1995) s.216

⁹⁵ Allen (2007) s.160

⁹⁶ Allen (2007) s.160

⁹⁷ Allen (2007) s.167

”1. control over the corporation (...) was so complete that the corporation had no separate mind, will, or existence of its own; 2. control over the corporation was (...) exercised in such a manner as to commit fraud or an illegal act (...); and 3. injury or unjust loss resulted to the plaintiff from such control and wrong.”⁹⁸

Det synes klart at punktet om underkapitalisering ikke spiller en like sentral rolle. Det avgjørende er en vurdering av eierens kontroll over selskapet, og om denne kontrollen har vært så stor at man kan bli erstatningsansvarlig overfor ufrivillige kreditorer. Disse momentene bærer mer preg av å være relevante i rene skadeserstatningstilfeller, og vil i så måte ikke være direkte sammenlignbare med det norske ansvarsgjennombrudd.

En undersøkelse viste at omtrent 40 % av sakene som er oppe for amerikanske domstoler om temaet endte med at piercing blir resultatet.⁹⁹

3.2.2 England/UK

I England er det åpnet for ”piercing of the corporate veil” i de tilfeller det ville føre til urimelige resultater å opprettholde ansvarsbegrensningen til selskapet. I tillegg kan det være et instrument for å motvirke at aksjeeiere utnytter selskapet til å begå svindel.¹⁰⁰

Piercing er regnet som et sjeldent unntak, og retten vil bare foreta piercing hvis det er den eneste måten å komme til et rettferdig resultat.¹⁰¹

Det er vanskelig å stille opp spesifikke regler om piercing, men det er noen bestemte faktorer som er essensielle hvis piercing skal finne sted.¹⁰² For det første må det være ”exceptional circumstances”. Slike eksepsjonelle omstendigheter kan være at selskapet er brukt som en fasade for å skjule sannheten slik at det praktisk sett ikke er noe skille mellom selskapet og eierne. Men det trenger ikke innebære svindel. For det andre må eierne ha fullstendig eller tilnærmet fullstendig eierskap og kontroll over selskapet, dominerende eierskap er ikke nok. Kontrollen må være så omfattende at selskapet i

⁹⁸ Allen (2007) s.167

⁹⁹ Ramsay (2001) s.23

¹⁰⁰ Lescher (1998) s.1

¹⁰¹ Lescher (1998) s.1

¹⁰² Lescher (1998) s.3

realiteten ikke har noen separat vilje eller eksistens på egen hånd.¹⁰³ Generelt kan det sies at ”piercing of the corporate veil” bare er forbeholdt de spesielle tilfellene, og blir sett på som en siste utvei for å komme frem til et rettferdig resultat.¹⁰⁴ I så måte minner det mer om situasjonen i Norge enn om situasjonen i USA.

Til sammenligning er situasjonen i Australia tilnærmet lik som i UK. De sakene som foreligger har ikke vært tilstrekkelig samsvarende til å kunne anføre et generelt prinsipp, så det er umulig å fastslå i hvilke sammenhenger retten skal foreta piercing.¹⁰⁵ Det avgjørende er en kategori av faktorer som kalles ”unfairness/justice”, som kanskje best kan oversettes med hensynet til et rettferdig resultat.¹⁰⁶ Poenget er å ”get to the underlying reality of the situation, in order to avoid an unfair outcome.”¹⁰⁷ Hensynet til kreditoren veier dermed tungt, og det minner også om situasjonen i Norge.

En undersøkelse av sakene om piercing i UK viser at ca. 47 % endte med piercing som utfall. Det samme tallet for Australia var 38.5 %.¹⁰⁸

3.3 Sammenligning mellom landene

I utgangspunktet er det visse forskjeller mellom rettssystemene Common Law og Civil Law, men det virker ikke som om det er mulig å stille opp noen vesentlig forskjell mellom dem i dette tilfellet. Det eneste er at antallet gjennombruddssaker for domstolene ser ut til å være noe høyere særlig i USA, men også i England og Australia. De største forskjellene finnes mellom USA på den ene siden, og resten av de nevnte landene på den andre siden.

Instituttet ansvarsgjennombrudd anerkjennes i alle de nevnte landene, men i forskjellig grad. Den bakenforliggende felles plattformen er at et rettferdig resultat skal bygges på reelle hensyn, og da særlig hensynet til kreditors beskyttelse. Når det gjelder regelens

¹⁰³ Lescher (1998) s.3

¹⁰⁴ Lescher (1998) s.5

¹⁰⁵ Ramsay (2001) s.4

¹⁰⁶ Ramsay (2001) s.8

¹⁰⁷ Ramsay (2001) s.19

¹⁰⁸ Ramsay (2001) s.23

betydning og rolle, ser det ut til at det avgjørende er hvilke andre regler landene har om ansvars plassering. De sentraleuropeiske landene er mer restriktive i saker som gjelder ansvarsgjennombrudd, og det er sannsynligvis fordi lovgivningen i Europa regulerer både selskapets og eiernes ansvar i større grad enn lovgivningen gjør i for eksempel USA. Det er tydelig at alle landene mer eller mindre er inspirert av hverandre, da de fleste momentene går igjen alle stedene. Sammenlignet med Norge så er det klart at dansk rett ligger oss nærmest, mye fordi alternativene om utvidet aksjeeieransvar er tilnærmet like. Siden momentene i norsk rett er inspirert av momentene i utenlandsk rett, vil uansett synspunkter fra alle de nevnte rettssystemene være relevante i en ansvarsgjennombruddsvurdering for norsk rett.

Betydningen av likhetene og forskjellene er vanskelig å fastslå. Det er klart at fra et internasjonalt perspektiv er det gunstig å ha så like regler som mulig, særlig for de som driver forretninger på tvers av landegrensene. Forskjellene er såpass små, og hensynene bak er i all hovedsak de samme, at det er vanskelig å se at de små ulikhetene skal ha noen avgjørende betydning. Den største forskjellen mellom landene ligger i reguleringen av hvilke andre muligheter kreditor har for å få dekning. Dermed blir det også en forskjell i hvilken plassering ansvarsgjennombrudd har i rettssystemet, men minimalt med forskjell i innholdet i selve ansvarsgjennombruddsregelen.

4 Om unntaket ansvarsgjennombrudd

4.1 Rettskildene

Ansvarsgjennombrudd er ikke lovfestet i Norge. Grunnlaget for en ansvarsgjennombruddsregel må dermed finnes i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori.

Forarbeidene til aksjelovgivningen nevner at de uavklarte spørsmålene om ”erstatningsansvar i aksjeselskapsforhold, ansvarsgjennombrudd og

tilordningssynspunkter (...) for tiden egner seg best for og løses i teori og praksis.”¹⁰⁹
De samme forarbeidene åpner videre for at ansvarsgjennombrudd vil kunne ha en plass i norsk rett. Justisdepartementet antar nemlig at ”domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov”.¹¹⁰

Temaet har vært oppe for Høyesterett flere ganger. Til nå har ingen Høyesterettssak endt med ansvarsgjennombrudd, men Høyesterett har åpnet for at det kan skje. I det følgende er det redegjort for de sentrale dommene om temaet. Aktuell juridisk teori omtales også, mens relevante forarbeider utdypes videre i punkt 4.2.

4.1.1 Rt. 1932 s. 1015

En bank kjøpte en eiendom på tvangsauksjon, og overdro eiendommen til et nystiftet selskap. Det nystiftete selskapet var et heleid datterselskap av banken med et styre bestående av bankens egne folk, og en ubetydelig aksjekapital. Banken fortsatte i realiteten å råde over eiendommen og inntektene den genererte. Høyesterett fant under dissens 4-3 at banken var ansvarlig for eiendommens forpliktelse til å levere strøm til en grunneier. Flertallet påpekte at banken både på papiret og i praksis hadde full råderett over selskapet.

Teorien har fremhevet at avgjørelsen er bygget på et synspunkt om dominerende rådighet.¹¹¹ Hagstrøm mener at dommen ”indikerer at det kan skje ansvarsgjennombrudd overfor morselskap når dette har dominerende rådighet over datterselskapet, slik at avgjørende beslutninger fattes utenfor selve datterselskapet og uavhengig av datterselskapets interesser.”¹¹² Men dommen i seg selv bygger antagelig på tingsrettslig tilordning, fordi Høyesterett i realiteten anså det slik at banken selv var eier av eiendommen. Likevel kan dommens synspunkter om dominerende rådighet være relevante i en ansvarsgjennombruddsvurdering, fordi det var avgjørende for bankens ansvar. Dermed minner synspunktene veldig om ansvarsgjennombruddsinstituttet, og momentene er sammenlignbare. Dominerende rådighet drøftes videre i punkt 5.2.1.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.23 (1996-97) punkt 12.1

¹¹⁰ Ot.prp.nr.23 (1996-97) punkt 12.1

¹¹¹ Hagstrøm (2011) s.106

¹¹² Hagstrøm (1993) s.267

4.1.2 Rt. 1937 s. 21

Et skipsaksjeselskap hadde pantsatt sitt skip til en bank. Panthaveren hadde dominerende innflytelse over skipets drift. Skipet ble solgt på en måte som gjorde at mannskapets pant for opptjent hyre gikk tapt. Høyesterett holdt panthaver ansvarlig for mannskapets opptjente hyre. Det avgjørende var en bestemmelse i sjøloven som gjorde skipets eier ansvarlig, som Høyesterett tolket analogisk og gav virkning også for panthaver. Dermed er ikke dette ansvarsgjennombrudd i snever forstand, fordi avgjørelsen bygger på en lovtolkning.

Avgjørelsen går lenger enn 1932-dommen, fordi det ble statuert gjennombrudd mot en annen enn hovedaksjonæren, nemlig en panthaver med dominerende rådighet over virksomheten.¹¹³ Det var altså ikke snakk om dominerende eierrådighet, men dominerende faktisk rådighet. Dommen har blitt sagt å bygge på en tilordning av et lovfestet objektivt ansvar, og at den dermed ikke bygger på ansvarsgjennombrudd.¹¹⁴ Selv om saken ikke direkte bygger ansvaret på en rettsregel om ansvarsgjennombrudd, er den relevant med tanke på synspunktene om dominerende rådighet. Det er fordi hensynene bak Høyesteretts domspremisser og hensynene bak Høyesteretts endelige ansvarsfordeling er de samme som hensynene bak ansvarsgjennombrudd.

4.1.3 Rt. 1970 s. 871

En fisker var disponert for et andelslag, og ble dømt til å betale erstatning til andelslaget fordi han uberettiget hadde eksportert fisk utenom laget. To aksjeselskaper ble holdt solidarisk ansvarlig med fiskeren. For det ene selskapet var det avgjørende at det var blitt benyttet til den rettsstridige virksomheten, samtidig som fiskeren gjennom sin posisjon som styreleder hadde bestemmende innflytelse over selskapet.

Det karakteristiske ved de to tidligere nevnte sakene er at den normale ordningen i aksjeselskaper er tilsidesatt, selskapet har nemlig ikke hatt vanlig økonomisk

¹¹³ Hagstrøm (1993) s.268

¹¹⁴ Asmundsson (1995) s.283

uavhengighet. I stedet ble det forvaltet i interessen til den som hadde dominerende rådighet.¹¹⁵ Denne saken regnes av Hagstrøm som et prejudikat for at det kan skje gjennombrudd mot andre interessenter som har hatt faktisk dominerende rådighet uten å være hovedaksjonær.¹¹⁶ Asmundsson/Gustavsson er uenige i dette, og mener at dommen bare er et eksempel på anvendelse av organansvaret i erstatningsretten.¹¹⁷ Selv om dommen ikke direkte omhandler ansvarsgjennombrudd, er den illustrerende for hva som skal til for å bli ansett for å ha dominerende rådighet. Den indikerer nemlig at man ikke nødvendigvis trenger å være majoritetsaksjeeier for å kunne sies å ha dominerende rådighet. Så lenge man utøver ”bestemmende rådighet over selskapet i kraft av verv eller kanskje på rent faktiske maktgrunnlag”¹¹⁸ så kan man tenke seg at gjennombrudd kan skje.

