

Ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene i aksjeselskap som følge av underkapitalisering

*Med fokus på grunnlaget og behovet for en slik
regel i norsk aksjeselskapsrett*

Kandidatnummer: 53

Antall ord: 14950



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. mai 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Tema og rettslig kontekst	4
1.2 Oppgavens problemstilling og videre fremdrift.....	5
1.3 Begrepsavklaringer	6
1.3.1 Begrepet “ansvarsgjennombrudd”	6
1.3.2 Begrepet «underkapitalisering»	6
1.3.3 Frivillig og ufrivillig kreditorer	7
1.4 Temaets aktualitet	7
1.4.1 Oppgavens bidrag	8
1.5 Metodiske utgangspunkter	8
1.5.1 Regeldanning på lovtomt område	8
1.5.2 Den rettslige betydningen av lagmannsrettsdommer og juridisk teori	9
2 Ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag i norsk rett	10
2.1 Innledning	10
2.2 Uttalelser fra lovgiver i forarbeidene	10
2.3 Rettspraksis fra Høyesterett.....	11
2.3.1 Rt. 1996 s. 672 (A), Kongeparken	11
2.3.2 Rt. 1996 s. 742 (A), Minnor	12
2.3.3 Rt. 2010 s. 306 (A), Hempel	13
2.3.4 Sammenfatning	14
2.4 Underrettspraksis om ansvarsgjennombrudd.....	14
2.5 Juridisk teori.....	16
2.6 Sammenfatning og konklusjon	19
3 Det praktiske behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd	20
4 Vurderingstemaet i en regel om ansvarsgjennombrudd	23
4.1 Innledende bemerkninger	23
4.2 Utilbørighetsterskelen	23
4.3 Momenter i utilbørighetsvurderingen.....	24
4.3.1 Sammenblanding	24
4.3.2 Dominerende rådighet.....	25
4.3.3 Illojal tapping av selskapets midler	26
5 Underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd	27
5.1 Innledende bemerkninger	27
5.2 Vurderingstemaet for underkapitalisering	27
5.2.1 Underkapitalisering sett i lys av kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4	29
5.3 Underkapitalisering i Høyesterettspraksis	33
5.3.1 Rt. 1996 s. 672, Kongeparken	33
5.3.2 1979 s. 81, NBBL	34
5.3.3 Rt. 1991 s. 119, Normount Africa Line	35
5.3.4 HR-2016-1440-A, Håheller	36
5.4 Typetilfeller for underkapitalisering	37

5.5	<i>Terskelen for utilbørlig underkapitalisering</i>	40
5.5.1	Kan underkapitalisering alene føre til ansvarsgjennombrudd?.....	44
5.6	<i>Det praktiske behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering</i>	45
6	Avsluttende refleksjoner	48
	Kilderegister	49

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig kontekst

Oppgavens tema er hvorvidt det er grunnlag i norsk selskapsrett for ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene i et aksjeselskap, med fokus på tilfeller der selskapet er underkapitalisert. Ansvarsgjennombrudd vil si at man ser bort fra det alminnelige prinsippet om begrenset ansvar for aksjonærene som følger av aksjeloven § 1-2, slik at kreditorene kan rette sine krav direkte mot aksjonærene.

For å redegjøre for en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd er det nødvendig å først se hen til den rettslige sammenhengen en slik regel vil inngå i. Et aksjeselskap regnes som et selvstendig rettssubjekt – også kalt en juridisk person.¹ Statusen som selvstendig rettssubjekt innebærer at selskapet blir et subjekt for rettigheter, plikter og kompetanser, slik at det for eksempel kan være part i søksmål, inngå kontrakter og pålegges å skatte.² Videre kjennetegnes et aksjeselskap av at deltakerne har begrenset sitt ansvar til det beløpet som den aktuelle deltakeren har skutt inn i selskapet.³

Fordelen med å drive næringsvirksomhet gjennom aksjeselskap er at deltakerne ved å kjøpe aksjer i aksjeselskapet skyter inn kapital i selskapet, uten at de risikerer å tape annet enn den innskutte kapitalen.⁴ Ansvarsbegrensningen er lovfestet i aksjeselskapsloven § 1-2 første ledd, som slår fast at aksjonærene ikke «hefter (...) overfor kreditorene for selskapets forpliktelser».

Selv om utgangspunktet er prinsippet om begrenset og indirekte ansvar, påpekes det i forarbeidene at ansvarsbegrensningen ikke er til hinder for at aksjonærene blir direkte ansvarlig på andre grunnlag.⁵ Det kan for eksempel være avtalt et personlig ansvar ved at aksjonæren skal være kausjonist eller garantist for selskapet.⁶ Dersom aksjonæren kun har påtatt seg et alminnelig begrenset ansvar, er ansvarsbegrensningen heller ikke til hinder for at aksjonæren kan holdes ansvarlig på erstatningsrettslig grunnlag dersom han ved uaktsomhet har påført selskapets kreditorer tap, noe som følger av aksjeloven § 17-1. Forarbeidene og

¹ Se for eksempel Woxholth (2014) s. 80 og Bråthen (2019) s. 21.

² Woxholth (2014) s. 79.

³ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven – asl.) § 1-1 nr. 2. Se også Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

⁴ Woxholth (2014) s. 25 og Andenæs (2016) s. 36.

⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 128 og NOU 1996:3 s. 101.

⁶ NOU 1996:3 s. 101. Tilsvarende i Woxholth (2014) s. 36-37.

juridisk teori har videre også lagt til grunn at ansvarsbegrensningen heller ikke er til hinder for at aksjonærene holdes ansvarlig etter en eventuell ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd,⁷ som er temaet for denne oppgaven. Dette ansvarsgrunnlaget er omdiskutert, ettersom Høyesterett i Rt. 1996 s. 672, Kongarken og Rt. 1996 s. 742, Minnor uttalte seg om innholdet i en slik regel, uten å ta stilling til grunnlaget siden vilkårene uansett ikke var innfridd.

1.2 Oppgavens problemstilling og videre fremdrift

Oppgavens hovedproblemstilling er hva som er innholdet i en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene som en følge av underkapitalisering av aksjeselskapet fra aksjonærenes side.

For å kunne svare på denne overordnede problemstillingen er det hensiktsmessig å dele opp oppgaven i flere underproblemstillinger. Det første spørsmålet som reiser seg, er hvorvidt det i det hele tatt er grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Dette spørsmålet er omdiskutert ettersom det ikke finnes noen autoritative kilder som slår fast dette klart.⁸ Dette spørsmålet vil behandles i oppgavens kapittel 2.

En av innvendingene mot en regel om ansvarsgjennombrudd har vært at det ikke er behov for en slik regel ved siden av alternative regelsett. Dette vil adresseres i oppgavens kapittel 3.

Det neste spørsmålet er hva som vil være innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd, noe vil behandles i kapittel 4.

Oppgaven er videre spisset inn mot tilfellene hvor det er aktuelt med ansvarsgjennombrudd som følge av at selskapet har vært underkapitalisert fra aksjonærenes side. Innholdet i en slik regel vil redegjøres og drøftes i kapittel 5, hvor momentet knyttet til underkapitalisering vil sees i sammenheng med den lovfestede regelen til forsvarlig egenkapital og likviditet i aksjeloven § 3-4, samt rettspraksis fra Høyesterett hvor underkapitalisering har vært aktuelt.

Avslutningsvis i kapittel 5 vil oppgaven kommentere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd som en følge av underkapitalisering ved siden av den alternative

⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 128 og NOU 1996:3 s. 101. Tilsvarende i Woxholth (2014) s. 65 og Aarbakke m.fl. (2012) s. 89.

⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

regelen om erstatningsansvar i asl. § 17-1 sammenholdt med § 3-4. Dette vil sees i lys av Høyesteretts nylige dom i HR-2016-1440-A, Håheller, hvor spørsmålet om underkapitalisering ble løst etter aksjelovens erstatningsregel i § 17-1.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Begrepet “ansvarsgjennombrudd”

Ansvarsgjennombrudd vil i denne oppgaven forstås som at man gjør unntak fra den grunnleggende ansvarsbegrensningen i aksjeloven § 1-2 første ledd, slik at kreditorene kan rette sine krav direkte mot en eller flere aksjonærer i selskapet.⁹ I juridisk teori har virkningen av ansvarsgjennombrudd blitt beskrevet som at ansvarsbegrensningen blir opphevet overfor en bestemt aksjonær for en bestemt kreditors krav.¹⁰ Konsekvensen av dette er at kreditorene må rette krav om ansvarsgjennombrudd mot hver enkelt aksjonær som de ønsker å holde ansvarlig.

I juridisk teori har det også blitt sondret mellom ansvarsgjennombrudd i vid og snever forstand.¹¹ Ansvarsgjennombrudd i vid forstand omfatter alle former for aksjonæransvar uansett hvilket grunnlag dette bygger på. Dette kan for eksempel være ansvar som følge av kontraktsforhold eller erstatningsansvar etter asl. § 17-1. Ansvarsgjennombrudd i snever forstand referer derimot til et eget selvstendig grunnlag der det finnes egne vilkår for å oppheve ansvarsbegrensningen for et gitt krav overfor en gitt aksjonær.¹² Det er sistnevnte snevre forståelse av begrepet som vil legges til grunn i denne oppgaven.

1.3.2 Begrepet «underkapitalisering»

Oppgavens hovedproblemstilling knytter seg til innholdet av en regel om ansvarsgjennombrudd grunnet underkapitalisering av selskapet fra aksjonærenes side. Underkapitalisering har blitt sett på som et innholdsmessig moment i en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd.¹³ I rettspraksis har underkapitalisering blitt forstått som et spørsmål om

⁹ Denne forståelsen er i tråd med uttalelser i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 118. Tilsvarende i Nåmdal (2008) s. 71.

¹⁰ Nåmdal (2008) s. 70 påpeker at de andre aksjonærer i selskapet fortsatt vil være vernet av ansvarsbegrensningen. Tilsvarende i Andenæs (2016) s. 40.

¹¹ Se Nåmdal (2008) s. 72 med videre henvisninger og Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel I, del 3, avsnitt 4-9.

¹² Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel I, del 3, avsnitt 4-9.

¹³ Jf. for eksempel Rt. 1996 s. 672 på s. 680. I juridisk teori har Hagstrøm (2011) s. 103 påpekt at underkapitalisering vil være det «klassiske tilfellet av ansvarsgjennombrudd».

hvorvidt «egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt», mens forarbeidene beskriver momentet som at selskapet drives «uten tilstrekkelig kapital».¹⁴

Dette vil være tilfellet der aksjeselskapet drives med for lite egenkapital sett opp mot den økonomiske virksomheten og risikoen som selskapet har påtatt seg.¹⁵ I forarbeidene brukes noen ganger ordet «underfinansiering», uten at meningsinnholdet er noe annerledes.¹⁶ Oppgaven vil drøfte underkapitalisering og behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd basert på dette momentet i kapittel 5.

1.3.3 Frivillig og ufrivillig kreditorer

I både forarbeidene og juridisk teori som behandler ansvarsgjennombrudd sondres det mellom såkalte frivillige og ufrivillige kreditorer.¹⁷ Mens en frivillig kreditor er en kontraktskreditor som har inngått et avtalerettslig forhold med aksjeselskapet og således akseptert ansvarsbegrensningen og de økonomiske forutsetningene selskapet har på forhånd, vil en ufrivillig kreditor ikke ha hatt muligheten til dette. Typiske eksempler på ufrivillige kreditorer er erstatningskreditorer eller en arbeidstaker. Tanken er at ansvarsgjennombrudd er mer aktuelt for den sistnevnte gruppen, noe som baseres på aksept av risiko-betraktninger.¹⁸ Betydningen av kreditortypen vil særlig trekkes inn i oppgavens kapittel 5.5 knyttet til terskelen for utilbørlig underkapitalisering.

1.4 Temaets aktualitet

I Rt. 1996 s. 672, Kongeparken og Rt. 1996 s. 742, Minnor, behandlet Høyesterett innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd, uten å ta stilling til det prinsipielle grunnlaget for en slik regel siden vilkårene uansett ikke ville vært oppfylt.¹⁹ Etter dommene har grunnlaget for ansvarsgjennombrudd blitt behandlet flere ganger i både i underrettspraksis og i juridisk teori.²⁰ Problemstillingen kan fortsatt ikke sees på som endelig avklart i norsk rett. Så sent som i desember 2019 ble det avsagt en dom hvor Eidsivating lagmannsrett behandlet en

¹⁴ Se henholdsvis Rt. 1996 s. 672 på s. 680 og Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

¹⁵ Hagstrøm (2011) s. 103.

¹⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 89 og Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 124. Se også Hagstrøm (2011) s. 105; Bugge (1999) s. 604-606 og Nåmdal (2008) s. 360.

¹⁸ Hagstrøm (2011) s. 105.

¹⁹ Dommene gjennomgås i kapittel 2.3.

²⁰ Et søk på lovdata.no viser at ansvarsgjennombrudd har blitt anført og/eller behandlet av lagmannsretten i 58 saker siden 1996.

anførsel om ansvarsgjennombrudd, og hvor det ble uttalt at hvilke krav som stilles til en slik regel om ansvarsgjennombrudd er uklart.²¹

1.4.1 Oppgavens bidrag

Kildeomfanget knyttet til temaet ansvarsgjennombrudd er stort, og det har også blitt skrevet mastergradsavhandlinger om emnet.²² Underkapitalisering av selskapet kan sies å stå i kjernen av en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd,²³ og har derfor også vært tema i avhandlinger om emnet tidligere. Oppgaven vil imidlertid forsøke å gå dypere inn i en vurdering av hvilke tilfeller et selskap faktisk kan sies å være underkapitalisert, sett i lys av aksjelovens krav i § 3-4 om forsvarlig egenkapital og likviditet. Dette på bakgrunn av at underkapitalisering ofte slås fast som et relevant moment i vurdering av ansvarsgjennombrudd uten at det går spesielt grundig inn i noen vurdering av hva underkapitalisering faktisk er og hvor grensen for forsvarlig selskapskapital går.

Oppgaven vil også komme med betraktninger knyttet til hvordan underkapitalisering av selskapet som grunnlag for ansvarsgjennombrudd står seg opp mot alternative regelsett som erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1 sett i sammenheng med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4. Dette vil være særlig aktuelt i lys av HR-2016-1440-A, Håheller. Det vil knyttes kritiske bemerkninger til hvorvidt det er behov for en slik regel ved siden av de erstatningsrettslige reglene i aksjeselskapsloven som er ment å motvirke slik underkapitalisering.

1.5 Metodiske utgangspunkter

Oppgavens analyse av grunnlaget for og innholdet i en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering vil være rettsdogmatiske ved at rettskildene brukes til å utpense rettsgrunnlaget etter gjeldende rett.²⁴ I kapittel 5.6 vil det derimot også foretas mer rettspolitiske vurderinger knyttet til behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering ved siden av alternative regelsett.

1.5.1 Regeldanning på lovtomt område

²¹ Se LE-2018-187036.

²² Se for eksempel Syvertsen (2012) som behandler underkapitalisering på s. 34–54.