4.1.4 Rt. 1993 s. 20

Et AS hadde blitt avvirket med utbetaling til aksjeeierne uten at kreditorene fikk dekning. Kreditorene søkte sitt krav erstattet av styremedlem og aksjonær. Her var det spørsmål om daværende aksjelovs erstatningsregler kunne benyttes som ansvarsgrunnlag. Høyesterett avviste dette og bygget i stedet ansvaret på ”en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene.”¹¹⁹

Selv om Høyesterett ikke nevner ansvarsgjennombrudd med et ord i dommen, minner begrunnelsen veldig om de samme vurderinger som må gjøres i et ansvarsgjennombruddstilfelle. Aksjeeieren hadde opptrådt meget klanderverdig, og dermed er det nærliggende å konkludere med at avgjørelsen bygger på et erstatningsrettslig culpaansvar. Asmundsson/ Gustavsson ser ut til å være enige i det.¹²⁰ Uansett indikerer dommen at personer som står bak et selskap kan bli ansvarlige som en

¹¹⁵ Hagstrøm (1993) s.271

¹¹⁶ Hagstrøm (1993) s.270

¹¹⁷ Asmundsson (1995) s.225-226

¹¹⁸ Hagstrøm (1993) s.270

¹¹⁹ Rt. 1993 s.20, s.28

¹²⁰ Asmundsson (1995) s.285

følge av en totalvurdering av det konkrete saksforholdet, sett oppimot de reelle hensyn om beskyttelse av kreditorer.

4.1.5 Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken"

Kongeparken AS var et datterselskap av Kongeparken Holding AS. Datterselskapet skulle stå for driften av fornøyelsesparken Kongeparken, men gikk konkurs og etterlot seg ingen dividende til de uprioriterte kreditorene. Et advokatfirma kjøpte opp alle de usikrete fordringene fra kreditorene og gjorde disse kravene gjeldende direkte mot datterselskapets aksjonærer, men fikk ikke medhold. Høyesterett vurderte dette ut i fra prinsippet om ansvarsgjennombrudd, men tok ikke stilling til om en slik ulovfestet regel eksisterer. Vilkårene ble ikke ansett for å være oppfylt. Hovedtrekkene ved situasjonen viste nemlig at man hadde etterlevd og opprettholdt det formelle skillet mellom selskapene. På det helt generelle plan bemerket førstvoterende at det i alle fall skal mye til for å kunne statuere et slikt direkte ansvar for aksjonærene. Og at det eventuelt måtte vurderes både ut i fra hensynet til kreditorene og ut i fra en vurdering om det har vært så stor sammenblanding mellom eier og selskap at det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. Dominerende rådighet alene er ikke nok, alle argumentene må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering.¹²¹ Høyesteretts vurderinger gjøres nærmere rede for i del 5.

Denne saken er ansett for å være den viktigste høyesterettsavgjørelsen om ansvarsgjennombrudd. Det er fordi ansvarsgjennombrudd var det eneste grunnlaget som var anført for ansvar, og det var det eneste grunnlaget Høyesterett tok standpunkt til i sin drøftelse. Domspremissene inneholder derfor viktige drøftelser om ansvarsgjennombrudd generelt, og om vilkårene for ansvarsgjennombrudd spesielt. Det er uenighet om dommens betydning og virkning med tanke på anerkjennelsen av rettsinstituttet ansvarsgjennombrudd. Dette drøftes nærmere i punkt 4.2 om ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett.

¹²¹ Rt. 1996 s.672, s.679-680

4.1.6 Rt. 1996 s. 742 "Minnor"

Minnor AS ble stiftet av to selskaper med det formål å utvinne og foredle mineraler i et område i Nordland. Utsiktene til dette var meget lovende, men produksjonen på stedet levde ikke opp til forventningene, og Minnor ble etter hvert tatt under konkursbehandling. Det viste seg at de opprinnelige vurderingene av mulighetene for lønnsomhet ikke slo til, mye på grunn av kvaliteten på det som ble utvinnet og produsert.

I denne saken ble det reist flere spørsmål om kreditors dekningsmuligheter. Et av dem var om kreditorer ved datterselskapets konkurs kunne få erstatning fra eierselskapene gjennom ansvarsgjennombrudd. Høyesterett trakk frem Kongeparkendommen (se over), og var enig i de momentene og vilkårene som ble trukket frem der. Retten tok heller ikke denne gang stilling til om norsk rett inneholder en regel om ansvarsgjennombrudd, da de vilkår som i tilfelle måtte oppstilles ikke var til stede.¹²²

Ved vurderingen av vilkårene kom Høyesterett blant annet til at selskapet ikke var underkapitalisert. Likevel inneholder domspremissene viktige betraktninger om underkapitalisering i forhold til den antatte risikoen ved virksomheten. Dette drøftes nærmere under punkt 5.1.1.

4.1.7 Rt. 2010 s. 306 "Miljøforurensning"

Statens Forurensningstilsyn påla morselskapet til et selskap som produserte maling å bekoste miljøtiltak for å motvirke datterselskapets forurensning. Morselskapet bestred at de kunne holdes ansvarlig, men Høyesterett kom til at forurensningsloven § 51¹²³ ga hjemmel for å pålegge morselskapet å besørge og bekoste de nødvendige miljøundersøkelser. Det utelukket ikke ansvar at bestemmelsen var vagt utformet.

¹²² Rt. 1996 s.742, s.758

¹²³ Forurensningsloven (1981)

Dermed foretok Høyesterett en slags innfortolkning av ansvarsgjennombrudd inn i en lovfestet regel, og oppstilte et rent objektivt ansvar for morselskapet. Selv om ansvaret ble bygget på en lovtolkning, minner denne ansvarsfordelingen veldig om en ansvarsfordeling som kunne blitt fastslått etter den eventuelle ulovfestede regelen om ansvarsgjennombrudd. Hensynet til de selskapsrettslige reglene om begrenset aksjonæransvar utelukket ikke at loven kunne tolkes på den måten. Når hensynene bak tilsier en slik fordeling av ansvaret som er stikk i strid med prinsippene i aksjelovgivningen, er det nærliggende å konkludere med at de samme hensynene vil kunne gjøre seg gjeldende bak en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Uansett kan momenter i Høyesteretts helhetsvurdering være relevante ved drøftelsen av innholdet i en ansvarsgjennombruddsregel, særlig for å illustrere hvordan reelle hensyn spiller inn på en vurdering av ansvars plasseringen. Hensynene bak ansvarsgjennombrudd er først og fremst av økonomisk karakter, men denne saken illustrerer at miljøhensyn også kan tillegges vekt.

4.1.8 Underrettspraksis

Siden Høyesterett ikke har kommet med en klar konklusjon, kan underrettspraksis være interessant å vurdere. Selv om underrettspraksis i utgangspunktet ikke vil være like klargjørende for rettsstilstanden som høyesterettspraksis, er underrettspraksisen nyttig for å illustrere den generelle rettsoppfatningen av instituttet ansvarsgjennombrudd.

I en sak fra Gulating Lagmannsrett ble vilkårene for ansvarsgjennombrudd ansett for oppfylt.¹²⁴ En privatperson hadde anskaffet eiendomsrettigheter etter en avtale. Han overførte disse rettighetene vederlagsfritt til et AS hvor han var eeneier, styreleder og daglig leder. Dette ASet gikk deretter til sak mot de andre rettighetshaverne til eiendommen med diverse krav, blant annet erstatning for tapt inntekt. ASet tapte saken, og ble idømt saksomkostninger. Da saksomkostningene ble forsøkt inndrevet ble det klart at selskapet ikke kunne betale. Retten fant at overdragelsen av rettighetene før søksmålet bare var et forsøk på å unngå å bli personlig ansvarlig for eventuelle

¹²⁴ RG. 2007 s.411 (Gulating)

saksomkostninger. Lagmannsretten bygget på tingrettens¹²⁵ drøftelse, og eneaksjonæren ble ansvarlig for å dekke saksomkostningene på grunnlag av den ulovfestete regelen om ansvarsgjennombrudd. Tingretten fremholdt at både rimelighetshensyn og prevensjonshensyn tilsa at en her måtte akseptere ansvarsgjennombrudd.¹²⁶ Avgjørelsen ble anket, men anken ble avvist av Høyesterett med det grunnlag at den klart ikke ville føre frem.¹²⁷

Siden eneaksjonæren også var enestyre og daglig leder i ASet, kunne en tolket dommen dit hen at han ble pålagt ansvar som styremedlem og/eller daglig leder i stedet for som aksjonær, men dommen sier tydelig at ansvaret er statuert på bakgrunn av hans stilling som aksjonær.

En skal være forsiktig med å legge for mye vekt på en slik underrettsavgjørelse, men det illustrerer i det minste at ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett anerkjennes av rettsvesenet.¹²⁸ Særlig det at Høyesterett anså anken for klart ikke å ville føre frem, tilsier at saken må tillegges vekt. Hadde Høyesterett ønsket å klargjøre rettstilstanden gjennom å utelukke at ansvarsgjennombrudd kan finne sted, ville anken blitt tatt opp til behandling. Når anken nektes fremmet, er det nærliggende å konkludere med at Høyesterett indirekte anerkjenner ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett. Selv om Høyesterett ikke nevner det i sin begrunnelse, kan det være at anken ikke ble tillatt fremmet fordi det dreide seg om et relativt lavt beløp. Den muligheten kan i hvert fall ikke utelukkes. Uansett er det uheldig at anken ikke ble tillatt fremmet, fordi Høyesterett kunne benyttet anledningen til å formulere en klarere regel.

4.1.9 Juridisk Teori

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd har vært behandlet av flere norske teoretikere, og konklusjonene er ikke entydige. Forfatterens relevante synspunkter flettes inn i oppgaven der det er passende. Som eksempel kan det nevnes at Kristin Normann Aarum mener at det er ”neppe tvilsomt at man i unntakstilfeller kan akseptere en

¹²⁵ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005

¹²⁶ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s.8

¹²⁷ HR-2007-154-U

¹²⁸ Eksempler på andre saker: LF-2002-197 (Frostating), LB-2005-123427 (Borgarting)

gjennomskjæring av aksjeselskapsformen og at dette fordrer et særlig grunnlag”.¹²⁹ Viggo Hagstrøm hevder derimot at ansvarsgjennombrudd ikke kan etableres som et eget rettsinstitutt, men at det heller må forankres i erstatningsretten.¹³⁰ Mads H. Andenæs hadde i 1992 en litt mindre kategorisk oppfatning, og mente det var uklart i hvilken grad gjennomskjæringssynspunkter kan legges til grunn som gjeldende norsk rett.¹³¹ I 2007 antok han at norsk rett inntar en restriktiv holdning, men at muligheten for ansvarsgjennombrudd fortsatt er åpen.¹³² Dermed spriker standpunktene i forskjellige retninger, og det illustrerer usikkerheten rundt temaet. I tillegg har en rekke andre forfattere drøftet problemstillingen. Den gjennomgående tendensen er at man i utgangspunktet stiller seg negativ til ansvarsgjennombrudd, og at det i hvert fall ikke kan eller skal anses for å være noe annet enn en snever unntaksregel. Så lenge spørsmålet ikke er avgjort ved lov eller av Høyesterett, kan de ulike teoretikernes standpunkter verken avkreftes eller bekreftes.

4.2 Drøftelse av ansvarsgjennombruddets plass i norsk rett

Ut i fra de nevnte juridiske kildene ser en at standpunktene rundt ansvarsgjennombrudd ikke er entydige. De fleste kildene synes å godta at ansvarsgjennombrudd kan tenkes, men at dette kun skal skje i helt spesielle tilfeller og når ansvarsbegrensningen leder til et svært urimelig resultat. Det må derfor vurderes hvilken plass kildene tillegger en slik supplerende regel, og hvilket behov det er for regelen. Hvilket behov som foreligger i norsk rett er avhengig av hvilke reelle hensyn man mener bør tillegges avgjørende vekt i en vurdering av ansvarsfordelingen.¹³³ Det er i det minste klart at ansvarsgjennombruddets anvendelsesområde bør forbeholdes de tilfellene hvor de tradisjonelle rettsgrunnlagene under punkt 2.5 ikke kan medføre ansvar.¹³⁴

¹²⁹ Aarum (1994) s.45

¹³⁰ Hagstrøm (2011) s.112

¹³¹ Andenæs (1992) s.36-38

¹³² Andenæs (2007) s.57

¹³³ Andenæs (1984) s.186

¹³⁴ Asmundsson (1995) s.276

I forarbeidene til forurensningsloven¹³⁵ er det drøftet om forurensningsloven bør inneholde andre regler om aksjonæransvar i forurensningssammenheng enn det som fulgte av daværende aksjelov § 15-1, eller av eventuell ulovfestet rett. Videre slår forarbeidene fast at den eneste måten å holde et morselskap ansvarlig for datterselskapets miljøskader på er å gå enten veien om daværende aksjelov § 15-1, som kan sammenlignes med nåværende asl./asal. § 17-1, eller ulovfestet rett.¹³⁶ Når forarbeidene i denne sammenhengen snakker om ”ulovfestet rett” er det nærliggende å konkludere med at det snakkes om ansvarsgjennombrudd. Det samme synet kommer til uttrykk i forarbeidene til aksjelovgivningen. Her slås det fast at norsk rett ikke inneholder generelle lovfestede regler om ansvarsgjennombrudd, men at domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov.¹³⁷ Disse uttalelsene tilsier at ansvarsgjennombrudd ikke kan utelukkes i norsk rett, og at det er opp til domstolene å formulere innholdet av regelen.

En gjennomgang av den aktuelle rettspraksisen fra Høyesterett gir ingen klar konklusjon, se over. Hagstrøm mener at disse dommene ikke har tilsiktet ”å skape et eget rettsgrunnlag uavhengig av erstatningsretten”,¹³⁸ og dermed at ansvarsgjennombrudd ikke kan anerkjennes i norsk rett. Asmundsson/ Gustavsson ser ut til å være enige i dette, og hevder at en gjennomgang av rettspraksisen frem til 1995 viser at denne ikke gir tilstrekkelige holdepunkter for at man kan operere med en lære om ansvarsgjennombrudd i snever forstand.¹³⁹ Etter min vurdering peker imidlertid nyere rettspraksis i motsatt retning.

Høyesterett har nemlig både drøftet og satt opp vilkår for at ansvarsgjennombrudd skal kunne skje. Blant annet så var konklusjonen i Kongeparkendommen at i en ”slik situasjon er det klart ikke grunnlag for ansvarsgjennombrudd”¹⁴⁰. Det virker som om den setningen anerkjenner ansvarsgjennombrudd som en realitet, det var bare vilkårene for det i den konkrete situasjonen som ikke var oppfylt. Advokaten Karl-Anders Grønland har i en artikkel drøftet Kongeparkendommen. Han anser denne dommen for

¹³⁵ Forurensningsloven (1981)

¹³⁶ Ot.prp.nr.33 (1988-89) s.69

¹³⁷ Ot.prp.nr.23 (1996-97) punkt 12.1

¹³⁸ Hagstrøm (2011) s.112

¹³⁹ Asmundsson (1995) s.285

¹⁴⁰ Rt. 1996 s.672, s.682

å avvise ansvarsgjennombrudd i norsk rett,¹⁴¹ men jeg er uenig i dette. Formuleringene tilsier derimot at en kan tenke seg situasjoner hvor det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Det at både Kongeparken og Minnor drøfter om vilkårene for ansvarsgjennombrudd er oppfylt styrker det synspunktet ytterligere. Selv om Høyesterett ikke har funnet at vilkårene var oppfylt og dermed ikke dømt noen til å bli ansvarlige etter ansvarsgjennombrudd, er ikke det ensbetydende med at ansvarsgjennombrudd ikke kan skje.

Eksempler fra underrettspraksis inneholder også anerkjennelse av ansvarsgjennombrudd. I lagmannsrettssaken som endte med ansvarsgjennombrudd ble videre anke avvist av Høyesterett. Det indikerer at ansvarsgjennombrudd er en realitet i norsk rett. Dette ble også fremhevet i tingrettens dom, som lagmannsretten sluttet seg til: ”Retten legger til grunn at det i norsk rett finnes en regel om ansvarsgjennombrudd, altså et unntak fra hovedregelen om ansvarsbegrensning.”¹⁴² Retten bygget dette på juridisk teori og uttalelsene i forarbeidene til aksjelovgivningen.

Rettspraksisen er neppe tydelig nok til å kunne oppstille klare grenser for regelens plass. Så lenge spørsmålet har blitt stående ubesvart fra Høyesterett, vil det være grunnlag for tvil. Teorien har i tillegg stilt seg avvisende til at det eksisterer noen klare vilkår, og det nærmere innholdet i regelen synes å måtte utledes fra en rekke faktiske forhold i hver enkelt sak. Det er fremholdt at disse faktiske forholdene vil danne momenter i en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.¹⁴³

Ansvarsgjennombrudd vil i tilfelle være et supplement til allerede eksisterende regler, som dekker de aller fleste situasjoner, jfr. punkt 2.5. Det må derfor vurderes om det er et behov for et slikt supplement. Det kan synes som om det er slik at erstatningsansvar for de tilfellene hvor selskapet drives for kreditors regning inntreffer forholdsvis sent, noe som kan motvirkes gjennom ansvarsgjennombrudd. Men det er også mulig at den beste måten å løse det på er å skjerpe aktsomhetsnormen i culpavurderingen.¹⁴⁴ Resultatet vil i så fall bli tilnærmet det samme, det er bare rettsgrunnlaget for resultatet som blir

¹⁴¹ Grønland (1996) s.111

¹⁴² Stavanger Tingretts dom av 05.12.3005, s.5

¹⁴³ Asmundsson (1995) s.203-204

¹⁴⁴ Asmundsson (1995) s.288

annerledes. Det avgjørende vil være å finne egnede avgrensningskriterier, slik at prinsippet om aksjonærens begrensede ansvar ikke blir vesentlig uthulet.¹⁴⁵

Ved en vurdering av behovet for ansvarsgjennombrudd i norsk rett er det viktig å se på hvilke reelle hensyn som taler for en slik regel.¹⁴⁶ Det er klart at ansvarsgjennombrudd innebærer en ekstra beskyttelse for kreditor, og vil være en regel som kun er til kreditors fordel. Rene rimelighetshensyn tilsier at kreditor bør ha en mulighet til å få dekning der hvor selskapsformen utnyttes nesten utelukkende for å beskytte seg mot kreditorenes krav. Samfunnets allmenne rettsfølelse tilsier også at den som er tilsynelatende ansvarlig for et krav også må dekke dette kravet. Bak et slikt hensyn ligger tanken om at en eier vil måtte være påpasselig med at driften av selskapet er optimal, slik at han utelukker situasjoner hvor ansvarsgjennombrudd kan bli aktuelt. Det er gunstig både for eieren, kreditoren, og samfunnet generelt fordi det kan bidra til en fornuftig ressursutnyttelse. En klar ansvarsgjennombruddsregel vil antagelig også virke preventivt mot de selskapsstrukturer som er opprettet kun med det formål å pulverisere ansvar, noe som bidrar til å styrke rettsikkerheten for kreditorer. Dette gjelder særlig i tilfeller der ansvarsbegrensningen utelukkende er brukt for å unngå ansvar for potensielt skadevoldende virksomhet. Spesielt når det er snakk om potensiell miljøskade kan det være samfunnsmessig positivt.

På den annen side må en også vurdere hvilke hensyn som taler mot en slik regel. Rettspolitisk er det betenkelig å sette opp en regel som bryter med ansvarsbegrensningen. Den er en så sentral forutsetning for selskapsformen, og dermed også for nesten all forretningsdrift, at den fortjener betydelig vern. Det kan være at man hadde vært bedre tjent med en endelig avvisning av en regel om ansvarsgjennombrudd, enn en snever unntaksregel som kan skape tvil. Andenæs nevner at rettsordenen bør være forsiktig med å begrense borgernes rett til å velge hvilken rettsform virksomheten skal drives i.¹⁴⁷ Rettsordenen har for eksempel lovfestet krav til organiseringen av finansieringsvirksomhet,¹⁴⁸ men generelt må det gjelde en omfattende frihet til å velge selskapsform selv. Videre må det tas hensyn til bedriftenes mulighet til å organisere

¹⁴⁵ Asmundsson (1995) s.288

¹⁴⁶ Asmundsson (1995) s.276

¹⁴⁷ Andenæs (1984) s.188

¹⁴⁸ Jfr. Finansieringsvirksomhetsloven (1988) §§ 2a- 10 og 3-2

virksomheten i morselskap og datterselskaper slik at risikoen spres. Denne muligheten er viktig for å opprettholde bedrifters selvbestemmelsesrett med tanke på risikofordeling, og så lenge ikke denne muligheten misbrukes fortjener den betydelig vern.

Ansvarsbegrensningen fremmer foretaksomheten i samfunnet, og det er lettere for en aksjonær å skyte inn midler når han ikke risikerer å tape mer enn sitt innskudd. Dette hensynet kan likevel ikke helt ukritisk tillegges vekt. Det vil finnes investeringer som samfunnsmessig og økonomisk ikke er gunstige, og som det kan være grunn til å motvirke. Regler om ansvarsgjennombrudd kan fungere som en slik motvirkning. Men når regjeringen ønsker å sette ned minstekravet til lovfestet aksjekapital (se under), er det for å gjøre det enklere og mer attraktivt å organisere seg i et aksjeselskap. En utvanning av ansvarsbegrensningen kan muligens gjøre det vanskeligere å realisere det målet.

Som nevnt er det uenighet om ansvarsgjennombrudd vil utfylle andre rettsregler, eller om de øvrige rettsregler allerede omhandler de tilfellene hvor ansvarsgjennombrudd er aktuelt. I og med at ansvarsgjennombrudd skiller seg fra erstatningsansvar på noen sentrale områder, kan jeg ikke se at de to står i et motsetningsforhold til hverandre. I tillegg vil ansvarsgjennombrudd virke som et supplement til kreditors dekningsmuligheter etter dekningsloven. Dekningsloven inneholder regler som helt objektivt fordeler selskapets aktiva på dets kreditorer. Ansvarsgjennombrudd inneholder en utilbørighetsvurdering, men verken ansvarsgjennombrudd eller dekningsloven stiller opp de samme vilkårene om debtors skyld som erstatningsretten gjør. Dermed kan en tenke seg følgende situasjon: En kreditor får minimal eller ingen dividende etter dekningsloven. Erstatningsretten er ikke anvendelig, fordi vilkåret om skyld ikke er oppfylt. Siden dette vilkåret ikke oppstilles av ansvarsgjennombruddsregelen, utgjør ansvarsgjennombrudd i så fall kreditors eneste dekningsmulighet.