²³ Jf. Hagstrøm (2011) s. 103.

²⁴ Nygaard (2004) s. 299.

Som nevnt i del 1.1 finnes det ingen lovregel som uttrykkelig slår fast at det er grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Oppgaven vil derfor undersøke om en slik regel kan hjemles i ulovfestet rett.²⁵ Bruk av ulovfestet rett er imidlertid betinget av at lovgivers taushet ikke tilsier et negativt standpunkt på rettsspørsmålet.²⁶ Lovgivers lovfesting av ansvarsbegrensningen i aksjeloven § 1-2, kan i dette tilfellet ikke sees på som et negativt standpunkt til en regel om ansvarsgjennombrudd. Dette siden forarbeidene klart påpeker at aksjonærene kan holdes direkte ansvarlig på andre grunnlag, hvor ansvarsgjennombrudd eksplisitt nevnes som eksempel.²⁷ Spørsmålet er derfor om rettskildematerialet gir tilstrekkelig grunnlag for å danne en regel om ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag.²⁸ Dette vil behandles i oppgavens kapittel 2.

1.5.2 Den rettslige betydningen av lagmannsrettsdommer og juridisk teori

Det spesielle knyttet til rettskildebildet ved en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd, er at Høyesterett i Rt. 1996 s. 672, Kongeparken og Rt. 1996 s. 742, Minnor vurderte innholdet i en slik eventuell regel uten å ta stilling til grunnlaget. Etter at dommene ble avsagt har det blitt anført og prosedert på ansvarsgjennombrudd i underrettene en rekke ganger. Også i juridisk teori har spørsmålet om regelens grunnlag blitt behandlet grundig. Siden Høyesterett ikke endelig har avklart spørsmålet, vil disse rettskildene være av interesse.

Lagmannsrettspraksis har imidlertid ikke samme rettskildevekt som dommer avsagt av Høyesterett ettersom disse ikke vil ha prejudikatsvirkning. Likevel kan lagmannsrettspraksis tillegges argumentasjonsverdi der det er snakk om en «fast, langvarig og ensartet praksis».²⁹ Tilsvarende kan juridisk teori kunne gi bidrag til grunnlaget for en regel om ansvarsgjennombrudd der denne bygger på en fast rettsoppfatning.³⁰

²⁵ Monsen (2012) s. 82 avs. 38.

²⁶ Monsen (2012) s. 83 avs. 39 og Nygaard (2004) på s. 254-255.

²⁷ Se Ot.prp. nr. 23. (1996-1997) s. 128 og NOU 1996:3 s. 101.

²⁸ Monsen (2012) s. 84 avs. 44 og s. 85 avs. 47 punkt 4.

²⁹ Monsen (2012) s. 82 avs. 38. Tilsvarende i Nygaard (2004) s. 210 og Skoghøy (2002) s. 326-327.

³⁰ Nygaard (2004) s. 105 og Monsen (2012) s. 41 avs. 57.

2 Ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag i norsk rett

2.1 Innledning

Problemstillingen i denne delen av oppgaven er hvorvidt det finnes rettskilder som kan danne primært rettsgrunnlag for en selskapsrettslig regel om ansvarsgjennombrudd. Av mangel på lovregulering, må dette eventuelt baseres på ulovfestet rett. Primært rettsgrunnlag for en slik ulovfestet regel vil kunne være både uttalelser fra lovgiver i forarbeidene, rettspraksis, rettsoppfatninger i juridisk teori og reelle hensyn.³¹

2.2 Uttalelser fra lovgiver i forarbeidene

Lovgiver behandlet spørsmålet om en regel om ansvarsgjennombrudd i forarbeidene til aksjeloven av 1997. I NOU 1992:29 ble det uttalt at man ikke kunne avvise ansvarsgjennombrudd i norsk rett, men at det kreves et «særlig grunnlag» for et slikt ansvar hvor hensynet til kreditorene må gå foran etter en samlet vurdering.³² Det ble videre presisert at ansvarsgjennombrudd må være en snever unntaksregel, og at ansvar kun vil være hjemlet i tilfeller hvor det vil være «utilbørlig eller klart urimelig» at ansvarsbegrensningen står seg overfor kreditorene.³³ Siden adgangen til ansvarsgjennombrudd bygget på skjønnsmessige og usikre kriterier, ble spørsmålet om adgangen til å statuere slikt ansvar overlatt til rettspraksis.³⁴

Også i Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) påpekes det «at domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov», og at dette ville være aktuelt ved sammenblanding og underkapitalisering.³⁵ Videre ble det også påpekt at ansvarsgjennombrudd vil være mer aktuelt der aksjonæren er et morselskap i et konsern, og der det er snakk om ufrivillige kreditorer knyttet til for eksempel miljøskade og erstatning.³⁶ Også her konkluderte

³¹ Nygaard (2004) s. 103-104 og Nämndal (2008) s. 120.

³² Se NOU 1992:20 s. 44.

³³ NOU 1992:20 s. 44.

³⁴ NOU 1992:20 s. 44-45. Dette ble senere fulgt opp i Ot.prp. nr. 36 (1993-1994), s. 89.

³⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997), s. 117.

³⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

departementet med at problemstillingene knyttet til ansvarsgjennombrudd ville løses best gjennom juridisk teori og rettspraksis.³⁷

I Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) ble det drøftet om en begrenset regel om ansvarsgjennombrudd for miljøskade skulle innføres. Uttalelsene må sees på som etterarbeid, og vil derfor ikke ha den samme rettskildemessige vekten som de siterte forarbeidene. Etterarbeider kan imidlertid ha argumentasjonsverdi knyttet til regelens grunnlag.³⁸ Departementet konkluderte også i denne omgang med at problemstillingene knyttet til ansvarsgjennombrudd best ville løses i praksis, siden spørsmålet måtte vurderes konkret i de aktuelle tilfellene.³⁹ Likevel ble presisert at spørsmålet om ansvarsgjennombrudd burde reserveres til miljøskader og erstatning til tredjepersoner og at en slik regel vil være mindre aktuell i et alminnelig kontraktsforhold med mindre medkontrahenten er ført bak lyset.⁴⁰

Forarbeidene kan samlet sett tas til inntekt for at det kan åpnes for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Siden forarbeidene ikke tar prinsipielt stilling til regelens grunnlag, kan de derimot ikke alene kunne utgjøre det primære rettsgrunnlaget for en slik regel.

2.3 Rettspraksis fra Høyesterett

Det er særlig dommer fra Høyesterett som kan danne primært rettsgrunnlag for en regel på ulovfestet grunnlag.⁴¹ De sentrale Høyesterettsdommene for en slik regel vil være Rt. 1996 s. 672 Kongeparken og Rt. 1996 s. 742 Minnor, siden Høyesterett behandlet ansvarsgjennombrudd som et selvstendig grunnlag for å oppheve ansvarsbegrensningen overfor aksjonærene.⁴²

2.3.1 Rt. 1996 s. 672 (A), Kongeparken

Ansvarsgjennombrudd som selvstendig rettsgrunnlag kom for første gang på spissen i Kongepark-dommen i Rt. 1996 s. 672, hvor det ble prosedert alene på dette ansvarsgrunnlaget. Saken gjaldt morselskapet Park Holding AS som drev fornøyelsesparken Kongeparken gjennom det heleide datterselskapet Kongeparken AS. Datterselskapet gikk

³⁷ Dette ble senere fulgt opp i Innst. O. nr. 80 (1996–1997) s. 29.

³⁸ Nygaard (2004) s. 202-205.

³⁹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 124.

⁴⁰ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 125.

⁴¹ Se Monsen (2012) s. 87 avs. 58 og Nygaard (2004) s. 257.

⁴² Se den snevre definisjonen av ansvarsgjennombrudd i kapittel 1.3.2.

konkurs i 1991, og kreditorene fikk ingen dividende. Kreditorene reiste derfor krav om ansvarsgjennombrudd på grunnlag av at Park Holding AS kun hadde brukt Kongeparken AS for å drive risikofylt virksomhet og siden det reelt sett var Park Holding AS som stod for driften av parken.⁴³

I vurderingen av ansvarsgjennombrudd viste førstvoterende til at det generelt sett skal mye til for å skjære igjennom ansvarsbegrensningen, før det ble påpekt at dette også må gjelde for en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd.⁴⁴ Det ble så gitt en sentral uttalelse om innholdet i en slik eventuell regel:

*«Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må – slik jeg ser det – i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering».*⁴⁵

I den konkrete vurderingen ble det påpekt at det ikke kunne begrunne ansvarsgjennombrudd i seg selv at det forelå en ordning med eierselskap og driftsselskap, ettersom dette var en ordinær måte å organisere virksomhet på. Videre anså Høyesterett at det ikke forelå noen ubalanse mellom forpliktelsene selskapene hadde påtatt seg, og at Kongeparken AS ikke kunne regnes som underkapitalisert. Det ble heller ikke ansett å foreligge noen sammenblanding mellom de to selskapene, siden Kongeparken AS hadde blitt behandlet som et selvstendig selskap med selvstendige regnskap.⁴⁶ Høyesterett konkluderte derfor med at man hadde opprettholdt det formelle skillet mellom selskapene, og at det derfor klart ikke var grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

2.3.2 Rt. 1996 s. 742 (A), Minnor

Senere samme år ble Rt. 1996 s. 742, Minnor avsagt. Dommen gjaldt et ansvar mot styremedlemmer og eierselskapene i Minnor AS, etter at dette selskapet hadde gått konkurs i

⁴³ Rt. 1996 s. 672 s. 674-675.

⁴⁴ Rt. 1996 s. 672 s. 678.

⁴⁵ Rt. 1996 s. 672 s. 678-679. Min utheving.

⁴⁶ Se Høyesteretts vurdering i dommen på s. 679-681.

1988. Kravene bygget på at kreditorene mente de ikke hadde fått riktige opplysninger i forbindelse med finansieringen de hadde gitt for oppføring av anleggene i produksjonen.⁴⁷

I vurderingen av ansvarsgjennombrudd viste førstvoterende til vurderingstemaet fra Kongeparken. Også i dette tilfellet kom førstvoterende til at det ikke var «nødvendig å ta stilling til om norsk rett inneholder en regel om ansvarsgjennombrudd, da de vilkår som i tilfelle måtte oppstilles, ikke foreligger».⁴⁸

Dette ble begrunnet med at det ikke var noe eksepsjonelt i at en aksjonær vil begrense sitt ansvar gjennom ansvarsbegrensningen der det er snakk om risikofylte virksomheter, og at aksjonærenes fulle kontroll over selskapet ikke i seg selv kunne begrunne ansvarsgjennombrudd. Videre var selskapet ikke underkapitalisert siden aksjonærene hadde gått inn i aksjeselskapet med betydelig kapital. Siden selskapet også hadde vært selvstendig med eget styre, egne budsjetter og eget regnskap, forelå det heller ikke noen utilbørlig sammenblanding av midler mellom eierselskapene og Minnor.⁴⁹

2.3.3 Rt. 2010 s. 306 (A), Hempel

En nyere dom av interesse for spørsmålet om ansvarsgjennombrudd er Hempel-dommen fra 2010. Høyesterett vurderte hvorvidt morselskapet Hempel Coatings (Norway) AS kunne pålegges å sørge for og bekoste undersøkelser og liknende tiltak på vegne av datterselskapet Hempel Norge AS etter forurensningsloven § 51.⁵⁰ Dette som følge av forurensning fra datterselskapets produksjon av maling og plast.⁵¹ Etter ordlyden i forurensningsloven § 51 kan forurensningsmyndigheten pålegge den som «har, gjør eller setter i verk noe som fører eller som det er grunn til å tro kan føre til forurensning» å utføre eller bekoste undersøkelser.

Høyesterett startet drøftelsen med å påpeke at den vide ordlyden rent språklig ikke stengte for å også omfatte morselskap.⁵² Det ble så uttalt at forurensningsloven § 51 og formuleringen «har noe» også måtte omfatte tilfeller hvor et morselskap har bestemmende innflytelse på datterselskapets virksomhet, noe domstolen mente også ville realisere prinsippet om at forurenseren skal betale.⁵³ Et morselskap kunne derfor ikke utelukkes som pliktsubjekt etter §

⁴⁷ Rt. 1996 s. 742 s. 742.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Rt. 1996 s. 742 s. 757.

⁵⁰ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven - forurl.).

⁵¹ Rt. 2010 s. 306 avs. 3-9.

⁵² Rt. 2010 s. 306 avs. 58.

⁵³ Ibid.

51, og de selskapsrettslige reglene om aksjonæransvar talte heller ikke for noen innskrenkende tolkning av bestemmelsen.⁵⁴ Høyesterett konkluderte derfor med at forurensningsloven § 51 åpnet for å pålegge morselskapet å gjennomføre undersøkelsene.

Det har vært omdiskutert i juridisk teori hvorvidt dommen kan tas til inntekt for at Høyesterett åpner for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, eller om den er begrenset til en ren tolkning av forurensningsloven § 51.⁵⁵ Etter mitt syn fremstår det ut fra Høyesteretts konklusjon som klart at dommen bygger på en tolkning av forurensningsloven. Dommen løser derfor ikke spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.

2.3.4 Sammenfatning

Gjennomgangen har vist at tendensen fra Høyesterett ser ut til å være at man uttaler seg om innholdet i en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd, før det konstateres at det de aktuelle tilfellene uansett ikke innfrir de strenge vilkårene som må oppstilles. Selv om innholdet i en slik eventuell regel blir behandlet grundig i både Kongepark og Minnor-dommene, er Høyesterett tilbakeholden med å uttale seg prinsipielt om hvorvidt en regel om ansvarsgjennombrudd i det hele tatt eksisterer i norsk rett.⁵⁶

Likevel var spørsmålet knyttet til ansvarsgjennombrudd oppe til prinsipiell vurdering i begge dommene, og Høyesterett kunne klart avvist grunnlaget dersom de hadde vært av den oppfatning at et slikt grunnlag ikke kan gjøres gjeldende i norsk rett. Isteden knytter dommens drøftelse seg utelukkende til innholdet av en slik eventuell regel. Dette kan tyde på at Høyesterett åpner for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.⁵⁷

2.4 Underrettspraksis om ansvarsgjennombrudd

Spørsmålet er videre hvorvidt lagmannsrettene har fulgt opp domspremissene i Kongeparken og Minnor i etterfølgende dommer om ansvarsgjennombrudd, og om disse gir uttrykk for en «fast, langvarig og ensartet praksis» som kan ha argumentasjonsverdi knyttet til grunnlaget for en regel om ansvarsgjennombrudd.⁵⁸

⁵⁴ Rt. 2010 s. 306 avs. 76 og 77.

⁵⁵ Se her Sjøfjell (2010) s. 19-20. I motsatt retning, se Aarbakke mfl. (2012) s. 69 og Tore Bråthen (2015) s. 105.

⁵⁶ Nåmdal (2008) s. 139.

⁵⁷ Se også Nåmdal (2008) på s. 139.

⁵⁸ Monsen (2012) s. 38 avs. 48.

Flere avgjørelser fra lagmannsretten etter Kongeparken og Minnor vurderer momentene som ble oppstilt i Høyesterettsdommene knyttet til innholdet av en regel om ansvarsgjennombrudd, selv om det vises tilbakeholdenhet med å konstatere klart at det foreligger en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Dette argumentasjonsmønsteret ser en i LH-1996-106, LB-1997-163, LB-2007-79230, LB-2008-45086 og LH-2011-206280.

Det finnes imidlertid dommer hvor lagmannsretten ser ut til å legge til grunn at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, uten at dette nødvendigvis drøftes inngående. Eksempler på dette finnes i LF-2002-197, LB-2003-1511, LH-2005-57450, LG-2005-82207 og LB-2005-123427, Husbyggen. Sistnevnte Husbyggen gjaldt en leieavtale hvor en utleier hadde leid ut et lokale til et morselskap, som igjen hadde fremleid lokalet til datterselskapet Husbyggen AS, uten at utleier ble informert. Da morselskapet gikk konkurs, rettet utleier krav mot Husbyggen etter reglene om ansvarsgjennombrudd.

Lagmannsretten la til grunn at det eksisterer en unntaksregel om gjennombrudd i norsk rett. Det ble påpekt at Husbyggen hadde opptrådt illojalt ved å manøvrere seg ut av ansvaret de hadde gjennom kontrakten. Etter en helhetsvurdering ble det lagt til grunn at Husbyggen hadde opptrådt på en utilbørlig måte ved å forsøke å omgå leieavtalen. Konklusjonen bygget både på regler om konkludent atferd og regler om ansvarsgjennombrudd. Siden realiteten i dommen er at datterselskapet holdes ansvarlig for leiekontrakten, er det derimot nærliggende å se dommen som en aksept av regelen om at illojal omgåelse av ansvar vil kunne føre til ansvarsgjennombrudd.

Videre er også RG-2007-411, Norske Fina, trukket frem i juridisk teori som en dom som bekrefter at det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd i norsk rett.⁵⁹ Saken gjaldt eneksjonær, styreleder og daglig leder i aksjeselskapet Norske Fina AS, Som hadde fremmet søksmål som ikke førte frem. Selskapet ble pålagt saksomkostninger, men hadde ingen midler. Spørsmålet for lagmannsretten var derfor hvorvidt eneksjonæren kunne holdes personlig ansvarlig for saksomkostningene.

Gulating la under henvisning til Kongeparken og Minnor samt Hagstrøm i juridisk teori at det gjelder en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. I den konkrete vurderingen ble de påpekt at det forelå en sammenblanding av interesser, i tillegg til at fremgangsmåten

⁵⁹ Se eksempelvis Woxholth (2014) s. 133 og Bråthen (2019) s. 364.

aksjonæren hadde benyttet var «klart utilbørlig». Det forelå derfor en «bevisst misbruk av ansvarsbegrensningen», og konklusjonen ble ansvarsgjennombrudd. Dommen har videre en spesiell rettskildemessig vekt, ettersom anken til Høyesterett ble nektet fremmet.⁶⁰

Etter Husbyggen og Fina, virker det som at lagmannsretten ser det som mindre problematisk å legge til grunn at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd. Grunnlaget har ikke ført frem i senere saker, men flere av dommene hvor ansvarsgjennombrudd har vært vurdert ser ut til å legge til grunn at slik gjennomskjæring kan tenkes i unntakstilfeller. LB-2015-176993, Telemarine, kan nevnes som eksempel.

Det finnes imidlertid også dommer av nyere dato hvor lagmannsretten er varsom med å konstatere en slik regel. Dette ser en eksempelvis i den seneste dommen avsagt om ansvarsgjennombrudd, LE-2018-187036, hvor det ble påpekt at det er uavklart hvilke krav må stilles til en slik regel. Heller ikke i denne dommen gikk domstolen nærmere inn på spørsmålet, siden forholdet uansett ikke kunne sees på som utilbørlig.

Gjennomgangen viser at lagmannsretten i visse tilfeller fortsatt er noe tilbakeholden med å slå fast at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Likevel har vurderingstemaene fra Høyesterett blitt fulgt opp, ved at alle de nevnte lagmannsrettsdommene behandler vurderingstemaene knyttet til utilbørlig adferd og sammenblanding. I de fleste dommene konkluderes det med at det uansett ikke vil være aktuelt med ansvarsgjennombrudd, og da er det heller ikke nødvendig for lagmannsretten å uttale seg prinsipielt om regelens grunnlag.

At lagmannsretten i Husbyggen og Norske Fina konkluderte med at anførselen om ansvarsgjennombrudd måtte føre frem, viser videre at aksepten for en slik regel kan sies å ha vokst frem i domstolene.

2.5 Juridisk teori

I juridisk teori har ansvarsgjennombrudd lenge vært et omdiskutert tema, og synspunktet på hvorvidt det er grunnlag for et slikt ansvar har vært delt. Første gangen ansvarsgjennombrudd ble diskutert som grunnlag i norsk rett, ser ut til å være på forhandlingene ved det 30.

⁶⁰ Se HR-2007-154-U, hvor kjæremålsutvalget begrunnes nektelsen med at det var klart at anken ikke ville føre frem. Nektelsen kan trekke i retning av at dommen er i tråd med Høyesterett sin rettsoppfatning, jf. Woxholth (2014) s. 133.

nordiske juristmøtet i 1984. Andenæs uttrykte på møtet skepsis til konsekvensene av ansvarsgjennombrudd, og mente at en slik regel måtte praktiseres som «en sikkerhetsventil for rene unntakstilfeller» som bør forankres i proforma- og misbrukssynspunkter.⁶¹

Senere støttet Brunsvig i 1988 og Knudsen i 1994 opp under Andenæs sin konklusjon om at ansvarsgjennombrudd vil kunne være aktuelt unntakstilfeller.⁶² Også Lowzow og Reed uttaler at ansvarsgjennombrudd «må kunne foretas i særlige tilfeller på ulovfestet grunnlag», men at dette må forbeholdes mer ekstraordinære tilfeller.⁶³ Aarum har videre uttalt at «det neppe [er] tvilsomt at man i unntakstilfeller kan akseptere en regel om gjennomskjæring på av aksjeselskapsformen (...)».⁶⁴

Forfatterne Asmundsson/Gustavsson er imidlertid negative til en regel om ansvarsgjennombrudd i syn grundige analyse fra 1996, siden de mener det ikke er behov for regelen ved siden av erstatningsreglene.⁶⁵ Gjennomgangen er imidlertid fra før Kongeparken og Minnor, slik at konklusjonene muligens hadde blitt annerledes om dommene hadde blitt inkludert i analysen.

Også Hagstrøm har vært tilbakeholden knyttet til en regel om ansvarsgjennombrudd. Han skrev første gang om emnet i en artikkel fra 1993, hvor han konkluderte med at de momentene som ville være sentrale i en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd, uansett ville fanges opp av den fleksible erstatningsregelen.⁶⁶ Det samme standpunktet har han fulgt opp også etter Kongeparken og Minnor.⁶⁷

Grønland og Fjørtoft argumenter også mot en regel om ansvarsgjennombrudd grunnet manglende behov ved siden av erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1.⁶⁸ I nyere teori påpeker også Bråthen at mange er «negative til å anse ansvarsgjennombrudd som eget heftelsesgrunnlag i norsk rett» siden det ikke finnes noen høyesterettsdommer som uttrykkelig

⁶¹ Se Andenæs (1984) s. 189.

⁶² Brunsvig (1988) på s. 71 og Knudsen (1994) s. 112–114.

⁶³ Lowzow og Reed (1993) s. 139.

⁶⁴ Aarum (1994) s. 45.

⁶⁵ Se Asmundsson/Gustavsson (1996) Kapittel V, punkt 5. *Konklusjon*.

⁶⁶ Se Hagstrøm (1993) s. 280-282.

⁶⁷ Hagstrøm (2011) på s. 111-112.

⁶⁸ Se Grønland (1996) på s. 110 og Fjørtoft (1996), kapittel 4.1, siste avsnitt.

fastslår dette ansvarsgrunnlaget. Han påpeker så at det under enhver omstendighet vil være vanskelig å vinne frem på dette grunnlaget.⁶⁹

Det er imidlertid også en del forfattere som åpner for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett etter Høyesteretts avgjørelser i Kongeparken og Minnor. Andenæs har med bakgrunn i dommene uttalt at det må inntas en «restriktiv holdning til muligheten for å holde aksjonærer ansvarlige på grunnlag av ansvarsgjennombrudd, men at døren ikke er lukket helt igjen».⁷⁰ Ved en senere gjennomgang ser han derimot ut til å argumentere for at kreditorenes interesser er ivaretatt gjennom erstatningsreglene.⁷¹ Av øvrige forfattere som også argumenterer for at ansvarsgjennombrudd kan tenkes i unntakstilfeller, men at behovet vil være mindre grunnet erstatningsreglene, kan nevnes Woxholth, Aarbakke mfl. og Christoffersen.⁷²

Bugge argumenterer for at en regel om ansvarsgjennombrudd kan tenkes i tilfeller av underkapitalisering, dominerende rådighet og sammenblanding som er utøvd på en utilbørlig måte.⁷³ Også Nåmdal konkluderer i sin doktorgradsavhandling med at ansvarsgjennombrudd bør kunne gjøres gjeldende i tråd med vurderingstemaene i Kongeparken og Minnor.⁷⁴ Begge forfatterne behandler aksjonæransvar som følge av forurensning og miljøskade, men de siterte drøftelsene knytter seg til en generell selskapsrettslig regel om ansvarsgjennombrudd som derfor vil ha betydning for denne oppgaven.

Skar legger til grunn at rettskildematerialet ikke gir grunnlag for noen klar konklusjon, men ser ut holde det åpent at en slik regel kan gjøres gjeldende ved at han uttaler at omgåelsesargumentasjon kan virke inn i en vurdering av ansvarsgjennombrudd.⁷⁵ Øvrige forfattere som legger til grunn en regel om ansvarsgjennombrudd med henvisning til Kongeparken og Minnor uten særlig ytterligere drøftelse er Stenvik, Hjort, Gjems-Onstad og Alteren.⁷⁶

⁶⁹ Bråthen (2019) s. 364.

⁷⁰ Andenæs (2007) s. 57.

⁷¹ Andenæs (2016) s. 38.

⁷² Woxholth (2014) s. 130-133; Aarbakke mfl. (2012) s. 44-45; Christoffersen (2017) s. 141 og Christoffersen (2019) s. 47.

⁷³ Bugge (1999) på s. 604-606.

⁷⁴ Nåmdal (2008) s. 389.

⁷⁵ Skar (2019) s. 299.

⁷⁶ Stenvik (2010) s. 287; Hjort (2006), kapittel 5.3, *Ansvarsgjennombrudd*; Gjems-Onstad (2013) s. 51 og Alteren (2019), Norsk Lovkommentar, *Aksjeloven*, note 2662, Rettsdata.no (lest 18. april 2020).

Gjennomgangen viser at de fleste forfatterne i nyere juridisk teori ser ut til å ta til orde for ansvarsgjennombrudd i unntakstilfeller, med den presisering at det praktiske behovet for en slik regel vil være mindre grunnet alternative regelsett som erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1. Imidlertid er det fortsatt uenighet knyttet til grunnlaget for regelen, slik at det ikke kan sies å være noen alminnelig og konsekvent rettsoppfatning i juridisk teori over en lenger tidsperiode som kan tillegges vekt i vurderingen av grunnlaget for en slik regel. Juridisk teori vil følgelig ikke kunne gi noe klart svar på spørsmålet om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.

2.6 Sammenfatning og konklusjon

En regel om ansvarsgjennombrudd må avveie det grunnleggende hensynet til ansvarsbegrensningen mot hensynet til å gi kreditorene tilstrekkelig beskyttelse for sine krav.⁷⁷ Rettskildematerialet på området reflekteres av at denne avveiningen er vanskelig. På tross av dette, kan Kongeparken og Minnor etter mitt skjønn tas til inntekt for at Høyesterett holder det åpent at ansvarsgjennombrudd eksisterer i norsk rett, men at dette må reserveres til de helt spesielle unntakstilfellene. Dette kan begrunnes i de grundige vurderingene førstvoterende gjør av regelens innhold. Etter mitt syn ville det vært ulogisk om Høyesterett vurderte dette så inngående dersom et slikt ansvar uansett ikke ville vært aktuelt i norsk rett.⁷⁸ Dette støttes som nevnt også opp av at lagmannsretten har fulgt opp vurderingstemaene fra Høyesterett i sin praksis.

Så lenge en regel om ansvarsgjennombrudd reserveres til de klare unntakstilfellene hvor aksjonærene på en utilbørlig måte misbruker selskapsformen for å unngå ansvar, vil denne regelen etter mitt syn heller ikke uthule ansvarsbegrensningen unødvendig. Dette vil heller ikke være betenkelig av forutberegnelighetshensyn. En aksjonær som med vitende og vilje bruker et aksjeselskap på en utilbørlig måte til å drive risikofylt virksomhet på kreditorenes regning, vil ikke ha noen berettiget forventning om å unngå personlig ansvar.

Det konkluderes derfor med at det er rettslig grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene i et aksjeselskap i norsk selskapsrett, og at det primære rettsgrunnlaget for et slikt ansvar vil være rettspraksis.

⁷⁷ NOU 1992:29 s. 44. Se også Christoffersen (2017) s. 141 som påpeker at en forutsetning for ansvarsgjennombrudd er at de hensynene som taler mot ansvarsgjennombrudd ikke gjør seg gjeldende i stor grad.

⁷⁸ Se også Nåmdal (2008) på s. 139.

3 Det praktiske behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd

Gjennomgangen i kapittel 2 viser at det er rettslig grunnlag for ansvarsgjennombrudd i norsk aksjeselskapsrett, men at en slik regel må ha et snevert virkeområde for å ikke uthule ansvarsbegrensningen i aksjeloven § 1-2. I juridisk teori har hovedinnvendingen mot en regel om ansvarsgjennombrudd vært at kreditorenes interesser er tilstrekkelig vernet gjennom aksjelovens erstatningsregel i § 17-1.⁷⁹ Dette kapittelet vil derfor kommentere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd før fokuset vil rettes mot regelens innhold i kapittel 4 og 5.