Regjeringen har foreslått å senke kravet til aksjekapital for aksjeselskaper fra 100.000 kroner til 30.000 kroner.¹⁴⁹ I tillegg er det foreslått at denne egenkapitalen kan brukes

¹⁴⁹ Prop.148 L (2010-2011), punkt 3

på stiftelseskostnader,¹⁵⁰ slik at et AS i teorien kan ha kr. 0 i egenkapital allerede ved stiftelsen. Etter asl. § 2-5 er det ikke anledning til det i dag. Forslaget fremholder at det var slik etter 1976-aksjeloven, og at det er slik i svensk og dansk rett. Dette vil neppe ha noen innvirkning på behovet for regler om ansvarsgjennombrudd. Selv om selskapets mindre kapitalbase kan være ugunstig for kreditorene, er det fortsatt slik at aksjekapitalen ikke står frosset som en kreditorsikkerhet. Den kan brukes i driften.¹⁵¹ Kravet til at selskapet skal drives med forsvarlig kapital etter asl./asal. § 3-4 vil uansett fortsatt gjelde. De andre måtene for kreditor å få dekket sitt krav på vil fremdeles være mest sentrale.

Rettspraksisen på området er forholdsvis beskjeden, det illustrer at behovet ikke er så stort for ansvarsgjennombrudd. Kreditorene er i de aller fleste tilfeller sikret tilfredsstillende sikkerhet for sine krav gjennom de øvrige reglene. I tillegg har rettspraksis vist at det er vanskelig å sette opp en entydig regel, med klare vilkår og et klart anvendelsesområde. Det er generelt uheldig å ha uklare regler, særlig der reglene eventuelt utgjør unntak fra klare hovedregler. Men det er vel anerkjent i norsk rett at uklare regler kan og skal utvikles og presiseres gjennom rettspraksis, og det er full adgang til å konstruere en regel om ansvarsgjennombrudd på den måten.

Utgangspunktet i norsk rett er at det er kreditors ansvar å sikre sine egne krav.¹⁵² Det innebærer at behovet for ansvarsgjennombrudd først og fremst vil dukke opp der kreditor har blitt lurt. Det synes også å være en viss nordisk aksept for at en eier kan gjøres ansvarlig overfor selskapets kreditorer når forholdene kan karakteriseres som misbruk av selskapsformen.¹⁵³ I slike tilfeller bør ansvaret pålegges den som har hovedansvaret for selskapets økonomiske virksomhet.

Vi ser av både rettspraksisen og forarbeidene at ansvarsgjennombrudd kan anerkjennes som en del av norsk rett. Men det er et meget smalt felt, og antall situasjoner som ikke allerede dekkes av andre regler vil være svært få. I tillegg er behovet for regelen usikkert. Andenæs uttalte i 1984 at "Hovedsaken er at det bør være tale om en

¹⁵⁰ Prop.148 L (2010-2011), punkt 4.4

¹⁵¹ Prop.148 L (2010-2011), punkt 3.1

¹⁵² Grønland (1996) s.109

¹⁵³ Grønberg (1984) s.175

sikkerhetsventil for rene unntakstilfeller”.¹⁵⁴ Og det ser ut til å være en dekkende beskrivelse av dagens situasjon.

5 Vilkårene for ansvarsgjennombrudd

Hovedregelen i aksjelovgivningen er at eierne av et aksjeselskap ikke er personlig ansvarlige for selskapets forpliktelser. Man må legge til grunn som sikker rett at det skal sterke grunner til for å fravike hovedregelen om aksjonærens begrensede ansvar.¹⁵⁵

Argumentene for ansvarsgjennombrudd tar utgangspunkt i hensynet til kreditor. Det handler om å veie hensynet til at kreditor skal få oppgjør, mot vernet av aksjeselskapet som selskapsform. Som nevnt er ikke ansvarsgjennombrudd et erstatningsansvar med de tradisjonelle vurderingene av skyld, men likevel vil det ofte være en del av vurderingen om det er noe å laste eierne for deres disposisjoner.

Etter Høyesteretts formuleringer i Kongeparkdommen er det to typer hovedargumenter som kan begrunne ansvarsgjennombrudd: 1) om det fremstår som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen (se punkt 5.1), og 2) om det har vært en sammenblanding mellom eier og selskapet som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern (se punkt 5.2). Det er fremholdt at de to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en skjønsmessig helhetsvurdering.¹⁵⁶ Utgangspunktet for den skjønsmessige vurderingen har i forarbeidene til aksjelovgivningen blitt formulert slik:

”gjennomskjæringsansvar er hjemlet når det ville være *utilbørlig* eller *klart urimelig* overfor de interesser (andre enn den dominerende aksjeeierinteressen) som knytter seg til selskapet, om ansvarsbegrensningen skulle bli stående.”¹⁵⁷

¹⁵⁴ Andenæs (1984) s.189

¹⁵⁵ Aarum (1994) s.45

¹⁵⁶ Rt. 1996 s.672, s.679-680.

¹⁵⁷ NOU 1992: 29 s.44

Det er bare i ”særlige tilfeller” gjennomskjæring kan finne sted.¹⁵⁸ Dette ser ut til å forutsette en viss grad av klanderverdig opptreden, men aksjonærens subjektive forhold vil ikke være avgjørende for om han kan pålegges ansvar etter en lære om ansvarsgjennombrudd. Det som vil være avgjørende er om de utilbørlige forhold er egnet til å skade kreditorene.¹⁵⁹

I det følgende redegjøres det for de vilkårene som kan oppstilles for ansvarsgjennombrudd. Vilårene er delt i de to nevnte hovedkategoriene, men kategoriene er nært beslektet, og flere av argumentene er aktuelle under begge to. Den videre inndelingen i fem underkategorier har sammenheng med hvordan argumentene har blitt presentert i rettspraksis og teori, men også underkategoriene glir over i hverandre. Disse momentene vil i tillegg være relevante ved en vurdering av de andre mulighetene til å utvide aksjeeieransvaret som er omhandlet i punkt 2.5.¹⁶⁰

5.1 Utilbørlig overfor kreditorene

Det er ikke uvanlig, og i seg selv ikke utilbørlig overfor kreditorene, at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap. Det er heller ikke utilbørlig at et morselskap har full kontroll over et datterselskap gjennom sitt eierforhold og sine styrerepresentanter.¹⁶¹ Når det legges vekt på om aksjeeieren har opptrådt utilbørlig, begynner ansvarsgjennombrudd å ligne på det tradisjonelle erstatningsrettslige ansvaret. I de tilfellene gjennomskjæring kan bli aktuelt, er det ofte en direkte følge av at det foreligger uaktsomhet eller grovere skyldformer. Men det er viktig å få med seg at dette, i motsetning til ved erstatningstilfeller, *ikke* er et vilkår for gjennomskjæring. Det er bare en del av helhetsvurderingen.¹⁶²

¹⁵⁸ Aarum (1994) s.48, og Rt. 1991 s.119

¹⁵⁹ Asmundsson (1995) s.277

¹⁶⁰ Asmundsson (1995) s.293

¹⁶¹ Rt. 1996 s 672, s.680

¹⁶² Aarum (1994) s.50

5.1.1 Selskapet er underfinansiert

I en utilbørighetsvurdering må det vurderes om selskapet er underfinansiert/ underkapitalisert. De to begrepene underfinansiert og underkapitalisert er innholdsmessig like, og vil bli brukt litt om hverandre i det følgende.

Det som karakteriserer underkapitalisering er at aksjeeierne gjennom selskapet bevisst tar en risiko som er uakseptabel i forhold til selskapets kapitalgrunnlag.¹⁶³ Det blir dermed en vurdering av om det foreligger det som kalles relativ underkapitalisering, fordi kapitalgrunnlaget må vurderes oppimot virksomhetens risiko ved driften. Selskapets kapitalisering er eiernes ansvar, derfor spiller dette direkte inn på en tilbørighetsvurdering av eiernes disposisjoner. En må se på om eierens risikovurdering var forsvarlig. Den tidligere nevnte lagmannsrettsdommen la vekt på at eieren måtte ha forstått at kapitaliseringen ikke stod i forhold til risikoen, og at ASets handlinger fremstod som et sjansespill sett oppimot dets økonomiske situasjon.¹⁶⁴

Det å vurdere om et selskap er underkapitalisert er vanskelig, fordi det vil være veldig mange faktorer innblandet. Et selskap som tilsynelatende er underkapitalisert, kan ha vært tilstrekkelig finansiert ut i fra de forutsetningene og opplysningene man hadde på finansieringstidspunktet og gjennom selskapets levetid. En slik vurdering vil nødvendigvis måtte inneholde en vurdering av hvilken risiko selskapets drift innebærer. Og slike risikovurderinger kan være meget vanskelige når man beveger seg inn på ukjent eller nytt forretningsterritorium. Det var tilfellet i Minnordommen¹⁶⁵, hvor de opprinnelige anslagene om lønnsomhet ikke slo til. Dommen illustrerer hvor vanskelig det kan være å treffe riktig i en slik vurdering. I den saken kom riktignok Høyesterett til at eierne hadde sørget for tilstrekkelig finansiering, så underkapitalisering ble ikke fastslått.

Det generelle utgangspunktet er at risikofylt virksomhet har full adgang til å sikre seg gjennom aksjeselskapsformen. Det er først og fremst aksjeeierne som bærer risikoen for at selskapet går bra, fordi de risikerer å miste hele sin investering ved en konkurs.

¹⁶³ Hagstrøm (2011) s.103

¹⁶⁴ RG 2007 s.411 (Gulating), punkt 4.1.8

¹⁶⁵ Rt. 1996 s.742

Eierne har ikke noen dividenderett i konkursboet. På grunn av ansvarsbegrensningen i aksjeselskapsformen kan realiteten riktignok være at enkelte kreditorer løper en mye større verdimesig risiko enn det eierne gjør. Dermed vil det ofte være kreditorene som bærer den største risikoen for om selskapet går bra. Men Høyesterett fremholdt i Minnor at det ikke er noe eksepsjonelt i at det er kreditor som bærer risikoen utover selskapskapitalen.¹⁶⁶

Et spørsmål er dersom selskapet oppfyller lovens minstekrav til aksjekapital, regnes det da automatisk for å være tilstrekkelig kapitalisert? Da vil det i så fall bare være de rene svindeltilfellene som konstituerer underkapitalisering. Men det er klart nok at dette ikke er tilfellet. I Kongeparkdommen slår Høyesterett fast at dersom minsteaksjekapitalen var eneste egenkapital, ville det åpenbart vært utilstrekkelig.¹⁶⁷ Det er ikke dermed sagt at minsteaksjekapitalen alltid vil være utilstrekkelig, men at hele kapitalsituasjonen må vurderes oppimot risikoen ved selskapets drift. Det følger også av kravet til selskapets forsvarlige finansiering i asl./asal. § 3-4.

Styret har etter asl./asal. § 3-4 jfr. § 3-5 et generelt ansvar for at selskapet drives med forsvarlig egenkapital. Hvis ikke egenkapitalen er tilstrekkelig har styret en handleplikt for å motvirke dette, eller eventuelt foreslå at selskapet oppløses. Lovgiver har her søkt å sikre at selskaper ikke drives med et uforsvarlig kapitalgrunnlag. Styret plikter likevel ikke å gå inn med midler for å sikre at kapitalen er tilstrekkelig. Derimot vil en regel om ansvarsgjennombrudd i så fall føre til at eierne pålegges en plikt til å gjøre dette. Det innebærer at minstekapitalkravet og forsvarlighetskaptalkravet i asl./asal. eventuelt blir utfylt av et ulovfestet eieransvar for at kapitalen samsvarer med risikoen. Lovkravet til minstekapitalen vil dermed miste noe av sin verdi, og det kan være betenkelig. Siden et eventuelt ansvarsgjennombrudd vil bygge på en rekke faktorer sett i en helhetsvurdering, kan jeg likevel ikke se at en slik utfyllende ulovfestet kapitalregel alene vil bidra til å undergrave aksjeselskapsformen.

I tillegg er det et spørsmål om en slik ulovfestet kapitalregel vil påføre eierne et ansvar til ytterligere kapitalisering av et selskap ettersom det vokser, eller om den opprinnelige

¹⁶⁶ Rt. 1996 s.742, s.758

¹⁶⁷ Rt. 1996 s.672, s.680

kapitaliseringen ved stiftelsen vil være nok. Høyesterett har latt disse spørsmålene om ansvar ved underkapitalisering være ubesvart, men det virker som om underkapitaliseringsvurderingen skal foretas med bakgrunn i hele selskapets levetid.

Den ytterligere kapitalen i Kongeparkendommen var et lån, men Høyesterett godtok det som en del av selskapets kapital. Det var fordi det ble ansett for å være ansvarlig lånekapital fra eierne som skulle stå tilbake fra øvrige kreditorer. Dermed synes det klart at ansvarlige lån skal medregnes når kapitalsituasjonen vurderes oppimot risikoen ved driften. Ansvarlige lån fra eier til selskapet er en måte å finansiere drift på uten å måtte skyte inn vanlig aksjekapital. Siden lån kan medføre rett til dividende i et eventuelt konkursbo er dette midler som eierne har en mulighet til å få igjen. Skyter de derimot inn aksjekapital, gir ikke det noen dividenderett i konkursboet.

Ved en slik kapitalvurdering er det tydelig at Høyesterett ser på når og hvorfor selskapet har fått tilført eventuell kapital. Kapital som kan bli ansett som krisehjelp til et selskap med likviditetsproblemer vil ikke bære preg av tilførsel til en kapitalbase for selskapet. Følgelig vil det heller ikke kunne spille inn i vurderingen av om selskapet var underfinansiert. Det som er vesentlig i en slik vurdering er kapitaltilførselen ved stiftelsen, i startfasen og under selskapets løpende drift.¹⁶⁸ Det kan være vanskelig å skille mellom hva som er krisehjelp og hva som er vanlig kapitaltilførsel. I Kongeparkendommen ble det tidligere nevnte ansvarlige lånet ikke ansett som krisehjelp fordi det ble gitt tidsmessig i nærheten av stiftelsen. Samtidig ble et senere lån fra eierne til datterselskapet i forbindelse med en akutt likviditetskrise ansett for å være krisehjelp, og det er nærliggende å tro at betegnelsen ”krisehjelp” skal tas på ordet ved en slik vurdering.

Underkapitalisering alene vil ikke være nok til å konstituere ansvarsgjennombrudd, det må foreligge ytterligere momenter i tillegg.¹⁶⁹ I rene underkapitaliseringstilfeller kan aksjeeierne bli erstatningsansvarlige etter asl./asal. § 17-1 for sammen med stifterne å

¹⁶⁸ Rt. 1996 s.672, s.681

¹⁶⁹ Hagstrøm (2011) s.105

ha påført kreditorene tap.¹⁷⁰ Underkapitaliseringssynspunktene vil måtte gå inn som en del av helhetsvurderingen, og det finnes rettspraksis som indikerer at utilstrekkelig kapitalgrunnlag for en virksomhet kan være ansvarsbetingende for aksjonærene.¹⁷¹

5.1.2 Økonomisk ubalanse mellom eier og selskapet

En del av utilbørighetsvurderingen vil være å undersøke om det foreligger en økonomisk ubalanse mellom selskapet og eier. Der det er snakk om mor- og datterselskaper vil det vanligvis foreligge en avtale som regulerer forholdet dem i mellom. For at det ikke skal være ubalanse må avtalen innebære en viss likevekt mellom dem. Hvis avtalen bare legger byrder på den ene parten, og gir fordeler til den andre, vil det tilsi at det foreligger en ubalanse.¹⁷² Det er klart at avtaler mellom selskaper i et konsern kan, og vil ofte, være forskjellige fra avtaler mellom uavhengige parter. Det er ikke i seg selv nok til å konstituere ansvarsgjennombrudd. Litt ubalanse mellom mor- og datterselskap er derimot ganske vanlig, ubalansen må kunne betegnes som utilbørlig før ansvarsgjennombrudd blir aktuelt.

For å motvirke både tapping og for stor ubalanse, har lovgiver gitt regler om verdioverføringer mellom selskapet og dets aksjeeiere, eller mellom selskapet og selskapets ledelse/styre. Etter asl./asal. § 3-8 må slike transaksjoner godkjennes av generalforsamlingen dersom selskapets ytelse har en økonomisk verdi som er mer enn en tidel av egenkapitalen. Når selskaper opptrer i et konsern, kan de etter asl./asal. § 3-9 foreta transaksjoner seg i mellom hvis de er grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. I § 3-9 er det også tatt inn en begrensning om hvor mye som kan ytes som konsernbidrag og utbytte til morselskap. Begrensningen tilsvarer de vanlige grensene for utdeling av utbytte i § 8-1. Ansvarsgjennombrudd skal eventuelt utfylle disse reglene. Først og fremst for de tilfeller der ubalansen utgjør et utilbørlig forhold overfor kreditorene, og de lovfestede reglene ikke har vært nok til å motvirke dette i tilstrekkelig grad.

¹⁷⁰ Grønland (1996) s.111, som omhandler dagjeldende aksjelov, men dagens lovgivning innebærer ingen endring.

¹⁷¹ Hagstrøm (2011) s.103, som omhandler Rt. 1979 s.81

¹⁷² Rt. 1996 s. 672, s.680

En ubalanse kan skyldes flere forhold, blant annet at det foretas tapping av selskapet, se punkt 5.1.3. I konserner som sprer risikoen gjennom selskapsorganiseringen vil det nødvendigvis foreligge en viss ubalanse, fordi en slik organisering innebærer en ensidig overføring av verdier oppover i systemet. Denne overføringen vil være utbytte fra datterselskapet, og hvis utbyttet er utdelt lovlig etter aksjelovgivningen vil ansvar for aksjeeieren uansett være uaktuelt.¹⁷³ Er utbyttet utdelt ulovlig kan det kreves tilbake etter asl./asal. § 3-7.

Det har blitt uttalt at det er et minstevilkår at det foreligger økonomisk ubalanse til fordel for eieren i forholdet mellom eieren og selskapet.¹⁷⁴ Samtidig vil det være vanskelig å fastslå hvor stor grad av ubalanse som må til før vilkåret er oppfylt. I Kongeparkendommen ble det ikke tatt stilling til dette, fordi retten mente det ikke forelå ubalanse.¹⁷⁵ Samtidig er det klart at i lagmansrettsdommen forelå det en klar ubalanse, fordi aksjeselskapet i realiteten satt med alle byrdene, mens eieren satt med alle fordelene. Det illustrerer hvilke forhold som kan innebære ubalanse, men hvor grensen generelt går er fortsatt et ubesvart spørsmål. Det må foretas en konkret vurdering av hvor stor grad av utilbørlichkeit sammenblandingen medfører i hvert enkelt tilfelle. Til sammenligning er økonomisk ubalanse også en sentral del av Fisser-testen i USA, se punkt 3.2.1.

5.1.3 Tapping av selskapsmidler

Tapping av selskapsmidler er nært beslektet med vilkåret om dominerende rådighet¹⁷⁶ (se punkt 5.2.1), fordi for å få tappet et selskap er man nesten nødt til å ha dominerende rådighet over det. Dersom et selskap bevisst er tappet for midler er det veldig kort vei over til de rene erstatningstilfeller.¹⁷⁷ Det er et grunnleggende prinsipp at kreditorene har rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene.¹⁷⁸ Tapping av selskapsmidler er også en fremtredende del av the Fisser-test i USA, og det er et sentralt moment i Danmark.

¹⁷³ Grønland (1996) s.110

¹⁷⁴ Grønland (1996) s.110

¹⁷⁵ Grønland (1996) s.110

¹⁷⁶ Asmundsson (1995) s.281

¹⁷⁷ Se Asmundsson (1995) s.248 flg.

¹⁷⁸ Asmundsson (1995) s.252

Asl./asal. inneholder regler som skal motvirke tapping av selskapsmidler. § 3-7 (1) slår fast at ulovlige utbetalinger skal tilbakeføres til selskapet. Om mottakeren er i god tro er i utgangspunktet uten betydning.¹⁷⁹ Det regnes for eksempel som utbytte dersom aksjeselskapet har et krav mot eieren som ikke blir forfulgt, slik at eieren i realiteten har opplevd en berikelse på selskapets bekostning. Slik skjult utbytteutdeling kan også omgjøres etter asl./asal. § 3-7.¹⁸⁰ Reglene innebærer at selskapet skal få tilbake sine midler, og har derfor en direkte innvirkning på selskapets betalingsdyktighet. Regelen er praktisk viktig for kreditorene, fordi det medfører større sannsynlighet for at de får dekket sine krav. Men det er ikke sikkert at tilbakeføringen er nok til at selskapet kan innfri sine krav, og dermed kan en alternativ løsning for kreditor være å kreve kravet innfridd gjennom ansvarsgjennombrudd.

En ulovlig utdeling av utbytte kan være vanskelig å oppdage, særlig dersom det foreligger en sammenblanding mellom eieren og selskapet.¹⁸¹ Hvis en eier tar ut utbytte av selskapet på lovlige måte etter aksjelovgivningen vil det vanskelig kunne kalles utilbørlig tapping av selskapsmidler. Dersom denne utbetalingen av utbytte derimot fører til at selskapet blir underfinansiert kan prinsippet om utilbørlig tapping komme inn i bildet. Det er nemlig ikke noe krav om at tappingen er i strid med reglene om bunden egenkapital i aksjelovgivningen for at verdioverføringer fra selskapet skal være relevant i en gjennombruddsvurdering.¹⁸² Utbetalingen må ses i sammenheng med selskapets generelle finansielle situasjon. Enhver overføring av midler ut av selskapet vil medføre en reduksjon av selskapsformuen, og det er selvfølgelig i strid med kreditorenes interesser.¹⁸³

¹⁷⁹ Woxholth (2004) s.192

¹⁸⁰ Grønland (1996) s.110, som omhandler dagjeldende aksjelov, men dagens lovgivning medfører ingen endring

¹⁸¹ Asmundsson (1995) s.279

¹⁸² Asmundsson (1995) s.278

¹⁸³ Asmundsson (1995) s.278

En utilbørlig organisering av mor- og datterselskap kan indirekte føre til at det ene selskapet blir tappet. Da vil ofte de vanlige erstatningsreglene komme inn i bildet, fordi eieren nødvendigvis har medvirket til den utilbørlige organiseringen.¹⁸⁴

Selv om en utbetaling isolert sett er lovlig betyr ikke det at den ikke kan føre til en likviditetskrise hos selskapet. I Rt. 1985 s. 1221 var tapping av selskapsmidler et sentralt moment. Et sykehus var drevet som et AS, og sykehusets administrerende overlege var hovedaksjonær og styremedlem. I tillegg eide han sykehusets bygninger, som han leide ut til ASet. Han hadde dermed en dobbeltrolle som førte til at han kunne overføre fra ASet til seg selv 1,6 mill. mer i husleie enn han skulle etter avtalen med fylkeskommunen. Han ble holdt ansvarlig for dette sammen med ASet. Saken illustrerer hvordan erstatningsbetingende tapping kan foregå uten at tappingen i seg selv er selskapsrettslig ulovlig. Dommen er antagelig bygget på et culpaansvar, men den har verdi som illustrasjon rundt synspunktene om tapping som også vil være relevante i en ansvarsgjennombruddsvurdering.