Høyesterett uttalte i Kongeparken at ansvarsgjennombrudd kun vil være aktuelt der det er «utilbørlig» å opprettholde ansvarsbegrensningen overfor kreditorene.⁸⁰ Dette tilsier at terskelen for at regelen vil skal være anvendelig vil være høy, slik at ansvarsgjennombrudd først vil være aktuelt der det foreligger et misbruk av aksjeselskapsformen med den konsekvens at aksjonærene ikke fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen.⁸¹ Videre trekker uttalelsene i dommen i retning av at en slik eventuell regel vil statuere et objektivt ansvar for aksjonærene.⁸² Dette siden det overordnede vurderingstemaet ikke knytter seg til subjektive momenter som forsett eller uaktsomhet hos aksjonærene, men til hvorvidt det kan konstateres rettsstrid og misbruk av aksjeselskapsformen eller ikke. Flere forfattere i juridisk teori argumenterer også for at regelen er objektiv siden den ellers ville blitt identisk med erstatningsansvaret.⁸³

Mens en regel om ansvarsgjennombrudd etter dette vil være objektiv og knyttet til utilbørlighet og rettsstrid, vil erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1 være en lovfesting av den alminnelige culpanormen.⁸⁴ For at ansvar skal inntre for aksjonærene, inneholder regelen et objektivt og subjektivt element. Det objektive elementet går ut på at aksjonæren må ha brutt en aktsomhetsnorm, som for eksempel at aksjonærene gjennom generalforsamlingen har besluttet å fortsette driften i aksjeselskapet selv om selskapet ikke tilfredsstiller kravene til

⁷⁹ Se Hagstrøm (2011) s. 112; Andenæs (2016) s. 39-40; Woxholth (2014) s. 131-132; Aarbakke mfl (2012) s. 44 og Christoffersen (2017) s. 141.

⁸⁰ Se Høyesteretts formuleringen i Rt. 1996 s. 672 på s. 678-679.

⁸¹ Jf. Asmundsson/Gustavsson (1995), kapittel V, del 2.1 avs. 2 og Nåmdal (2008) s. 245. Utilbørlighetsterskelen i en regel om ansvarsgjennombrudd vil behandles nærmere i kapittel 4.2.

⁸² Se Rt. 1996 s. 642 på s. 678.

⁸³ Se Nåmdal (2008) på s. 258; Andenæs (2016) s. 38; Woxholth (2014) s. 131-132 og Aarbakke mfl. (2012) s. 44.

⁸⁴ Se Aarum (1994) s. 70 og Andenæs (2016) s. 662.

forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4.⁸⁵ I tillegg kreves det subjektivt element, som vil si at aksjonæren må kunne bebreides for tapet som har oppstått, altså et krav om uaktsomhet eller forsett.⁸⁶ Videre er det som i alminnelig erstatningsrett krav om at det kan påvises et økonomisk tap og at det er en adekvat årsakssammenheng mellom tapet og aksjonærenes ansvarsbetingende handling.⁸⁷

Til forskjell fra erstatningsregelen, vil en regel om ansvarsgjennombrudd ikke kreve at det kan påvises at aksjonæren med forsett eller uaktsomhet har påført selskapet og dets kreditorer tap. Likevel vil utilbørlighetsterskelen reservere en regel om ansvarsgjennombrudd til de mer klanderverdige tilfellene hvor aksjonæren misbruker aksjeselskapsformen og dermed ikke fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen.⁸⁸ Der det foreligger slik klanderverdig adferd, vil dette gjerne uansett fanges opp av uaktsomhetsvilkåret i erstatningsregelen, slik at behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd reduseres.

Likevel har det i juridisk teori blitt tatt til orde for at det kan tenkes tilfeller hvor et ansvarsgjennombrudd vil føre frem selv om det ikke kan gis medhold i erstatningskravet. Dette siden man i en slik regel ikke trenger å gå inn på vanskelige bevismessige vurderinger knyttet til aksjonærenes skyld. Ved ansvarsgjennombrudd vil vurderingen i stedet rent objektivt knyttes til hvorvidt det foreligger rettsstrid og om det er tilstrekkelige grunner til å tilsidesette ansvarsbegrensningen i det konkrete tilfellet.⁸⁹

Videre kreves det heller ikke årsakssammenheng i en regel om ansvarsgjennombrudd, ettersom fokuset rettes mot hvorvidt det foreligger rettsstrid som svekker forutsetningene bak ansvarsbegrensningen eller ikke.⁹⁰ Også kravet til at det må foreligge adekvat årsakssammenheng kan være vanskelig å bevise. I juridisk teori vises det for eksempel til en situasjon der en aksjonær har gitt et råd på generalforsamling, hvor det kan være vanskelig å bevise at det er årsakssammenheng mellom dette rådet og det endelige vedtaket som førte til økonomisk tap for kreditorene.⁹¹

⁸⁵ Eksempelet er hentet fra Andenæs (2016) på s. 664.

⁸⁶ Andenæs (2016) s. 663-665 og Bråthen (2019) s. 225.

⁸⁷ Se Bråthen (2019) s. 225.

⁸⁸ Nåmdal (2008) s. 245.

⁸⁹ Se Nåmdal (2008) s. 167.

⁹⁰ Nåmdal (2008) s. 167 og Aarum (1994) s. 50.

⁹¹ Eksempelet er hentet fra Nåmdal (2008) s. 167.

Fordelen med en regel om ansvarsgjennombrudd er at det er snakk om en skjønnsmessig vurdering, hvor fokuset rettes mot hvorvidt det er grunnlag for å tilsidesette ansvarsbegrensningen i det konkrete tilfellet basert på en avveining av hensynet til kreditorene og aksjonærenes interesser. For en kreditor kan det tenkes at argumentasjon og bevisførsel knyttet til slike mer fleksible momenter vil være lettere tilpasse til egen situasjon enn erstatningsregelen.

Det sistnevnte argumentet må derimot ikke dras for langt, ved at erstatningsregelen uansett blir sett på som ganske fleksibel. Dette siden en rekke momenter vil spille inn i ansvarsvurderingen slik at denne kan tilpasses den konkrete situasjonen.⁹² Følgelig vil nok en regel om ansvarsgjennombrudd spille en mer subsidiær rolle som ansvarsgrunnlag med mindre det er uklart hvorvidt kreditorene kan vinne frem på erstatningsrettslig grunnlag. Der det er uklart hvorvidt man kan vinne frem med erstatning, vil det derimot være hensiktsmessig å vurdere ansvar etter en regel om ansvarsgjennombrudd.⁹³

⁹² Se Hagstrøm (2011) på s. 111-112 og Fjørtoft (1995) kapittel 2 avs. 10.

⁹³ Se Nåmdal (2008) s. 169.

4 Vurderingstemaet i en regel om ansvarsgjennombrudd

4.1 Innledende bemerkninger

Det neste spørsmålet som må undersøkes er hva som er innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd, for å på den måten klargjøre i hvilke tilfeller det vil være aktuelt å sette til side ansvarsbegrensningen. I kapittel 4 vil det redegjøres for terskelen for ansvarsgjennombrudd, og hvilke momenter som vil spille inn i vurderingen. Oppgaven vil så i kapittel 5 spisses inn mot underkapitalisering som moment i en regel om ansvarsgjennombrudd.

4.2 Utilbørighetsterskelen

Allerede i NOU 1992:29 ble det påpekt at ansvarsgjennombrudd kun ville være hjemlet dersom det ville være «utilbørlig eller klart urimelig» å opprettholde aksjonærenes ansvarsbegrensning overfor kreditorene eller andre interessenter i aksjeselskapet.⁹⁴ Høyesterett har også stilt opp denne utilbørighetsterskelen i Kongeparken, hvor spørsmålet ble formulert som «om det i forhold til kreditorene vil være urimelig eller utilbørlig å opprettholde ansvarsforholdet basert på det formelle selskapsforhold».⁹⁵ Det er ut fra disse uttalelsene nødvendig å undersøke hvor terskelen for utilbørlig atferd ligger.

I juridisk teori har det blitt påpekt at kriteriet utilbørlig medfører at ansvarsgjennombrudd kun kan skje i mer kvalifiserte og klanderverdige tilfeller av rettsstrid.⁹⁶ Dersom utilbørighet knyttes opp mot en slik rettsstridsvurdering, vil det sentrale bli hvorvidt det foreligger misbruk av aksjeselskapsformen, slik at aksjonærene ikke lenger fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen.⁹⁷ En slik rettsstridsforståelse vil reservere ansvarsgjennombrudd til de mer klanderverdige tilfellene hvor kreditorene rammes særlig hardt, slik at en på den måten også sikrer regelens innhold som en sikkerhetsventil mot misbruk av aksjeselskapsformen.⁹⁸

⁹⁴ NOU 1992: 29 s. 44.

⁹⁵ Se Rt. 1996 s. 672 s. 679 og Rt. 1996 s. 742 s. 758.

⁹⁶ Asmundsson/Gustavsson (1995), kapittel V, del 2.1, avsnitt 2 og Woxholth (2014) s. 131-132.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 117. Også Nåmdal påpeker at hvorvidt det foreligger misbruk av aksjeselskapsformen vil være sentralt, se s. 245.

⁹⁸ Se Asmundsson/Gustavsson (1995), kapittel V, del 2.1, avs. 2-3.

Som nevnt i kapittel 3 vil en regel om ansvarsgjennombrudd være objektiv siden vurderingen knytter seg til hvorvidt det foreligger utilbørlig adferd i form av rettsmisbruk, og ikke subjektive momenter knyttet til skyld.⁹⁹ I lys av at ansvaret er objektivt, vil forarbeidenes uttalelse om at det må kreves «sterke, mer enn overveiende» grunner for å tilsidesette ansvarsbegrensningen ha gode grunner for seg.¹⁰⁰ Dette siden et objektivt ansvar for aksjonærene som praktiseres for løst ville ha uthullet ansvarsbegrensningen, som igjen vil kunne påvirke investeringslysten negativt og gjøre det mindre attraktivt å drive økonomisk virksomhet gjennom aksjeselskapsformen.¹⁰¹ Terskelen for utilbørlig adferd må følgelig settes høyt.¹⁰²

I den skjønsmessige vurderingen knyttet til ansvarsgjennombrudd, vil den høye utilbørlighetsterskelen fungere som en overordnet vurderingsnorm.¹⁰³ Videre har en i rettspraksis og juridisk teori stilt opp aktuelle undermomenter eller typetilfeller som må vurderes opp mot denne overordnede utilbørlighetsterskelen. Momentene som ofte nevnes er sammenblanding, aksjonærenes dominerende rådighet, tapping av aksjeselskapets midler og underkapitalisering.¹⁰⁴ De tre førstnevnte momentene vil gjennomgå kort i det følgende, før oppgaven i kapittel 5 vil spisses inn på underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd, som er oppgavens hovedtema.

4.3 Momenter i utilbørlighetsvurderingen

4.3.1 Sammenblanding

I Kongeparken uttalte Høyesterett at et moment som kan begrunne ansvarsgjennombrudd vil være om det foreligger en «sammenblanding mellom selskapene som medfører at det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern».¹⁰⁵ Dette er også lagt til grunn i Minnor og forarbeidene til aksjeloven av 1997.¹⁰⁶ Sammenblanding kan forklares med at det ikke skilles mellom formuesmassene til selskapet og aksjonærene.

⁹⁹ Se Rt. 1996 s. 642 på s. 678.

¹⁰⁰ Se NOU 1992:29 på s. 44.

¹⁰¹ Se Woxholth (2014) s. 132.

¹⁰² Se for eksempel Ot.prp.nr. 23 på s. 117 og Nåmdal (2008) s. 252-258.

¹⁰³ Nåmdal (2008) s. 237-245.

¹⁰⁴ Se for eksempel Hagstrøm (2011) s. 110-111.

¹⁰⁵ Rt. 1996 s. 672 s. 679-680.

¹⁰⁶ Se Rt. 1996 s. 742 s. 757 og Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 117.

Dette kan være tilfellet både der aksjeselskapets og aksjonærenes formuesmasser og deres inntekter og utgifter blir blandet, eller der det skjer en blanding av deres virksomheter.¹⁰⁷

Kjennetegn på sammenblanding kan være at det ikke føres selvstendige regnskaper, at det er felles sikkerhetsstillelse for gjeld, og at selskapet ikke har en egen administrasjon og ledelse.¹⁰⁸

Grunnen til at man har argumentert for ansvarsgjennombrudd i slike tilfeller, er siden en forutsetning for ansvarsbegrensningen er at aksjeselskapet er et selvstendig rettssubjekt med eget kapitalgrunnlag som kreditorene kan søke dekning i.¹⁰⁹ Ved sammenblanding vil ansvarsforholdene gjøres uklare, noe som kan virke utilbørlig overfor kreditorene siden det gjør det uklart for dem hvilke dekningsmuligheter de har for sine krav.

4.3.2 Dominerende rådighet

At dominerende rådighet kan sees på som et moment i vurderingen av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd, bekreftes av argumentasjonen i *Minnor*. I vurderingen av ansvarsgjennombrudd påpekte Høyesterett at aksjonærene hadde full kontroll over selskapet, men at dette likevel ikke kunne sees på som utilbørlig siden aksjeselskapet hadde et eget styre som tok selvstendige beslutninger.¹¹⁰

I juridisk teori har momentet blitt forklart med at aksjonæren har en så dominerende stilling at aksjeselskapet ikke får den karakteren av selvstendig rettssubjekt som ansvarsbegrensningen forutsetter. På den måten kan det oppstå risiko for at selskapet drives utelukkende i aksjonærens interesse, som kan skade kreditorene og gjøre selskapet økonomisk uavhengig.¹¹¹

Dette kan være tilfellet der en dominerende aksjonær – for eksempel en eneksjonær, majoritetsaksjonær eller et morselskap – bruker sin innflytelse på selskapet på en måte som påfører kreditorene tap.¹¹² Det er imidlertid viktig å bemerke at Høyesterett i *Kongeparken* poengterte at ansvarsgjennombrudd ikke alene kunne begrunnes ut fra at et morselskap hadde

¹⁰⁷ Nåmdal (2008) s. 316-317.

¹⁰⁸ Se Asmundsson/Gustavsson (1996) kapittel V, del 2.2 avs. 4; Brunsvig (1988) s. 71; Nåmdal (2008) s. 316-317 og Grønland (1996) s. 109.

¹⁰⁹ Asmundsson/Gustavsson (1996) kapittel V, del 2.2 avs. 4.

¹¹⁰ Se Rt. 1996 s. 742 s. 757-758. Dominerende rådighet som moment nevnes også i NOU 1996:3 på s. 127.

¹¹¹ Asmundsson/Gustavsson (1996) kapittel V, del 2.2 avs. 6-10.

¹¹² *Ibid.* At morselskapet har bestemmende innflytelse følger også av legaldefinisjonen av konsern i asl. § 1-3. Videre vil en majoritetsaksjonær ha mer enn 50 % av aksjene i selskapet.

full kontroll over datterselskapet, ettersom dette er en vanlig organisering av selskaper som ikke kan regnes som utilbørlig.¹¹³

4.3.3 Illojal tapping av selskapets midler

Momentet knyttet til tapping av selskapets midler har i juridisk teori blitt beskrevet som at aksjonæren reduserer selskapskapitalen i strid med interessene til selskapet og dets kreditorer for egen vinning.¹¹⁴ Dette vil være til skade for kreditorene siden deres muligheter til å få sine krav dekket blir redusert. Eksempler på aktuelle tilfeller er der aksjonærene tar ut ulovlig utbytte eller der aksjonæren sørger for at aksjeselskapet betaler gjeld som påvirker fordelingen og dekingen til de øvrige kreditorene.¹¹⁵

Grunnen til at tapping har blitt trukket inn i vurderingen av ansvarsgjennombrudd er siden ansvarsbegrensningen forutsetter at aksjeselskapet har et kapitalgrunnlag som kreditorene kan ta dekning i. Hensynet bak ansvarsbegrensningen svekkes derfor i tilfeller av tapping fra aksjonærenes side.¹¹⁶

¹¹³ Rt. 1996 s. 672 s. 679. Dette følger også implisitt av at lovgiver har godtatt konsernmodellen, se asl. § 1-3 og Nåmdal (2008) s. 273.

¹¹⁴ Asmundsson/Gustavsson (1996) kapittel V, del 2.2 avs. 1. Se også Hagstrøm (1993) s. 278 og Knudsen (1994) s. 113.

¹¹⁵ Nåmdal (2008) s. 284.

¹¹⁶ Nåmdal (2008) s. 286.

5 Underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd

5.1 Innledende bemerkninger

I kapittel 4 ble det konkludert med at ansvarsgjennombrudd er aktuelt der aksjonæren har handlet utilbørlig, og at underkapitalisering vil være et moment som kan begrunne at ansvarsbegrensningen settes til side. I dette kapittelet er spørsmålet hva som vil være innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd som en følge av at selskapet er underkapitalisert.

Dette reiser flere spørsmål. Det første spørsmålet knytter seg til hvilke tilfeller et selskap kan regnes som underkapitalisert, som vil behandles i kapittel 5.2–5.4. Når aktuelle tilfeller av underkapitalisering er nærmere klarlagt, vil det så vurderes i hvilke situasjoner underkapitalisering vil nå opp til den overordnede utilbørlighetsterskelen i kapittel 5.5. Hvorvidt underkapitalisering alene kan danne grunnlag for å tilsidesette ansvarsbegrensningen vil også undersøkes. Avslutningsvis vil behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering ved siden av alternative regelsett kommenteres i kapittel 5.6.

5.2 Vurderingstemaet for underkapitalisering

Det finnes ingen alminnelig definisjon av begrepet underkapitalisering, selv om underkapitalisering trekkes frem i flere rettskilder som omtaler innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd.¹¹⁷ Lovgiver har i forarbeidene til aksjeloven beskrevet underkapitalisering som at aksjeselskapet drives «uten tilstrekkelig kapital»,¹¹⁸ mens Høyesterett har forstått begrepet som at «egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt»¹¹⁹. Noen nærmere presis beskrivelse går verken lovgiver eller Høyesterett inn på.

Oppfatningen i juridisk teori ser ut til å være at kjernen i momentet underkapitalisering vil være hvorvidt det er et akseptabelt forhold mellom kapitalgrunnlaget i selskapet og risikoen

¹¹⁷ Nåmdal (2008) s. 345.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 117.

¹¹⁹ Rt. 1996 s. 672 på s. 680.

ved virksomheten som drives.¹²⁰ Dette begrunnes med at et aksjeselskap som driver risikofylt virksomhet med et uforsvarlig lavt kapitalgrunnlag, vil være særlig utsatt for tap, slik at kreditorenes dekningsmulighet settes på spill.¹²¹ På grunn av aksjonærenes begrensede ansvar vil aksjonærenes risiko i slike tilfeller bli overført på kreditorene. At kreditorene i realiteten blir sittende med all risikoen ved virksomheten vil stride med forutsetningen bak ansvarsbegrensningen og trekke i retning av ansvarsgjennombrudd.¹²²

Høyesteretts formulering i Kongeparken om at en i vurderingen av underkapitalisering må se hen til hvorvidt «egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt»,¹²³ må i dag sees i sammenheng med kapitalkravene i aksjeloven av 1997. I § 3-4 stilles det krav til at selskapet har «en egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Bestemmelsen ble vedtatt etter at Kongeparken ble avsagt, men har trolig samme meningsinnhold grunnet tilsvarende formuleringer.¹²⁴ At underkapitalisering ved ansvarsgjennombrudd må ta utgangspunkt i aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital i § 3-4, kan også forklares ut fra at hensynene bak ansvarsbegrensningen i § 1-2 svekkes dersom aksjeselskapet ikke tilfredsstillende de kravene som lovgiver har forutsatt at skal gjelde for selskapets kapitalbase.¹²⁵

Opgavens problemstilling knytter seg til en regel om ansvarsgjennombrudd for aksjonærene ved underkapitalisering. Ordlyden i § 3-4 tilsier at «selskapet» til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital, uten at det presiseres hvem dette retter seg mot. Ser man bestemmelsen i sammenheng med § 3-5 om styrets handleplikt ved uforsvarlig egenkapital, kan dette tilsi at § 3-4 kun retter seg mot styret og ikke aksjonærene. Likevel presiserer forarbeidene at bestemmelsen oppstiller et «generelt forsvarlighetsprinsipp».¹²⁶

I juridisk teori argumenteres det derfor for at bestemmelsen også må rette seg mot selskapets aksjonærer.¹²⁷ Kravet til forsvarlig egenkapital kan være overtrådt av aksjonærene dersom de på generalforsamling stemmer ned vedtak om tiltak som kan bedre selskapets økonomi, eller

¹²⁰ Asmundsson/Gustavsson (1996) kapittel V del 2.2 avs. 2-3; Hagstrøm (2011) s. 103 og Fjørtoft (1995) kap. 4.2 avs. 4.

¹²¹ Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel V, del 2.1 avs 2-3.

¹²² Se Nåmdal (2012) s. 347.

¹²³ Rt. 1996. s. 672 på s. 680.

¹²⁴ Se Andenæs (2016) s. 39 og Christoffersen (2017) s. 132.

¹²⁵ Nåmdal (2008) s. 347.

¹²⁶ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 51.

¹²⁷ Se Nåmdal (2008) s. 348-349 og Andenæs (2016) s. 404.

stemmer mot oppløsning av selskapet dersom slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, slik at selskapet drives videre med uforsvarlig kapitalgrunnlag på kreditorenes regning.¹²⁸ Et annet eksempel er der aksjeselskapet stiftes uten tilstrekkelig egenkapital sett opp mot den virksomheten som skal drives, slik at selskapet har et uforsvarlig kapitalgrunnlag fra stiftelsen av.¹²⁹ I det følgende vil kravene § 3-4 stiller til aksjonærene knyttet til forsvarlig egenkapital i selskapet utpensles som et utgangspunkt for vurderingstemaet i en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering.

5.2.1 Underkapitalisering sett i lys av kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4

Som nevnt er aksjelovens kapitalregler ment å verne om at kreditorene sikres tilstrekkelig dekning siden aksjonærene har begrenset ansvar.¹³⁰ I aksjelovens § 3-1 nr. 1 stilles det derfor opp et minstekrav til aksjeselskapets aksjekapital på 30 000 kr. Det nevnte kravet i aksjeloven § 3-4 om at selskapet til enhver tid skal ha en «egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet», må imidlertid forstås som at det ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig at minstekravet er innfridd. Egenkapitalen må også tilpasses selskapets virksomhet slik at kapitalgrunnlaget reflekter risikoen som tas for å unngå at selskapet i realiteten drives for kreditorenes regning.¹³¹

Ordlyden i § 3-4 tilsier at det må det foretas en helhetlig forsvarlighetsvurdering av selskapets økonomiske stilling.¹³² Formuleringen «egenkapital» gir først og fremst assosiasjoner til den bundne aksjekapitalen som aksjonærene har skutt inn i selskapet samt opptjente midler fra virksomheten. Det finnes ingen klar definisjon på begrepet «egenkapital»¹³³, men den alminnelige oppfatningen er at et selskaps egenkapital utgjør selskapets eiendeler minus gjeld.¹³⁴ Dette kalles også selskapets nettoformue, og siden gjelden kan overstige antall eiendeler i selskapet kan egenkapitalen også være negativ.¹³⁵

¹²⁸ Andenæs (2016) s. 112 og Christoffersen (2017) s. 130–131.

¹²⁹ Andenæs (2016) s. 664.

¹³⁰ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14. Tilsvarende i Nåmdal (2008) s. 347.

¹³¹ Woxholth (2014) s. 127.

¹³² Se også NOU 1996: 3 s. 102.

¹³³ Handeland og Schwencke, *Norsk lovkommentar, Regnskapsloven*, note nr. 337 (2017), Rettsdata.no (lest 08. mai 2020).

¹³⁴ Bråthen (2019) s. 139 og Andenæs (2016) s. 403.

¹³⁵ Woxholth (2014) s. 153.

Av mangel på egen selskapsrettslig definisjon i aksjeselskapsloven har en i juridisk teori sett til det regnskapsmessige egenkapitalbegrepet ut fra kravene som stilles til selskapets balanse i årsregnskapet.¹³⁶ Den balanseførte egenkapitalen etter regnskapsloven § 6-2 C vil dermed fungere som et utgangspunkt i den helhetlige vurderingen av aksjeselskapets kapital situasjon¹³⁷. Bestemmelsen gir en oversikt over selskapets eiendeler, egenkapital og gjeld. Eiendelene i aksjeselskapet kan for eksempel bestå av immaterielle rettigheter, eiendom, varer, verdipapirer og bankinnskudd.¹³⁸ Balansen skal vise hvordan de forskjellige eiendelene i selskapet er finansiert, og summen av eiendeler skal derfor tilsvare summen av gjeld og egenkapital. Dette betyr at alle eiendeler som ikke er finansiert med gjeld i selskapet, vil være finansiert med selskapets egenkapital.¹³⁹

I regnskapsloven § 6-2 C har lovgiver delt inn egenkapital i to grupper – «innskutt» og «opptjent» egenkapital.¹⁴⁰ Den innskutte egenkapitalen vil for det første omfatte selskapskapitalen som aksjonærene har skutt inn i selskapet, samt overkursfond og annen aksjekapital.¹⁴¹ Opptjent egenkapital omfatter fond om urealiserte gevinster og vurderingsforskjeller samt annen egenkapital, som sier noe om hvorvidt det er overskudd eller underskudd fra forrige årsregnskap.¹⁴²

Gjennomgangen av regnskapslovens sin klassifisering av egenkapital viser at et selskaps kapitalforhold kan bestå av forskjellige poster, som vil fungere som et utgangspunkt for å kartlegge den økonomiske situasjonen i selskapet. Likevel er forarbeidene klare på at § 3-4 «retter seg mot den reelle og ikke balanseførte egenkapitalen».¹⁴³ Dersom selskapet mener at de har verdier som overstiger den balanseførte må det derfor gjøres tillegg for disse. På samme måte må det også gjøres fradrag fra egenkapitalen dersom selskapet har forpliktelser som ikke fremkommer av balansen.¹⁴⁴

¹³⁶ Woxholth (2014) s. 153 og Andenæs (2016) s. 403. I asl. § 3-4 henvises det dessuten i fotnote til regnskapsloven (rskl.) § 6-2 C om selskapets balanse.

¹³⁷ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven – rskl.).

¹³⁸ Se rskl. § 6-2 A-B og Nåmdal (2008) s. 346.

¹³⁹ Meyer-Myklestad (2017) s. 54.

¹⁴⁰ Se henholdsvis rskl. § 6-2 C I og II.

¹⁴¹ Woxholth (2014) s. 154 og Handeland og Schwencke, Norsk lovkommentar, *Regnskapsloven*, note nr. 340 (2017), Rettsdata.no (lest 08. mai 2020).

¹⁴² Handeland og Schwencke, Norsk lovkommentar, *Regnskapsloven*, note nr. 341, (2017), Rettsdata.no (lest 08. mai 2020).

¹⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52.

¹⁴⁴ Andenæs (2016) s. 405.

Etter lovendring i 2013, krever nå asl. § 3-4 også at selskapets «likviditet» skal være forsvarlig. Den alminnelige forståelsen av begrepet er at aksjeselskapet evner å betale sine forpliktelser etterhvert som de forfaller.¹⁴⁵ I forarbeidene uttales det at kravet til likviditet først og fremst skal minne selskapet på at de forløpende må vurdere hvorvidt den helhetlige kapital situasjonen er forsvarlig eller ikke, og eventuelt iverksette nødvendige tiltak.¹⁴⁶

Lovteksten i § 3-4 stiller videre krav til at egenkapital og likviditeten skal være «forsvarlig», og påpeker at dette må vurderes ut fra «risikoen og omfanget av selskapets virksomhet». Ordlyden viser dermed at det er en mer helhetlig vurdering av hvorvidt selskapets kapital situasjon er betryggende som er avgjørende. Forarbeidene fremhever også dette:

*«Utgangspunktet for vurderingen er virksomhetens art og omfang sett i forhold til selskapets egenkapital. (...) Dette utgangspunktet må nyanseres dersom selskapet har ansvarlig lån, en gunstig langsiktig finansiering eller andre finansielle forhold som bidrar til at selskapet har et mer solid kapitalgrunnlag enn det egenkapitalen isolert sett gir uttrykk for. På den andre siden må det også tas i betraktning hvilken gjeldsgrad selskapet har, samt forpliktelser som ikke fremgår av balansen, så som kausjonsansvar, garantier mv».*¹⁴⁷

Dette viser at vurderingen av hva som er forsvarlig egenkapital og likviditet – og da også hva som i tilfellet vil utgjøre underkapitalisering – vil være en relativt kompleks vurdering.

Utgangspunktet kan tas i den nevnte vurderingen av selskapets egenkapital, men i tillegg må en rekke momenter også vurderes ut fra den konkrete situasjonen i hver enkelt sak for å kunne danne et mer helhetlig bilde av selskapets samlede kapitalgrunnlag.

Etter lovteksten i § 3-4, vil omfanget av virksomheten i aksjeselskapet være av betydning i forsvarlighetsvurderingen. Dette kan for eksempel tilsi at det må stilles strengere krav til egenkapitalen der det er snakk om et selskap med mange ansatte eller der det er behov for dyrt utstyr. Dersom disse kostandene i for stor grad finansieres gjennom gjeld og ikke egenkapital, vil det kunne medføre en større risiko for insolvens og dermed også tap for kreditorene.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Se Andenæs (2016) på s. 405 som påpeker at dette ble endret ved endringslov 2013/04.

¹⁴⁶ Jf. Prop. 111 L (2012–2013) s. 78. Se også Andenæs (2016) s. 405.

¹⁴⁷ Se NOU 1996: 3 s. 102.

¹⁴⁸ Disse eksemplene er hentet fra Nåmdal (2008) s. 354.

Videre skal det etter lovteksten i § 3-4 tas hensyn til risikoen ved virksomheten i forsvarlighetsvurderingen. Dersom selskapet driver virksomhet innenfor en særlig risikoutsatt bransje som er påvirket av svinginer i markedet, kan dette tilsi at kapitalgrunnlaget må være større for å være forsvarlig enn der selskapet er lite risikoeksponert. Ellers kan selskapet risikere å bli insolvent eller gå konkurs dersom de får uforutsette kostnader ved virksomheten, som for eksempel inntektssvikt eller uforutsette krav.¹⁴⁹

Som de siterte forarbeidene over i NOU 1992:29 viser, vil også finansieringssituasjonen til selskapet generelt være av betydning i vurderingen. Dersom selskapet i stor grad er finansiert gjennom kreditt, vil det være av betydning hvorvidt selskapet har mye langsiktig gjeld som skal gjøres opp lenger frem i tid, eller om selskapet har mye kortsiktig gjeld som skal innfris i nærmere fremtid.¹⁵⁰ Der selskapet skal innfri store beløp i nær fremtid, må dette naturligvis gjenspeiles i den kapitalen som holdes igjen i selskapet.