I lagmannsrettsdommen ble ASet tilført eiendomsrettigheter. Siden denne tilførselen bare medførte store økonomiske forpliktelser for ASet, anså retten det for å være en form for indirekte tapping. Dette gjaldt selv om eiendomsrettighetene kunne medført en stor inntektspost dersom ASet hadde vunnet søksmålet, men retten la vekt på hvilken økonomisk situasjon ASet faktisk havnet i da søksmålet ikke førte frem.

Tapping av selskapsmidler vil gå inn som en del av helhetsvurderingen rundt ansvarsgjennombrudd, men det virker ikke som å være et absolutt vilkår. Hva som innebærer tapping er vanskelig å fastslå, og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

5.2 Sammenblanding mellom eier og selskap

Det er ikke uvanlig at en virksomhet er delt i et eierselskap og et driftselskap. Likevel kan slik selskapsorganisering i visse tilfeller medføre en sammenblanding som er utilbørlig for kreditorene. Det er heller ingenting i veien for at et morselskap

¹⁸⁴ Grønland (1996) s.110

kontrollerer et datterselskap gjennom sitt eierforhold og sine styrerepresentanter.¹⁸⁵

Derimot kan en sammenblanding som medfører uklare ansvarsforhold være utilbørlig overfor selskapets kreditorer.¹⁸⁶ I slike tilfeller kan det være mer rettferdig å holde eierne ansvarlige for sammenblandingen, enn at kreditorene skal måtte bære risikoen for uklarhetene.

5.2.1 Dominerende rådighet

Hvis en aksjeeier skal kunne holdes ansvarlig er det naturlig å legge vekt på hva slags innflytelse aksjeeieren har hatt over selskapet. For at en aksjeeier skal bli ansvarlig etter ansvarsgjennombrudd må denne eieren ha hatt muligheten til å påvirke det som foregår i, og med, selskapet. Men dominerende rådighet i seg selv er ikke utilbørlig.¹⁸⁷ Eieren må ha hatt en form for dominerende rådighet som er såpass fremtredende at selve skillet mellom eier og selskap ikke fortjener vern. Det må vurderes hva slags sammenblanding denne dominerende rådigheten har ført til, og om den har blitt misbrukt til skade for selskapets kreditorer. Det avgjørende er om den dominerende rådigheten har medført at avgjørende beslutninger fattes utenfor selskapet og uavhengig av selskapets interesser, og om eieren har anvendt sin dominerende rådighet på en utilbørlig måte.

Det er fremholdt av retten at en slik vurdering må analysere om den dominerende rådigheten har medført at selskapet ikke fremstår med slik organisatorisk og økonomisk uavhengighet som aksjelovgivningen forutsetter.¹⁸⁸ Det avgjørende vil være om eieren har en så stor grad av faktisk styring og rådighet over virksomheten i selskapet og måten det drives på, at eieren kan sies å ha avgjørende innflytelse over beslutninger.¹⁸⁹

Vekten av momentet vil være avhengig av hvor stor grad av innflytelse eieren har i selskapet. En svært dominerende eier er dermed spesielt utsatt.¹⁹⁰ Stor grad av innflytelse kan foreligge når de viktigste posisjonene i et datterselskap er besatt av personer fra morselskapet, og/eller at eierne har aksjemajoriteten i selskapet.

Aksjemajoritet er likevel ikke et absolutt krav for dominerende rådighet. Det følger av

¹⁸⁵ Rt. 1996 s.672, s.680

¹⁸⁶ Asmundsson (1995) s.279

¹⁸⁷ Asmundsson (1995) s.280

¹⁸⁸ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s.5

¹⁸⁹ Rt. 2010 s.306, avsnitt 74

¹⁹⁰ Asmundsson (1995) s.280

Høyesteretts uttalelser i Rt. 1970 s. 821, se punkt 4.1.3. En kan ha dominerende rådighet gjennom å alliere seg med andre aksjeeiere, slik at denne konstellasjonen til sammen får aksjemajoriteten. I tillegg kan man sørge for at sentrale posisjoner i selskapet er besatt av lojale personer, slik at innflytelsen blir like reell på den måten.¹⁹¹

Der det er snakk om rene mor- og datterselskaper, er det vanligvis ikke noe problem å fastslå at det foreligger dominerende rådighet. Det følger av selve definisjonen av morselskap at det har en bestemmende innflytelse over datterselskapet, enten gjennom et flertall av stemmene eller gjennom avtale. I norske industrikonserner er det vanlig med meget tett kontakt mellom morselskapet og datterselskap. Det er svært vanlig at datterselskapets virksomhet i realiteten styres av morselskapet, og at datterselskapet driver sin virksomhet i stor grad ut i fra morselskapets interesser.¹⁹² Morselskapet kan likevel ikke som aksjeeier forvalte datterselskapet, selv om morselskapet har foreslått eller nominert styremedlemmene og oppfatter vedkommende som ”sine” representanter i datterselskapets styre. Morselskapet kan ikke instruere styremedlemmene, ved utøvelsen av styrevervet plikter nemlig styremedlemmene å ivareta dette selskapets og ikke arbeidsgiverselskapets interesse.¹⁹³

Det er vanligvis heller ikke noe problem å fastslå dominerende rådighet i små selskaper med en eeneier, som samtidig er både styreleder og daglig leder. Det var situasjonen i lagmannsrettsdommen, hvor aksjeeieren hadde total kontroll over selskapet.

Det kan se ut som om dominerende rådighet er et nødvendig, men ikke alene tilstrekkelig vilkår for ansvarsgjennombrudd. Hva som skiller en akseptabel dominerende rådighet fra uakseptabel dominerende rådighet er vanskelig å fastslå. I Kongeparkendommen var den foreliggende dominerende rådigheten ikke nok til å begrunne ansvarsgjennombrudd; ”Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter. Også dette vil være helt regulært og ikke noe utilbørlig”¹⁹⁴. Slik full

¹⁹¹ Asmundsson (1995) s.280

¹⁹² Rt. 2010 s.306, avsnitt 74

¹⁹³ Normann (2010) s.244

¹⁹⁴ Rt. 1996 s.672, s.679

kontroll er altså ikke nok til å konstatere uakseptabel dominerende rådighet, det må foreligge ytterligere momenter.

Med inspirasjon fra den tidligere nevnte 1932-dommen¹⁹⁵ har Hagstrøm satt opp en 4-punkts test for å vurdere dette: 1) eieren er dominerende aksjonær, 2) selskapets styre og ledelse består av eierens egne folk, 3) eieren behandler selskapets eiendeler som sine egne, 4) selskapets styre handler ikke uavhengig i selskapets interesse, men mottar direktiver fra eieren.¹⁹⁶ Hagstrøm oppstiller disse momentene først og fremst med tanke på mor- og datterselskaper, men det er nærliggende å konkludere med at de samme momentene vil ha betydning også utenfor mor- og datterforhold. Dommen i punkt 4.1.2 peker også i denne retning, fordi det her ble konstatert dominerende rådighet mot eiere som ikke var morselskap.

Dermed synes det klart at de situasjonene om dominerende rådighet som ansvarsgjennombrudd sikter på å fange opp, er der hvor aksjeeierne har misbrukt sin dominerende rådighet. Gjerne i forbindelse med at ett eller flere av de andre vilkårene for ansvarsgjennombrudd er oppfylt. I praksis vil det nok henge tettest sammen med underfinansieringssynspunktene.

I USA er dominerende rådighet en viktig del av ”piercing the corporate veil” doktrinen.¹⁹⁷ I Danmark er det en viktig del av vurderingen om ”hæftelsesgennembrud”. Og det har sin helt logiske plass i en slik vurdering; dersom ansvarsgjennombrudd skal forekomme, må det rettes mot den eller de som har hatt en viss innflytelse over selskapet. En kan argumentere mot dette med at alle aksjeeiere uansett har innflytelse gjennom generalforsamlingen, men i realiteten kan alltid en minoritet overstyres av en majoritet, og dermed måtte gå med på det majoriteten bestemmer.

¹⁹⁵ Rt. 1932 s.1015

¹⁹⁶ Hagstrøm (2011) s.106

¹⁹⁷ Asmundsson (1995) s.281

5.2.2 Er det formelle skillet mellom eier og selskap gjennomført?

En måte å vurdere om det formelle skillet mellom eier og selskap er gjennomført er å se på driften av selskapet.¹⁹⁸ Særlig i mor/datter-forhold vil dette være relevant. Man må se på om datterselskapet har fått sin egen administrasjon og om denne administrasjonen er forskjellig fra administrasjonen til morselskapet. En må også se på eiernes rolle, det er ikke utenkelig at eierne av morselskapet er involvert i administrasjonen av datterselskapet. Uansett vil felles reell styring tilsa sammenblanding, gjerne ved at de samme personer utgjør ledelsen i både mor- og datterselskapet.¹⁹⁹

Generelt må det vurderes om datterselskapet faktisk drives som et selvstendig selskap eller om det bærer preg av å være en ren papirkonstruksjon. Er selskapet bare et uselvstendig ledd i den virksomhet aksjonæren selv driver kan dette tale for gjennomskjæring.²⁰⁰

Mer konkret kan man se på hvordan utgifter og inntekter behandles. Hvis de behandles tilfeldig mellom selskapene etter hvilket selskap som har behov for likvider, og det ikke foreligger noe skikkelig mellomregnskap i konsernforholdet, er det momenter som kan tyde på at sammenblandingen er for stor. I tillegg vil det være vesentlig om selskapene har stilt gjensidige sikkerheter for hverandres gjeld, slik at det er usikkert hvem som faktisk hefter for hva. Felles regnskapsførsel tilsier også en viss sammenblanding.²⁰¹ I Kongeparkendommen hadde selskapene hatt felles regnskapsførsel i den siste måneden frem mot konkursen. Det ble ansett for å være greit siden regnskapsførselen hadde vært delt hele veien opp til dette tidspunktet.²⁰² Teoretisk så kan man tenke seg at slik felles regnskapsførsel rett før konkurs kan brukes til å manipulere tallene på en måte som begunstiger morselskapet. I slike tilfeller vil sammenblandingen antagelig bli ansett for å være for stor. Et minstekrav er uansett at inntekter og utgifter må føres der de hører hjemme.