Det er også av betydning hvorvidt selskapet har finansiering ved ansvarlig lån. Dette vil si at lån ytes til selskapet, men at långiver vil ha prioritet etter de øvrige kreditorene i selskapet.¹⁵¹ Dette sees på som en mellomting mellom egenkapital og gjeld, og vil kunne tilsi at kapitalsituasjonen i selskapet er forsvarlig selv der egenkapitalen er lav. Videre vil også selskapets eventuelle forsikringer som kan dekke uforutsette skader som kan oppstå gjennom virksomheten, kunne tilsi at en lavere kapitalsituasjon er forsvarlig. Det samme vil gjelde der det for eksempel er gitt garantier for aksjeselskapets forpliktelser.¹⁵²

Det er videre viktig å bemerke at en isolert sett lav egenkapital i selskapet ikke nødvendigvis vil tilsi at selskapet har et uforsvarlig samlet kapitalgrunnlag.¹⁵³ Forarbeidene til asl. § 3-4 påpeker at årsaken til lav egenkapital også vil være av betydning i forsvarlighetsvurderingen. For eksempel kan et selskap ha lav egenkapital siden virksomheten går med underskudd i oppstartsfasen, før selskapet får etablert seg og får en mer lønnsom drift.¹⁵⁴ Også der virksomheten drives innenfor en konjunkturutsatt bransje, vil den økonomiske nedgangstiden kunne gjøre det vanskelig for selskapet å unngå lav egenkapital i perioder. Dersom

¹⁴⁹ Bråthen (2019) s. 143.

¹⁵⁰ Meyer-Myklestad (2017) s. 58 og Nåmdal (2008) s. 355.

¹⁵¹ Jf. lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.) § 9-7 nr. 2. Se også Nåmdal (2008) s. 355 og Andenæs (2016) s. 553.

¹⁵² Nåmdal (2008) s. 355 og Bråthen (2019) s. 143.

¹⁵³ Nåmdal (2008) s. 354.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74 og 86. Se også Bråthen (2019) s. 144.

aksjonærene har en berettiget forventning om at virksomheten vil gå bedre på sikt, vil det være forsvarlig å drive videre selv om egenkapitalen er lav eller tapt. Det vil også være samfunnsmessig gunstig at en i utgangspunktet levedyktig bedrift kan drives med lav egenkapital i perioder fremfor at virksomheten legges ned som følge av egenkapitalen i en gitt periode er lav.¹⁵⁵

Drøftelsen viser at det er vanskelig å stille opp noen nedre grense for hva som skal regnes som uforsvarlig lav egenkapital slik at det foreligger underkapitalisering, siden vurderingen i § 3-4 baserer seg på en mer helhetlig og konkret vurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag. Oppgaven vil i det videre derfor undersøke om rettspraksis fra Høyesterett vil gi noen klarere føringer på når et selskap kan sees på som underkapitalisert. Til slutt vil det gis en sammenfatning av typetilfeller for underkapitalisering i kapittel 5.4.

5.3 Underkapitalisering i Høyesterettspraksis

Underkapitalisering har blitt anført for Høyesterett både som grunnlag for ansvarsgjennombrudd og på bakgrunn av asl. § 3-4 og erstatningsansvar etter § 17-1. I noen av sakene hvor underkapitalisering har vært oppe som tema, har det blitt prosedert på begge ansvarsgrunnlag.¹⁵⁶

5.3.1 Rt. 1996 s. 672, Kongeparken

I Kongeparken ble det kun prosedert på ansvarsgjennombrudd som grunnlag for å holde eneaksjonæren – morselskapet Park Holding AS – ansvarlig. Kreditorne hadde anført at Kongeparken AS var «klart underfinansiert», siden selskapet alene skulle stå for kostnader knyttet til investeringer og drift av parken på 1 500 000 kr.

I utilbørighetsvurderingen vurderte Høyesterett underkapitalisering som et spørsmål om egenkapitalgrunnlaget var «uforsvarlig lavt».¹⁵⁷ Det ble uttalt at selskapets aksjekapital på 50 000 kr åpenbart ville være utilstrekkelig dersom dette hadde vært selskapets eneste egenkapital. Imidlertid hadde morselskapet ytt kapitaltilskudd til Kongeparken AS på ca. 1,6 millioner kr. Høyesterett fant det nærliggende at denne lånekapitalen måtte sees på som

¹⁵⁵ Se Nåmdal (2008) s. 355-366.

¹⁵⁶ Eksempel på dette er Håheller-dommen i HR-2016-1440-A.

¹⁵⁷ Rt. 1996 s. 672 s. 680.

ansvarlige lån, som ville stå tilbake for øvrige kreditor krav. Grunnet det ansvarlige lånet var egenkapitalgrunnlaget derfor ikke uforsvarlig lavt.¹⁵⁸

Kreditorerne hadde anført at dette kapitalinnskuddet på 1,6 millioner kr måtte sees på som krisehjelp, ved at de hadde en kort tilbakebetalingsfrist og siden det ikke kom frem at lånet skulle stå tilbake for øvrige kreditorer. Høyesterett var imidlertid av den oppfatning at lånet hadde preg av en selvstendig tilførsel til selskapets kapitalbase ved oppstarten av virksomheten. Høyesterett påpekte så at et lån fra en privat aksjonær på 350 000 kr bar større preg av å være et kriselån ved at det var gitt på et tidspunkt hvor selskapet hadde problemer med likviditeten. Likevel ble det konkludert med at dette også måtte regnes som ansvarlig lånekapital, siden dette lånet rent faktisk hadde stått tilbake for kreditorenes krav i konkursbehandlingen.¹⁵⁹ Det var derfor ikke grunnlag for å hevde at selskapet var underkapitalisert.

Selv om § 3-4 ikke ble lovfestet før i aksjeloven av 1997, er det antatt med bakgrunn i Høyesteretts formulering om at underkapitalisering vil foreligge der egenkapitalgrunnlaget er «uforsvarlig lavt» tilsier at kravet etter § 3-4 om forsvarlig egenkapital også gjaldt etter den tidligere aksjeloven av 1976.¹⁶⁰

5.3.2 1979 s. 81, NBBL

I juridisk teori trekker Hagstrøm frem Rt. 1979 s. 81, NBBL som en sentral dom knyttet til underkapitalisering som moment i ansvarsgjennombrudd, selv om dommen er konkret begrunnet og ikke direkte uttaler seg om ansvarsgjennombrudd.¹⁶¹ Domsresultatet synes begrunnet i erstatningsrettslige synsmåter.¹⁶² Saken gjaldt utbyggingen av et boligfelt, hvor et av datterselskapene til Norske Boligbyggelags Landsforbund (NBBL), ble tildelt en byggekontrakt om oppføring av 144 rekkehusleiligheter. Morselskapet hadde medvirket til at datterselskapet fikk kontrakten og var ansatt som forretningsfører. Datterselskapet gikk imidlertid konkurs før ferdigstilling, noe som fordyret prosessen.

¹⁵⁸ Rt. 1996 s. 672 på s. 680.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Bråthen (2019), Norsk Lovkommentar, *Aksjeloven*, note 264, Rettsdata.no (lest 18. april 2020) og Andenæs (2016) s. 39.

¹⁶¹ Se Hagstrøm (2011) s. 103-104 med videre henvisninger.

¹⁶² Se Rt. 1979 s. 81 på s. 87.

Høyesterett kom til at NBBL måtte holdes erstatningsansvarlig for tapet som andelseierne i borettslaget ble påført. Dette på bakgrunn av at datterselskapet hadde hatt en svak økonomisk stilling helt fra 1965 frem til kontraktsinngåelsen i 1969 – blant annet viste regnskapet for 1968 viste et driftsunderskudd på 2,9 millioner kr.¹⁶³ Underkapitalisering ble ikke nevnt direkte som moment, men premissene i dommen peker i retning av at det var ansvarsbetingende av morselskapet å ikke informere om datterselskapets svake kapital situasjon når de selv var pådriver for kontraktsinngåelsen.¹⁶⁴

5.3.3 Rt. 1991 s. 119, Normount Africa Line

Også Normount Africa Line gjaldt erstatning og ikke ansvarsgjennombrudd. Siden dommen gjelder erstatningskrav på bakgrunn av påstått utilstrekkelig finansiering av aksjeselskap, vil den imidlertid være av interesse for vurderingen av underkapitalisering.

Bakgrunnen for saken var at en leverandør hadde tatt arrest i et skip som selskapet Normount hadde benyttet til innbefraktning, som følge av at Normount ikke klarte å innfri leverandørkrav. Rederiet måtte innfri kravet for å frigjøre skipet, og rettet derfor krav om erstatning mot styret i Normount.

Høyesterett uttalte at spørsmålet i saken var hvorvidt Normount før reisen hadde så dårlig økonomi at styret burde avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet, siden selskapet ikke ville være i stand til å dekke dem ved forfall.¹⁶⁵ I denne vurderingen ble det først påpekt at aksjonærene hadde betalt inn tilsammen 361 000 dollar som innskutt ansvarskapital, etter at også tidligere reiser hadde gått med tap. I forkant av den omtvistede reisen hadde Normount derfor 113 000 dollar i kapitalbase. Den innskutte lånekapitalen ble ansett å være ansvarlige lån, siden forutsetningen for innbetalingene var at de ikke skulle tilbakebetales før gjelden til kreditorene for den aktuelle reisen var dekket.¹⁶⁶

Videre påpekes det at styret ikke hadde noe urealistisk håp om at reisen med skipet vill gi gevinst, selv om dette hadde håpet hadde en høy grad av optimisme. Siden styrets vurderinger var basert på normale forretningsmessige vurderinger, la Høyesterett til grunn at det ikke forelå noen «uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning». Erstatningsansvar på

¹⁶³ Ibid s. 86.

¹⁶⁴ I denne retning også Hagstrøm (2011) s. 103-104.

¹⁶⁵ Rt. 1991 s. 199 s. 124

¹⁶⁶ Rt. 1991 s. 199 s. 126.

grunnlag av manglende finansiering ble derfor avvist.¹⁶⁷ Selv om dommen gjelder styreansvar, viser gjennomgangen i kapittel 5.2.1 at poenget knyttet til at egenkapitalgrunnlaget kan være forsvarlig der det er et berettiget håp om senere gevinst også må gjelde for aksjonærene.

5.3.4 HR-2016-1440-A, Håheller

Håheller-dommen som ble det avsagt i 2016 er videre av stor interesse for vurderingen av underkapitalisering. Saken gjaldt en leieavtale inngått for 30 år av ekteparet Lærdal, som de senere hadde overdratt til aksjeselskapet Håheller Utvikling AS. Hustruen var eneksjonær, styreleder og daglig leder i selskapet.¹⁶⁸ Ekteparet hadde tatt på seg betydelige forpliktelser etter avtalen med utleier, men fikk ikke den finansieringen til utviklingen av eiendommen som de hadde planlagt. Dette endte med selskapet fikk problemer med å betale utleie til utleier.

Utleieren gikk derfor til sak, og anførte at selskapet var underkapitalisert slik at hustruen måtte holdes ansvarlig både basert på ansvarsgjennombrudd og på bakgrunn av erstatningsregelen i asl. § 17-1 sammenholdt med regelen i asl. § 3-4. Høyesterett behandlet ikke ansvarsgjennombrudd direkte, men tok utgangspunkt i erstatningsregelen i asl. § 17-1.

I vurderingen av underkapitalisering etter § 3-4, ga Høyesterett sin tilslutning til uttalelser i juridisk teori om at man i vurderingen av selskapets egenkapital må ta hensyn til selskapets berettigede forventninger om fremtidig inntjening, samt at domstolen skal være tilbakeholden med å overprøve selskapets forsvarlighetsvurderinger.¹⁶⁹ Det ble så uttalt:

*«Avgjørende for vurderingen av om det foreligger underkapitalisering i vår sak er om det på tidspunktet for overdragelsen av kontrakten fra Lærdals til selskapet var grunnlag for et realistisk håp om at selskapet kunne reise den kapitalen som var nødvendig for å dekke forpliktelsene etter avtalen.»*¹⁷⁰

I vurderingen av om ekteparet hadde foretatt en uforsvarlig vurdering av kapitalbehovet ble det påpekt at det hadde blitt satt opp et budsjett på finansiering på mellom 27-40 millioner kr.¹⁷¹ Selskapet hadde ved stiftelsen en aksjekapital på den dagjeldende lovbestemte

¹⁶⁷ Rt. 1991 s. 199 s. 127.

¹⁶⁸ HR-2016-1440-A avs. 11.

¹⁶⁹ Se HR-2016-1440-A avs. 44-46 med videre henvisninger.

¹⁷⁰ HR-2016-1440-A avs. 49. Min utheving

¹⁷¹ HR-2016-1440-A avs. 50-52.

minimumskapitalen på 100 000 kr. Siden den planlagte finansieringen lot vente på seg, tilførte ekteparet selskapet kapital på omtrent 800 000 kr for å finansiere diverse utgifter.¹⁷²

Siden det ikke hadde blitt gitt noen «bindende tilsagn om større lånebeløp», uttalte Høyesterett at de nevnte lånene fra ektefellene måtte anses som «krisehjelp» og ikke ansvarlige lån som kan regnes med i vurderingen av selskapets finansielle styrke etter Kongepark-dommen.¹⁷³ Videre ble det påpekt at problemene med finansieringen også gjenspeilet seg i årsregnskapene til selskapet, ved at eksempelvis årsregnskapet for 2012 viste et underskudd på 443 115 kr og en negativ egenkapital på 464 809 kr.¹⁷⁴

Høyesterett konstaterte derfor at det på tidspunktet for overdragelsen av avtalen til selskapet var helt uklart hvordan de planlagte prosjektene og forpliktelsene etter avtalen skulle finansieres, og at det var helt urealistisk at selskapet ville motta offentlig støtte i den millionklassen som det hadde blitt budsjettert med. Siden ekteparet heller ikke kunne ha noen rimelig forventning om å oppnå slik finansiering innen overskuelig fremtid, ble det konkludert med at overdragelsen av ekteparets forpliktelser etter avtalen hadde skjedd til et aksjeselskap som ikke tilfredsstilte kravene til forsvarlig egenkapital etter § 3-4.¹⁷⁵

På bakgrunn av dette var det «klart uaktsomt» av hustruen som styreleder å pådra selskapet en slik forpliktelse. Høyesterett påpekte imidlertid at hustruen også måtte hefte som aksjonær i selskapet. Ved å overdra leieavtalen til et «åpenbart underkapitalisert selskap», hadde hun handlet for å kvitte seg med sitt personlige ansvar, noe som ville innebære «en misbruk av aksjeselskapsformen».¹⁷⁶ På bakgrunn av dette ble hustruen holdt erstatningsansvarlig etter § 17-1 førsteledd, mens ektemannen ble holdt ansvarlig som medvirker etter § 17-1 andre ledd.¹⁷⁷

5.4 Typetilfeller for underkapitalisering

Gjennomgangen i kapittel 5.2 viser at det er vanskelig å stille opp en generell nedre grense for når et aksjeselskap har så lav egenkapital at selskapet må regnes som underkapitalisert siden vurderingen av forsvarlig egenkapital etter aksjeloven § 3-4 er konkret og skjønnsmessig. På

¹⁷² HR-2016-1440-A avs. 54-58.