Teoretisk sett kan man tenke seg et utall antall situasjoner og økonomiske disposisjoner hvor selskapene ikke skiller tydelig mellom hverandre. Særlig i konsernforhold vil en

¹⁹⁸ Aarum (1994) s.48-49

¹⁹⁹ Asmundsson (1995) s.279

²⁰⁰ Hagstrøm (1993) s.272

²⁰¹ Aarum (1994) s.49

²⁰² Rt. 1996 s.672, s.681

viss form for sammenblanding være vanlig, men også der hvor en mindre virksomhet drives av en eneaksjonær.²⁰³ Kongeparkendommen inneholder konkrete eksempler på tilfeller der det måtte vurderes om selskapene formelt skilte mellom hverandre. Den saksøkende parten anførte at diverse lån og dekning av reiseutgifter gikk på tvers av både selskapene og eierne som privatpersoner, men det ble ikke ansett for å være tilstrekkelig økonomisk sammenblanding av Høyesterett. At morselskapet ikke oppfylte sin plikt etter samarbeidsavtalen til å foreta en enkeltinvestering til gode for datterselskapet, ble heller ikke sett på som et tungtveiende moment for at man mer gjennomgående ikke skilte mellom selskapene. Det at en bank (feilaktig) ikke skilte mellom selskapene og tok dekning for morselskapets gjeld i datterselskapets innskudd, ble heller ikke ansett for å være et element av sammenblanding.²⁰⁴

I lagmannsrettsaken var sammenblandingen mellom eier og selskap det viktigste momentet. I mange år hadde ikke selskapet noen ordinær aktivitet og dermed heller ingen inntekter. De løpende utgiftene for formelt å kunne opprettholde selskapet ble dekket ved innskudd fra eneeieren personlig. Videre ble eiendomsrettigheter vederlagsfritt overført fra aksjeeieren til selskapet, for å sørge for at eventuelle plikter som fulgte med eiendomsrettighetene ikke kunne kreves personlig oppfylt av eieren. Retten fant at denne overdragelsen tilsa at eieren selv ikke skilte mellom sine private interesser og selskapets interesser. Som eneeier i selskapet ville han fortsatt ha kontroll over eventuelle verdier ved rettighetene, men han kunne unngå ansvar for utgiftene. Dette tilsa sammenblanding, som også ble underbygget av de etterfølgende forhold hvor eieren fortsatt opptrådte i eget navn angående den aktuelle tomten. Retten anså denne sammenblandingen for å medføre at ”selskapet ikke har en slik økonomisk uavhengighet som aksjeloven forutsetter”.²⁰⁵ Disse forholdene betydde at eieren ikke anså overdragelsen som en realitet, og samlet sett fant retten at det hadde skjedd en bevisst sammenblanding mellom eierens private interesser og selskapets interesser.

En blanding av selskapenes formuer og eiendeler kan innebære at det blir spørsmål om det foreligger et sameie av bestemte eiendeler. Selv om selskapene seg i mellom formelt

²⁰³ Asmundsson (1995) s.279

²⁰⁴ Rt. 1996 s.672, s.681-682

²⁰⁵ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s.6

ikke regner det som sameie, så kan den reelle situasjonen føre til spørsmål om hvem som er eier eller rettighetshaver av hvilke eiendeler. Disse spørsmålene vil ofte minne om de som dukker opp rundt vanlige sameier, og de er derfor allerede lovregulert.²⁰⁶ Det er ikke grunn til å gå nærmere inn på disse her. Uansett vil det ikke være nødvendig å fastslå om en eiendel tilhører selskapet eller eieren, det er tilstrekkelig at det er usikkerhet rundt eierforholdet for å kunne kalle det sammenblanding. Et viktig poeng er også at det antagelig ikke er nødvendig å påvise uaktsomhet hos aksjonæren når det foretas en sammenblandingsvurdering.²⁰⁷

Det kan hende at sammenblandingen fører til at det ene selskapets eiendeler feilaktig fremstår som å tilhøre det andre selskapet, for eksempel i en årsberetning. Det er ikke utenkelig at en kreditor har gitt lån eller kreditt på bakgrunn av slike opplysninger og dermed fått et uriktig inntrykk av selskapets finansielle situasjon. Etter vanlige regler er aksjeeieren ansvarlig for slike forhold, så dette faller utenfor ansvarsgjennombruddsinstituttet.²⁰⁸

Rene proforma tilfeller er det letteste å slå ned på. Grønland hevder at dersom kreditorene har blitt påført tap på grunn av proforma eierskap, så vil det være et spørsmål som må løses etter alminnelige regler om kreditors adgang til å ekstingvere andres rettigheter.²⁰⁹ Men reglene om ekstinksjon er kompliserte, og vil ikke nødvendigvis føre til samme resultat som reglene om ansvarsgjennombrudd. Det vil antagelig være mer nærliggende for kreditorene å søke kravet dekket av aksjeeierne i et slikt tilfelle. Ekstinksjon handler om å ekstingvere andres rettigheter, noe som kan gå utover andre kreditorer. Det virker ikke som om ekstinksjon alltid vil kunne sørge for at alle kreditorene får dekning på samme måte som ved et eventuelt ansvarsgjennombrudd.

Dersom man etter en helhetsvurdering av de momentene som er nevnt over kommer til at dette skillet er utydelig, vil det peke i retning av ansvarsgjennombrudd. Det vil måtte

²⁰⁶ Grønland (1996) s.110

²⁰⁷ Asmundsson (1995) s.279

²⁰⁸ Grønland (1996) s.110

²⁰⁹ Grønland (1996) s.110

foretas en konkret, objektiv vurdering av de faktiske forhold. Regelen synes å være at jo mer selskapet nærmer seg en formalitet, dess strengere må de formelle regler iakttas. Det vil tale for ansvarsgjennombrudd at selskapet bare er et uselvstendig ledd i den virksomheten aksjonæren selv driver.²¹⁰ Både i USA og i Danmark er sammenblanding mellom eier og selskap en viktig del av ansvarsgjennombruddsvurderingen, og det gjenspeiler situasjonen i Norge.

5.3 Kreditors forhold og kravets art

Kreditors forhold kan være av betydning fordi en del av helhetsvurderingen går ut på å se på utilbørighet overfor kreditorene. Det vil derfor være naturlig å vurdere hver enkelt kreditor individuelt, slik at ansvarsgjennombrudd ikke nødvendigvis trenger å skje til fordel for alle kreditorene samlet. Dersom kreditor var klar over at debitor var et eget selskap og at det drev risikofylt virksomhet, vil man vanskelig kunne si at det vil være utilbørlig overfor dem å opprettholde ansvarsbegrensningen.²¹¹ I tillegg er det fullt mulig for kreditor å undersøke et selskaps finansielle situasjon før man yter kreditt. Der hvor kreditoren er en bank er det meget vanlig. I tillegg tar bankene seg godt betalt for sin kredittytelse, og det vil være vanskelig å argumentere for at ansvarsbegrensningen vil være utilbørlig å opprettholde overfor en bank som har gitt lån til selskapet.

Gjennombrudd er uansett utelukket dersom kreditor var kjent med at selskapets kapitalgrunnlag var for svakt da kreditt ble ytet. Slike situasjoner vil være sammenlignbare med erstatningsrettens prinsipper om aksept av risiko, som automatisk utelukker et alminnelig erstatningsansvar, og bør tillegges samme virkning for ansvarsgjennombrudd.²¹²

Man kan komme til ulike resultater avhengig av om kreditoren er en frivillig eller ufrivillig kreditor.²¹³ Ofte vil det ikke bli snakk om ansvarsgjennombrudd der kreditoren er ufrivillig, fordi det lett vil gli over i vanlige skadeserstatningstilfeller. Likevel illustrerer lagmannsrettsdommen at ansvarsgjennombrudd kan utfylle

²¹⁰ Hagstrøm (2011) s.109

²¹¹ Rt. 1996 s.742, s.759

²¹² Hagstrøm (2011) s.105

²¹³ Aarum (1994) s.45-46

erstatningsretten også for ufrivillige kreditorer. Et selskap hadde blitt saksøkt, vunnet saken, og fått tilkjent saksomkostninger. Siden selskapet ikke selv hadde valgt å gå til sak må man regne selskapet som ufrivillig kreditor for disse saksomkostningene. Det er et ufrivillig kreditorforhold som ikke passer inn i vanlig erstatningsrett, og retten kom til at det var klart utilbørlig overfor kreditoren å opprettholde ansvarsbegrensingen i det tilfellet.

Problemstillingen rundt kreditors forhold og kravets art har også vært oppe i forarbeidene til aksjelovgivningen:

”Det er imidlertid grunn til å peke på at det generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i et konsern enn i en del andre tilfeller, og videre når det gjelder erstatningsansvar overfor tredjepersoner (for eksempel for miljø- og personskade) enn for ansvar i kontraktsforhold hvor medkontrahenten selv kan vurdere det kontraherende selskaps stilling. Ved vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet.”²¹⁴

Denne uttalelsen indikerer at ansvarsgjennombrudd oftere kan tillates i konsernforhold, men også når det gjelder erstatningsansvar overfor tredjepersoner. Videre indikerer den at kreditorer som har hatt muligheten til å vurdere selskapets stilling i begrenset grad fortjener vern. Hensynene bak en ansvarsgjennombruddsregel må tillegges vekt når man vurderer hvilket vern kreditor fortjener, og hensynene omhandler først og fremst de tilfeller der situasjonen fremstår som utilbørlig for kreditor.

I tillegg viser uttalelsen at ansvarsgjennombrudd vil være særlig aktuelt ved miljøskader. I Rt. 2010 s. 306 (se punkt 4.1.6) ble morselskapet ansvarlig for datterselskapets miljøskader gjennom en tolkning av forurensningsloven § 51. Høyesterett gikk dermed veien utenom en ansvarsgjennombruddsvurdering. Retten la ved lovtolkningen avgjørende vekt på de reelle hensyn og lovgivers vilje med tanke på hvor ansvar for miljøskader skal plasseres. Selv om avgjørelsen ikke direkte bygger på ansvarsgjennombrudd, illustrerer den både lovgivers og domstolenes intensjon om at man ikke skal kunne gjemme seg bak ansvarsbegrensningen når det gjelder miljøskader, og det er overførbart til ansvarsgjennombruddsvurderingen. Det er gode grunner som

²¹⁴ Ot.prp.nr. 23 (1996-97) s.117

taler for å kunne pålegge aksjeeiere ansvar for selskapets miljøskader. En slik regel kan påvirke selskapene til å drive miljømessig forsvarlig, og i tillegg gi eierne en grunn til å sørge for at selskapet følger opp de miljømessige forpliktelsene.

5.4 Forskjellige typer eiere

Vilkårene for ansvarsgjennombrudd er de samme uavhengig av om eieren er en fysisk person eller et selskap. De samme momentene er sentrale i begge tilfellene.

Lagmannsretten bemerket at ”de hensyn som ligger til grunn for en regel om ansvarsgjennombrudd ikke kan være begrenset til konsernforhold, men også må kunne anvendes hvor det er spørsmål om ansvarsgjennombrudd overfor en privat aksjonær.”²¹⁵

Rent praktisk vil den typiske situasjonen hvor ansvarsgjennombrudd kan bli aktuelt være der et økonomisk solid morselskap skiller ut den risikofylte delen av virksomheten sin i et heleid datterselskap (som var tilfellet i Minnor), og at datterselskapet er underkapitalisert i forhold til den risiko virksomheten medfører.²¹⁶

Det er heller ingen forskjell i vilkårene for AS og ASA. De samme momentene er relevante for begge selskapsformene. I Tyskland er de lovfestede reglene forskjellige avhengig av hva slags type selskaper som er innblandet, men det er ingen grunn til å anta at det samme er tilfellet i Norge. Riktignok kan momentene muligens bli oppfylt lettere når det er snakk om et AS fordi det blant annet kan være lettere å fastslå dominerende rådighet over et AS enn et ASA.