¹⁷³ HR-2016-1440-A avs. 59.

¹⁷⁴ HR-2016-1440-A avs. 60.

¹⁷⁵ HR-2016-1440-A avs. 63.

¹⁷⁶ HR-2016-1440-A avs. 80-81.

¹⁷⁷ HR-2016-1440-A avs. 81.

bakgrunn av gjennomgangen av aktuell rettspraksis i kapittel 5.3 er det likevel mulig å påpeke noen typetilfeller for underkapitalisering.

For det første viser Høyesterett sin argumentasjon i både Normount og Håheller at underkapitalisering må ta utgangspunkt i hvorvidt aksjonærene har gjort en «uforsvarlig» vurdering av selskapets kapital situasjon.¹⁷⁸ Siden ansvarsbegrensningen i asl. § 1-2 forutsetter at aksjonærene kan drive risikofylt virksomhet, er det ikke nok at selskapets økonomi isolert sett er svak ved at egenkapitalen er lav. Hvorvidt aksjonærene har tatt en uforsvarlig vurdering av selskapets kapital situasjon vil påvirkes av om aksjonærene på tidspunktet for sine beslutninger knyttet til selskapets videre drift har hatt en berettiget og realistisk forventning om at kapital situasjonen for selskapet ville bedres på sikt. Det er først der kapitalgrunnlaget i seg selv er svakt og aksjonærene likevel fortsetter driften selv om dette medfører stor risiko for ytterligere tap at det kan sies å foreligge underkapitalisering.¹⁷⁹

For eksempel påpekte Høyesterett i Normount at selskapet ikke kunne regnes som underkapitalisert siden det var foretatt normale forretningsmessige vurderinger i forkant av reisen med skipet, og at styreledernes håp om at reisen skulle ende med fortjeneste var realistiske selv om de var noe optimistiske. I Håheller, hvor det ble konkludert med at det forelå underkapitalisering, var situasjonen imidlertid en annen. Dette siden eneaksjonæren og styrelederen hadde overført en leieavtale med tyngende forpliktelser til et selskap uten noen realistisk mulighet til å oppnå tilstrekkelig kapital for forpliktelsene. At det ikke forelå noen realistisk mulighet for finansiering var klart allerede da avtalen ble overført til selskapet, siden forsøk på finansiering gjennom offentlige støtteordninger allerede hadde feilet på dette tidspunktet.

I NBBL ble morselskapet videre holdt erstatningsansvarlig siden det bevisst hadde medvirket til at en kontraktspart inngikk avtale om bygging av boligfelt med datterselskapet, selv selskapet hadde et regnskapsmessig driftsunderskudd på 2,9 millioner.¹⁸⁰ Også denne dommen kan tas til inntekt for at det foreligger underkapitalisering der aksjonærene er bevisste på at selskapet har lav økonomi, men likevel velger å inngå kontrakter som kan medføre ytterligere risiko for tap og dermed insolvens for selskapet.

¹⁷⁸ Se henholdsvis Rt. 1991 s. 119 på s. 127 og HR-2016-1440-A avs. 49.

¹⁷⁹ Nåmdal (2008) s. 358.

¹⁸⁰ Rt. 1979 s. 81 på s. 86-87.

At aksjonærene ikke har noen realistisk forventning om at selskapet vil kunne reise den nødvendige kapitalen til å dekke fremtidige forpliktelser, har i juridisk teori blitt formulert som et spørsmål om hvorvidt aksjonærene påfører selskapet en for stor risiko for insolvens.¹⁸¹ Grunnen til at det konstateres at det foreligger underkapitalisering i slike tilfeller, er siden det er lite sannsynlig at selskapet vil kunne oppfylle sine forpliktelser i fremtiden.¹⁸² Den nevnte rettspraksisen viser her at det uforsvarlige fra aksjonærenes side ikke ligger i at kapitalgrunnlaget isolert sett er for lavt, men i at de bevisst fortsetter driften eller påfører selskapet tyngende kontraktsforpliktelser som ikke står i sammenheng med det lave kapitalgrunnlaget. Slik underkapitalisering ved for høy insolvensrisiko kan videre også skje allerede fra stiftelsen av selskapet, for eksempel der et morselskap plasserer en særlig risikofylt virksomhet i et datterselskap med lavt kapitalgrunnlag.¹⁸³ Siden aksjonærene i slike tilfeller kan sies å ikke respektere ansvarsbegrensningen ved å overføre for stor risiko for tap på kreditorene, kan man argumentere for at den samlede kapital situasjonen i selskapet er uforsvarlig og at det derfor foreligger underkapitalisering.¹⁸⁴

En annen aktuell situasjon for underkapitalisering ut fra den gjennomgåtte rettspraksisen er der selskapet selv ikke driver noen selvstendig økonomisk aktivitet, men er avhengig av kapitaltilførsel fra aksjonærene for å kunne drive videre. Høyesterett sin argumentasjon i Håheller viser dette, ved at det ble påpekt at lånene som ekteparet ga til selskapet ble gitt som «kriselån» og ikke ansvarlig lånekapital som vil stå tilbake for kreditorenes gjeld slik konklusjonen ble i Kongeparken og Normount.¹⁸⁵ Dette kan begrunnes i at selskapet ble tilført kapitalen på et tidspunkt hvor årsregnskapet allerede viste at selskapet hadde økonomiske problemer. Kapitaltilførselen kan dermed sees på som kapital som vil holde selskapet «kunstig i live» på kreditorens regning.¹⁸⁶

Grunnen til at det det har blitt argumentert for at det foreligger underkapitalisering i tilfeller av krisehjelp, er siden aksjeselskapet vil være avhengig av tilskudd fra aksjonærene for å kunne drive videre. Uten denne kapitaltilførselen ville selskapet blitt insolvent, siden det ikke har noen selvstendig mulighet til å opparbeide seg egen kapital ettersom driften ikke er

¹⁸¹ Nåmdal (2008) s. 358 og Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel V, del 4.2, avs. 3-5.

¹⁸² Bråthen (2001) avs. 16.

¹⁸³ Hagstrøm (2011) s. 103 og Grønland (1996) s. 110.

¹⁸⁴ Nåmdal (2008) s. 358 og Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel V, del 4.2, avs. 3-5.

¹⁸⁵ Se HR-2016-1440-A avs. 59.

¹⁸⁶ Tilsvarende i Nåmdal (2008) på s. 370.

lønnsom. I slike situasjoner vil selskapet drives på aksjonærenes nåde, og ikke ha den selvstendigheten som aksjeselskapsformen forutsetter.¹⁸⁷

Dette kan for eksempel være tilfellet der et morselskap plasserer en risikofylt del av egen virksomhet i datterselskap med lav kapitalbase, og sørger for å tilføre nok kapital til at selskapet unngår insolvens.¹⁸⁸ Morselskapet vil i slike situasjoner kunne tjene på at virksomheten fortsetter ved at datterselskapet for eksempel leverer tjenester til morselskapet, samtidig som kreditorenes dekningsmuligheter ikke forbedres. Virksomheten drives dermed videre på kreditorenes regning, noe som vil gjøre at hensynene bak ansvarsbegrensningen svekkes slik at det kan argumenteres for at det foreligger underkapitalisering.¹⁸⁹

Det konkluderes etter dette med at underkapitalisering i tråd med rettspraksis og juridisk teori vil være særlig aktuelt i situasjoner hvor aksjonærene gjennom sin beslutningskompetanse på generalforsamling har utsatt kreditorene for en uforsvarlig risiko ut fra selskapets samlede kapitalgrunnlag og der selskapet er uselvstendig ved at det holdes kunstig i live utelukkende gjennom kapitaltilførsel fra aksjonærene.

5.5 Terskelen for utilbørlig underkapitalisering

Dersom man konkluderer med at aksjonærene har underkapitalisert aksjeselskapet i tråd med vurderingstemaene nevnt i kapittel 5.2-5.4, vil det neste spørsmålet være hvorvidt underkapitaliseringen kan føre til at ansvarsbegrensningen settes til side gjennom ansvarsgjennombrudd. Dette vil bero på hvorvidt underkapitaliseringen kan nå opp til den nevnte utilbørlighetsterskelen som Høyesterett stilte opp i Kongeparken.¹⁹⁰

I tråd med uttalelsene i Kongeparken kan utilbørlighetskravet beskrives som et objektivt kriterium knyttet til rettsstrid, hvor det avgjørende vil være om hensynene bak ansvarsbegrensningen er svekket siden aksjonærene bevisst har misbrukt selskapsformen slik at de ikke lenger fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen. For å sikre at en regel om ansvarsgjennombrudd ikke uthuler ansvarsbegrensningen unødige, må utilbørlighetsterskelen settes høyt slik at regelen kun rammer de mer klanderverdige tilfellene hvor kreditorene

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Eksempelet er hentet fra Hagstrøm (2011) s. 103.

¹⁸⁹ Se Nämndal (2008) på s. 350 og s. 370; Asmundsson/Gustavsson (1995) kapittel V, del 4.4 avs. 3-5.

¹⁹⁰ Rt. 1996 s. 672 på s. 679-680.

rammes særlig hardt.¹⁹¹ På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at det først og fremst vil være en vedvarende og planmessig eller bevisst underkapitalisering fra aksjonærenes side som vil fremstå som utilbørlig overfor kreditorene.¹⁹² Det vil derimot ikke foreligge utilbørlig underkapitalisering der aksjonærene har foretatt uheldige eller feilaktige vurderinger knyttet til lønnsomheten av virksomheten slik at kapitalgrunnlaget er lavt i en kortere periode.¹⁹³

I forarbeidene til aksjeloven av 1997 kommer det frem at det «synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i et konsern enn i en del andre tilfeller».¹⁹⁴ Uttalelsene kan tas til inntekt for at ansvarsgjennombrudd vil være mer aktuelt overfor visse aksjonærer. Et morselskap vil etter konserndefinisjonen i aksjeloven § 1-3 (2) ha «bestemmende innflytelse» på datterselskapet, noe som vil tilsvare mer enn 50 % av aksjene eller at morselskapet har rett til å velge datterselskapets styre. Dersom et morselskap bruker denne innflytelsen til å bevisst drive datterselskapet med en lav egenkapital som ikke står i sammenheng med omfanget og risikoen ved driften, vil dette kunne sees på som en overstyring av selskapet på kreditorenes regning som lettere vil nå opp til utilbørlighetsterskelen.

En eneaksjonær eller en majoritetsaksjonær med mer enn 50 % av aksjene, kan på samme måte bruke sin bestemmende innflytelse på generalforsamlingen til å bevisst drive selskapet med så lav egenkapital som mulig for å maksimere egen profitt. Håheller-dommen kan tas til inntekt for dette. I dommen var en privatperson både eneaksjonær, styreleder og daglig leder. Høyesterett kom til at hun var erstatningsansvarlig som styreleder, men også i kraft av å være eneaksjonær. Det ble konstatert at hennes overdragelse av leiekontrakten til et «åpenbart underkapitalisert» selskap for å kvitte seg med eget personlig ansvar, ville innebære et «misbruk av aksjeselskapsformen».¹⁹⁵

Uttalelsen må forstås på bakgrunn av at det var snakk om en eneaksjonær, og at hennes bestemmende innflytelse i aksjeselskapet ble brukt til å kvitte seg med et tyngende personlig ansvar. At Høyesterett konstaterte at dette ville utgjøre misbruk av aksjeselskapsformen tilsier at en tilsvarende situasjon også ville nådd opp til den strenge utilbørlighetsterskelen etter en

¹⁹¹ Se gjennomgangen i kapittel 3.2.

¹⁹² Christoffersen (2017) på s. 132 og Hagstrøm (2011) s. 111.

¹⁹³ Nåmdal (2008) s. 367.

¹⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117 og Hagstrøm (2011) s. 103.

¹⁹⁵ HR-2016-1440-A avs. 80-81.

regel om ansvarsgjennombrudd siden eneaksjonærer ikke fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen i slike misbrukssituasjoner.¹⁹⁶

Dette stiller seg imidlertid annerledes der det er snakk om en minoritetsaksjonær som kun eier en mindre andel i selskapet.¹⁹⁷ En minoritetsaksjonærer kan for eksempel foreslå på generalforsamlingen at selskapet skal ta en uforsvarlig risiko ut fra sitt kapitalgrunnlag. Likevel vil ikke en minoritetsaksjonær ha bestemmende innflytelse i selskapet, slik at et slikt forslag derfor ikke vil være utilbørlig på samme måte som tilfellet der det er snakk om en aksjonær som bruker sin bestemmende innflytelse til å drive selskapet med uforsvarlig lav egenkapital.

I juridisk teori har det videre blitt tatt til orde for at en passiv småaksjonær ikke kan holdes ansvarlig etter en regel om ansvarsgjennombrudd der selskapet er underkapitalisert. Dette kan begrunnes i at en selskapsdeltaker som ikke deltar i beslutningene som blir fattet på generalforsamlingen, og som heller ikke har nok aksjer til å påvirke beslutningene som tas, ikke kan sies å ha handlet utilbørlig. Dersom ansvarsbegrensningen hadde blitt satt til side i slike situasjoner, ville dette dessuten kunne hatt uheldige konsekvenser ved at småinvestorer hadde vegret seg for å skyte inn kapital der de kun får mindre eierandeler i aksjeselskapet.¹⁹⁸

Følgelig vil ansvarsgjennombrudd ved utilbørlig underkapitalisering først være aktuelt der et morselskap, en eneaksjonær eller en majoritetsaksjonær har brukt sin bestemmende innflytelse i selskapet til å ta en uforsvarlig risiko ut fra selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene, eller der aksjonærene bruker sin innflytelse til å holde selskapet kunstig i live på kreditorenes regning.

Forarbeidene til aksjeloven av 1997 påpeker videre at også forhold på kreditorsiden kan ha innvirkning i hvorvidt det er grunnlag for å tilsidesette ansvarsbegrensningen gjennom ansvarsgjennombrudd, ved at det vil være større grunner til å tillate slikt ansvar overfor tredjepersoner «enn for ansvar i kontraktsforhold hvor medkontrahenten selv kan vurdere det kontraherende selskapets stilling».¹⁹⁹ Skillet mellom den frivillige og den ufrivillige

¹⁹⁶ I samme retning, se Også Christoffersen (2019) s. 107.

¹⁹⁷ Woxholth (2014) s. 70.

¹⁹⁸ Nåmdal (2008) s. 371.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

kreditorene som ble presentert innledningsvis i kapittel 1.3.3 kan følgelig få innvirkning i utilbørighetsvurderingen.