5.5 Virkningene av ansvarsgjennombrudd

Ved ansvarsgjennombrudd hefter aksjeeieren ubegrenset og personlig for selskapets forpliktelse. Beneficium ordinis innebærer at kreditoren først må søke sitt krav dekket av selskapet, og eventuelt deretter rette kravet mot eieren. Jeg kan ikke se at det skal gjelde noen regel om beneficium ordinis mellom selskapet og aksjeeieren.

Hovedregelen er at kreditor selv kan velge hvem av debitorerne i et

²¹⁵ RG 2007 s.411 (Gulating)

²¹⁶ Aarum (1994) s.38

solidarskyldnerforhold han vil holde ansvarlig.²¹⁷ Det kan ikke være grunn til å fravike denne regelen i ansvarsgjennombruddstilfellene. Ansvarsgjennombrudd innebærer at eierens ansvar blir likestilt med selskapets ansvar, og det tilsvarer et solidarskyldnerforhold.

I vanlig erstatningsrett må den skadelidte påvise et økonomisk tap som er en følge av de erstatningsbetingende forhold. Det er dette økonomiske tapet som eventuelt vil bli dekket. Hvis ansvar derimot blir fastslått etter ansvarsgjennombrudd, kan beregningen av forpliktelsens omfang slå annerledes ut. Ved ansvarsgjennombrudd hefter nemlig eierne fullt ut overfor kreditorene for selskapets forpliktelser, uavhengig av om kreditorene kan påvise en sammenheng mellom ansvaret og et økonomisk tap.²¹⁸ Hvis forpliktelsen er reell hefter eierne for den. Dermed er det i teorien mulig for kreditorene å få større dekning gjennom ansvarsgjennombrudd enn gjennom erstatning, følgelig vil også forpliktelsene for den ansvarlige bli tilsvarende større. Ved ansvarsgjennombrudd kan det heller ikke foretas en lempning av ansvaret etter vanlige lempningsprinsipper, men kreditors forhold kan ha virkning, jfr. punkt 5.3. Dersom aksjonærene blir sidestilt med selskapet kan de også gjøre gjeldende de innsigelser selskapet eventuelt har mot kreditoren, som foreldelse, passivitet, medvirkning, aksept av risiko, mangler og forsinkelse.²¹⁹

5.6 Indirekte og dobbelt ansvarsgjennombrudd

Indirekte ansvarsgjennombrudd innebærer at eierens fordringer mot selskapet tvungent står tilbake for kreditorenes fordringer i selskapets konkursbo. Dermed økes kreditorenes dividende på bekostning av eieren. Dette vil først og fremst være aktuelt mellom mor- og datterselskaper, og er selvfølgelig avhengig av at selskapet har gjort seg til kreditor for eieren. Da ansvarsgjennombrudd ble drøftet ved det 30. nordiske juristmøtet ble det fremholdt at det finnes et behov for en slik regel i de nordiske landene, men det ser ikke ut til å ha blitt fulgt opp.²²⁰

²¹⁷ Hagstrøm (2003) s.104

²¹⁸ Aarum (1994) s.38-39

²¹⁹ Asmundsson (1995) s.282

²²⁰ Grønberg (1984) s.178-180

I et mor-/datterforhold kan en tenke seg en situasjon hvor både datterselskapet og morselskapet går konkurs. Da innebærer ansvarsgjennombrudd mot morselskapet fra datterselskapets kreditorer ingen dekningsmulighet for kreditor. Et spørsmål er da om man kan bryte gjennom både datterselskapet og morselskapet, og søke dekning hos morselskapets aksjonærer, såkalt dobbelt ansvarsgjennombrudd. Dette spørsmålet ser ikke ut til å ha blitt drøftet verken i teori eller praksis.

5.7 Oppsummering

Det er klart at hensynet til kreditorene veier tungt i den skjønsmessige helhetsvurderingen. En slik helhetsvurdering vil være vanskelig, og alle vilkårene må ikke nødvendigvis være oppfylt for at det skal bli ansvarsgjennombrudd. Siden alle vilkårene var oppfylt i lagmannsrettssaken kan den oppsummeringsvis tjene som en god illustrasjon av regelens innhold: Selskapet var *underfinansiert*, fordi det måtte ha kontinuerlige tilskudd fra eieren for å kunne opprettholdes. Det var *økonomisk ubalanse* mellom de to fordi eieren høstet alle fordelene, mens selskapet satt med alle ulempene. Selskapet ble indirekte *tappet* fordi eieren overførte en rettighet til selskapet som i realiteten innebar at det overtok eierens kreditor. Som eneeier, styreleder og daglig leder hadde han både reell og formell *dominerende rådighet* over selskapet. Det *formelle skillet* mellom eier og selskap var ikke gjennomført, fordi rettigheter ble overført mellom dem ettersom det passet seg, og eieren skilte ikke nevneverdig mellom sin egen og selskapets økonomi. Helheten i denne fremgangsmåten ble ansett for å være klart *utilbørlig* overfor kreditor, samtidig som *sammenblandingen* var så stor at den formelle ansvarsbegrensningen ikke fortjente vern. Tingretten, som lagmannsretten sluttet seg til, la vekt på at sakskomplekset var så ”atypisk og ekstraordinært”²²¹ at ansvarsgjennombrudd fremstod som begrunnet.

Ansvarsgjennombrudd vil måtte vurderes opp mot de hensyn som ligger til grunn for utgangspunktet om ansvarsfrihet. Lagmannsretten uttalte at ”sterke rimelighetshensyn” tilsier at eieren holdes personlig ansvarlig, og det er mye som tyder på at det var det avgjørende momentet i helhetsvurderingen. Tingretten fremholdt også at saksforholdet

²²¹ Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s.8

innebar et misbruk av ansvarsbegrensningen, og at rimelighetshensyn underbygget at ”denne utilbørlige bruk av aksjeselskapsformen ikke bør beskyttes”.²²²

Det har blitt fremholdt at ansvarsgjennombrudd bare bør oppstilles som en sikkerhetsventil mot misbruk av selskapsformen,²²³ og det rimer godt både med resultatet i lagmannsrettsdommen og med domspremissene i praksisen fra Høyesterett.

6 Konklusjon

Oppgavens problemstilling var om det er grunnlag for å oppstille en generell regel om ansvarsgjennombrudd i Norge, og hva en slik regel eventuelt ville inneholde. Gjennomgangen av de ulike rettskildene viser at ansvarsgjennombrudd er en realitet i norsk rett. Gjennomgangen viser også at en generell regel om ansvarsgjennombrudd både har og vil ha et svært smalt anvendelsesområde og være en snever unntaksregel, men at reelle hensyn tilsier at det er en nødvendig sikkerhetsventil. De nye foreslåtte reglene om nedsettelse av det lovfestede egenkapitalkravet vil neppe medføre et større behov for å benytte en slik sikkerhetsventil. Når det gjelder regelens innhold er det klart at momentene i punkt 5.1 og 5.2 alltid må vurderes, men at det er en helhetlig rimelighetsvurdering som vil være avgjørende. Så lenge ansvarsgjennombrudd oppstilles under disse smale rammene kan jeg ikke se at det vil føre til en for stor utvanning av ansvarsbegrensningen i aksjeselskapsretten.

²²² Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, s.8

²²³ Asmundsson (1995) s.277

7 Litteraturliste

af Schultén, Gerhard *Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott)* I: Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet, Del 1. Oslo, 1984.

af Schultén, Gerhard *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)* I: Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet, Del 2. Oslo, 1984.

Allen, William T og Reinier Krakman, Guhan Subramanian *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*. 2. utg. Aspen Publishers, 2007.

Andenæs, Mads H. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998.

Andenæs, Mads H. *Aksjeselskapsrett*. 2. utg. Oslo, 1992.

Andenæs, Mads H. *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)* I: Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet, Del 2. Oslo, 1984.

Andenæs, Mads H. *Selskapsrett*. Oslo, 2007

Anners, Erik *Den Europeiske Rettens Historie*. Oslo, 1983.

Asmundsson, Steffen og Gustavsson, Geir *Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd*. I: Jussens Venner, hefte 4. Oslo, 1995.

Clausen, Nis Jul *Faktiske forhold af betydning ved anvendelse af "Piercing the corporate veil"-doktrinen i U.S.A.*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1987 s. 955-973.

Grønberg, Jørgen *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)* I: Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet, Del 2. Oslo, 1984.

Grønland, Karl-Anders *Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelser – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og 29. mai 1996*. I: Tidsskrift for forretningsjus 1996 nr. 3 s. 101 (TFR-1996-3-101). (Sitert fra Lovdata)

Hagstrøm, Viggo *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1993 s. 250 (TFR-1993-250). (Sitert fra Lovdata)

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke*. Oslo, 2003.

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 2. Utg. Oslo, 2011.

Lescher, Rupert *Piercing the Corporate Veil in England and Wales*. Salzburg, 1998.
<http://law.wustl.edu/Library/cdroms/IBL/Pierce/W22Les.htm> [sitert 14.09.2011].

Normann, Kristin *Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2)*. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder. Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år. Oslo, 2010.

Ramsay, Ian M. og David B. Noakes *Piercing the Corporate Veil in Australia*. I: (2001) 19 Company and Securities Law Journal 250-271.
http://cclsr.law.unimelb.edu.au/files/Piercing_the_Corporate_Veil.pdf [sitert 03.11.2011]

Sæbø, Rune *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold*. I: Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard s. 199 (FEST-2002-nn-199), 2002. (Sitert fra Lovdata)

Thompson, Robert B *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*. I: Cornell Law Review 76: 1036-1074, 1991. (Sitert fra lexisnexis.com)

Werlauff, Erik *Selskabsmasken – lojalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*. København, 1991.

Werlauff, Erik *Selskabsret*. 7. Utg. København, 2008.

Woxholth, Geir *Selskapsrett*. 1. utg. Oslo, 2004.

Aarum, Kristin Normann *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. 1. utg. Oslo, 1994.

NORSKE LOVER

1969 Lov om skadeserstatning (Skadeserstatningsloven) av 13.06.1969 nr. 26

1976 Lov om aksjeselskaper av 04.06.1976 nr. 59 (opphevet)

1981 Lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) av
13.03.1981 nr. 6

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (Dekningsloven) av 08.06.1984 nr. 59

1989 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
(Finansieringsvirksomhetsloven) av 10.06.1988 nr. 40

1997 Lov om aksjeselskaper (Aksjeloven) av 13.06.1997 nr. 44

1997 Lov om allmennaksjeselskaper (Allmennaksjeloven) av 13.06.1997 nr. 45

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17.06.2005 nr. 90

NORSKE FORARBEIDER

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

Ot. Prp. Nr. 33 (1988-89) Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 om vern mot forurensninger og om avfall mv. (Erstatningsansvar ved forurensningsskade)

Ot. Prp. Nr. 23 (1996-97) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Prop. 148 L (2010-11) Endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.)

NORSK RETTSPRAKSIS

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1937 s. 21

Rt. 1937 s. 600

Rt. 1970 s. 871

Rt. 1979 s. 81

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1993 s. 20

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1996 s. 742

HR-2007-154-U

Rt. 2010 s. 306

LF-2002-197 (Frostating)

LB-2005-123427 (Borgarting)

RG. 2007 s. 411 (Gulating)

Stavanger Tingretts dom av 05.12.2005, referanse: TSTAV-2005-86998

UTENLANDSKE FORARBEIDER OG DOMMER

Sverige: Lagradsremiss 6. maj 2004: Ny aktiebolagslag

USA: Fisser v International Bank 228 F 2d. 231 (2 CCA 1960)

UK: Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd (No 1) [1991] All ER 769