En kontraktspart er et eksempel på en frivillig kreditor. Også rettspraksis kan tas til inntekt for at ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering vil være mindre aktuelt i slike tilfeller. I Minnor la Høyesterett i vurderingen av ansvarsgjennombrudd for eksempel til grunn at kreditorene – en finansinstitusjon – hadde vært klar over at virksomheten var risikofylt, og at det var aksjeselskapet og ikke eierselskapene som stod som debitor i kontrakten. Det kunne da ikke anses som utilbørlig at kontrakten ble opprettholdt.²⁰⁰

At kreditortypen er av betydning er også lagt til grunn i juridisk teori, hvor Hagstrøm argumenter for at ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering ikke vil kunne gjøres gjeldende der kontraktskreditoren «*var kjent med at kapitalgrunnlaget var for svakt da kreditt ble ydet*».²⁰¹ Dette kan begrunnes i at kreditorene i slike tilfeller har hatt mulighet til å orientere seg om aksjeselskapets finansielle situasjon slik at de dermed kan sies å ha akseptert risikoen knyttet til kapitalgrunnlaget i selskapet.²⁰²

Også HR-2016-1440-A, Håheller, gjaldt et kontraktsforhold. I dommen ble det i erstatningsvurderingen påpekt at utleieren hadde akseptert at leietakeren kunne overføre sine forpliktelser etter utleieavtalen til et aksjeselskap i leiekontrakten. Høyesterett påpekte derimot at han ikke kunne sies å ha akseptert at leiekontrakten skulle overføres til et selskap med et så svakt økonomisk fundament at kravene i aksjeloven § 3-4 ikke var innfridd.²⁰³ Dette kan tilsi at en etterfølgende underkapitalisering fra aksjonærenes side vil kunne nå opp til utilbørighetsterskelen i en regel om ansvarsgjennombrudd også der det er snakk om en kontraktskreditor, til forskjell fra den opprinnelige underkapitaliseringen.²⁰⁴

Ettersom ansvarsgjennombrudd må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, vil slike aksept-av risiko-momenter harmonere godt med den skjønnsmessige vurderingen som må foretas knyttet til hvorvidt det er grunnlag for å tilsidesette ansvarsbegrensningen. Om medkontrahenten først velger å akseptere selskapet lave kapitalsituasjon, vil det være få grunner til at han senere kan høres med innvendinger knyttet til at det samme

²⁰⁰ Rt. 1996 s. 742 på s. 758.

²⁰¹ Hagtrøm (2011) s. 105 og Aarbakke mfl. (2012) s. 44-45.

²⁰² Hagtrøm (2011) s. 105.

²⁰³ HR-2016-1440-A avs. 66-75.

²⁰⁴ Jf. også Nåmdal (2008) s. 360.

kapitalgrunnlaget må sees på som utilbørlig. Videre kan det motsatt også tas hensyn til at en ufrivillig kreditor, som for eksempel en skadelidt som krever erstatning, en arbeidstaker som krever lønn eller en miljøskadekreditor, derimot ikke vil ha anledning til å foreta slike vurderinger av selskapets kapitalgrunnlag. I slike tilfeller vil det være rimelig at det i større grad åpnes for ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering.²⁰⁵

Drøftelsen viser at utilbørlig underkapitalisering av aksjeselskaper fra aksjonærenes side først og fremst vil være aktuelt der det er snakk om et morselskap, en eneaksjonær eller en majoritetsaksjonær som i en lenger periode bevisst har utsatt aksjeselskapet for uforsvarlig lav egenkapital eller holdt selskapet kunstig i live på kreditorenes regning. Videre vil en slik underkapitalisering først og fremst være utilbørlig der kreditoren er ufrivillig og ikke står i et kontraktsforhold med aksjeselskapet eller der underkapitaliseringen har skjedd i etterkant av kontraktsinngåelsen. Dersom regelen reserveres til slike tilfeller, vil ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering ikke uthule ansvarsbegrensningen unødvendig. Dette siden aksjonærene i en slik situasjon har misbrukt aksjeselskapsformen, slik at de ikke fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen.

5.5.1 Kan underkapitalisering alene føre til ansvarsgjennombrudd?

Dersom det foreligger en vedvarende og bevisst underkapitalisering fra en aksjonær med bestemmende innflytelse på aksjeselskapet overfor en kreditor som ikke har akseptert den lave kapitalsituasjonen, kan det til slutt stilles spørsmål om denne underkapitaliseringen alene vil være nok til å nå opp til utilbørlighetsterskelen som er stilt opp i Kongeparken.

Uttalelsen i Kongeparken om at det avgjørende vil være en helhetlig vurdering hvor man ser hen til både hvorvidt det vil være utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen og om det foreligger en sammenblanding mellom aksjonærenes og aksjeselskapets formuesmasse, kan forstås som at også momentet knyttet til sammenblanding må være til stede for å tilsidesette ansvarsbegrensningen.²⁰⁶ Flere forfattere har vært negative til at underkapitalisering alene kan begrunne ansvarsgjennombrudd, siden aksjeloven forutsetter at aksjeselskapet kan drives med relativ lav egenkapital i perioder.²⁰⁷

²⁰⁵ Se Nåmdal (2008) s. 360 flg; Bugge (1999) s. 606-608 og Skar (2019) s. 298.

²⁰⁶ Hagstrøm (2011) s. 104.

²⁰⁷ Se Knudsen (1994) s. 113 og Grønland (1996) s. 110 som begge kort avviser at underkapitalisering alene kan danne grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

Som nevnt er ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering imidlertid mest aktuelt der det er snakk om et morselskap, en eneaksjonær eller en majoritetsaksjonær. I slike tilfeller vil noe av den utilbørlige adferden ligge i at aksjonæren bruker sin dominerende innflytelse i selskapet til å drive virksomhet over en lenger periode med et uforsvarlig kapitalgrunnlag. Dette vil tilsvare momentet knyttet til dominerende rådighet, som ofte trekkes frem som et moment i vurderingen av ansvarsgjennombrudd. Momentene knyttet til dominerende rådighet og underkapitalisering vil derfor gli noe inn i hverandre.²⁰⁸

Dersom det i tillegg til slik underkapitalisering ved bestemmende innflytelse også foreligger tapping av selskapsmidlene eller en sammenblanding mellom formuesmassene til aksjonærene og aksjeselskapet, vil dette være momenter som vil tydeliggjøre at det foreligger et utilbørlig misbruk av aksjeselskapsformen. For eksempel kan aksjonærene i tillegg til underkapitaliseringen ha tatt ulovlig utbytte eller sørget for en sammenblanding av virksomheten som gjør det vanskelig for kreditorene å skille ut formuesmassene de kan ta dekning i.

Likevel kan det etter mitt syn også argumenteres for at utilbørlighetsterskelen vil være overtrådt også utelukkende basert på at det foreligger vedvarende og bevisst underkapitalisering der aksjonæren har en dominerende innflytelse i aksjeselskapet. Dette siden aksjonæren bevisst plasserer en for stor del av virksomhetens risiko hos kreditorene. Siden aksjonæren kan sies å ikke respektere hensynene bak ansvarsbegrensningen i slike tilfeller, vil det foreligge rettsmisbruk som i seg selv kan tilsi at ansvarsbegrensningen settes til side for den aktuelle aksjonæren.

5.6 Det praktiske behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering

Avslutningsvis vil det praktiske behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering kommenteres. Drøftelsen i kapittel 5 har vist at en i vurderingen av hvorvidt aksjeselskapet er underkapitalisert må se hen til aksjeselskapslovens § 3-4 for å avgjøre hvorvidt selskapet drives med uforsvarlig lav egenkapital. Brudd på bestemmelsen kan imidlertid også føre til erstatningsansvar for aksjonærene etter aksjeloven § 17-1.

²⁰⁸ Nåmdal (2008) s. 372.

Oppgavens drøftelse har videre vist at en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering vil være mest aktuell der en aksjonær har bestemmende kontroll over selskapet og bruker denne til å vedvarende og bevisst drive selskapet med for lav egenkapital overfor en kreditor som ikke har akseptert dette. Der det er underkapitaliseringen som danner den utilbørlige adferden som gir grunnlag til å tilsidesette ansvarsbegrensningen, kan det argumenteres for at dette uansett fanges opp av erstatningsansvaret i § 17-1 hvor det kreves uaktsom opptreden fra aksjonæren.

Dette støttes opp av Høyesterett sin argumentasjon i Håheller, hvor det ble uttalt at brudd på plikter for aksjonærene etter aksjeloven –som for eksempel § 3-4 – vil føre til en presumsjon for at vedkommende har handlet uaktsomt.²⁰⁹ I dommen ble det konkludert med at det klart underkapitaliserte selskapet måtte føre til erstatningsansvar for styrelederen, og at hun også måtte hefte i kraft av sin posisjon som eneksjonær.²¹⁰ I juridisk teori argumenteres det på bakgrunn av uttalelsene i Håheller at det ikke kan sies å være noe praktisk behov for en egen regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering ved siden av aksjelovens bestemmelser.²¹¹ Dette siden vilkårene for erstatning knyttet til økonomisk tap, uaktsomhet og årsakssammenheng vil være innfridd i slike situasjoner, slik at ansvar uansett vil inntre etter erstatningsregelen i § 17-1.

Videre er det også trolig at domstolene der de kan argumentere basert på den lovfestede regelen i § 17-1 heller vil løse spørsmålet om underkapitalisering etter denne enn etter en regel om ansvarsgjennombrudd som har et mye mer usikkert rettskildemessig grunnlag.²¹² Basert på det overnevnte, kan det se ut til at en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering vil bli mer subsidiær ved siden av erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1 og § 3-4, og at ansvaret først vil komme på spissen der det er uklart om erstatningsansvar vil føre frem eller der det utelukkende prosederes på ansvarsgjennombrudd for domstolene.²¹³

Der underkapitaliseringen skjer i sammenheng med øvrige momenter i utilbørlighetsvurderingen, slik som sammenblanding av aksjonærenes og aksjeselskapets formuesmasser, kan ansvarsgjennombrudd derimot sies å få mer selvstendig betydning. I tilfeller av sammenblanding kan det være vanskelig for kreditorene å vite hvilke

²⁰⁹ HR-2016-1440-A avs. 41. Se også Bråthen (2019) s. 225.

²¹⁰ HR-2016-1440-A avs. 80.

²¹¹ Andenæs (2016) s. 39; Christoffersen (2017) s. 1321

²¹² Christoffersen (2017) s. 132.

²¹³ Sistnevnte var situasjonen både i Kongeparken og RG-2007-411, Norske Fina AS.

formuesmasser de kan søke dekning i.²¹⁴ Siden det ikke lenger foreligger et klart skille mellom formuesmassene, vil sammenblandingen vanskeliggjøre bevisførselen knyttet til økonomisk tap, uaktsomhet og årsakssammenheng i en vurdering av erstatningsansvar. Ved ansvarsgjennombrudd vil en derimot mer objektivt se hen til at det foreligger rettsstrid ved underkapitalisering og sammenblanding av formuesmassene, og basert på dette vurdere hvorvidt det vil være utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen i det konkrete tilfellet. Underkapitalisering i en regel om ansvarsgjennombrudd vil derfor få størst betydning ved siden av erstatningsansvaret der aksjonærene også bruker sin innflytelse til å sammenblande egen formuesmasse med selskapets, for å på den måten plassere all risiko ved virksomheten hos kreditorene.

²¹⁴ Nåmdal (2008) s. 324.

6 Avsluttende refleksjoner

Opgavens drøftelse har vist at det er rettskildemessig dekning for en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk aksjeselskapsrett. Regelen må imidlertid begrenses til en snever unntaksregel så en ikke uthuler den grunnleggende ansvarsbegrensningen i for stor grad, siden dette kan ha negativ innvirkning på investeringslysten og gjøre det mindre gunstig å drive virksomhet gjennom aksjeselskap.

En regel om ansvarsgjennombrudd vil kreve at aksjonærene har brukt selskapsformen på en utilbørlig måte som ikke fortjener vern gjennom ansvarsbegrensningen. Det må foretas en helhetlig vurdering hvor aktuelle momenter som kan spille inn vil være at det foreligger dominerende rådighetsutøvelse, sammenblanding, tapping eller underkapitalisering.

Opgavens hovedproblemstilling har knyttet seg til en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering. Gjennomgangen viser at en slik regel vil være mest aktuell der en aksjonær med bestemmende innflytelse på aksjeselskapet har brukt sin påvirkningskraft til å bevisst drive aksjeselskapet med et uforsvarlig lavt kapitalgrunnlag sett opp mot virksomhetens risiko eller der selskapet er holdt kunstig i live på kreditorenes regning. Dette vil være mest aktuelt overfor kreditorer som ikke har akseptert selskapets lave kapitalgrunnlag.

Selv om rettskildene gir grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering, er imidlertid behovet for en slik regel mindre siden underkapitalisering etter aksjeloven § 3-4 fører til en presumsjon for erstatningsansvar for aksjonærene etter § 17-1. Det er derfor først og fremst tilfeller hvor aksjonærene i tillegg til underkapitaliseringen også foretar en sammenblanding mellom selskapet og egne formuesmasser at ansvarsgjennombrudd får sin selvstendige betydning. Dersom regelen om ansvarsgjennombrudd reserveres til slike tilfeller, vil dette etter mitt syn ikke uthule det begrensede ansvaret unødvendig. Dette siden aksjonærene ved slik utilbørlig opptreden har handlet i strid med aksjeselskapsformen, slik at de derfor ikke kan forvente beskyttelse gjennom ansvarsbegrensningen.

Kilderegister

Norske lover:

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

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

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven – rskl.)

Lov 08. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven – kkl.)

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven - forurl.)

Lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.)

Lovforarbeider:

NOU 1992:20, *Lov om aksjeselskaper*

Ot.prp.nr.36 (1993-1994), *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)*

NOU 1996:3, *Ny aksjelovgivning*

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

Innst. O. nr. 80 (1996–1997), *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringer i anna lovgjvening som følge av ny aksjelovgjeving m.m.*

Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.*

Prop. 111 L (2012–2013), *Endringer i aksjeloven mv. forenklinger.*

Høyesterettspraksis:

Rt. 1975 s. 198

Rt. 1979 s. 81, NBBL

Rt. 1991 s. 119, Normount

Rt. 1993 s. 20, Sjødal

Rt. 1996 s. 672, Kongeparken

Rt. 1996 s. 742, Minnor

Rt. 2010 s. 306, Hempel

HR-2016-1440-A, Håheller

HR-2015-470-U

HR-2007-154-U.

Underrettspraksis:

LE-2018-187036

LB-2017-14994

LB-2015-176993

LB-2014-31453

LG-2013-210482

LH-2011-206280

LB-2011-23044

LE-2009-61872

LB-2008-133972

LB-2008-45086

LB-2007-79230

RG-2007-411

LB-2005-123427

LG-2005-82207

LH-2005-57450

LB-2003-15111

LF-2002-197

LB-1997-163

LH-1996-106

Fagbøker:

Aarbakke mfl. (2012)

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone, og Skåre, Jan, *Aksjeloven og almennaksjeloven, Kommentartutgave*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2012.

Aarum (1994)

Aarum, Kristin Normann, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskap*, Ad Notam Gyldendal AS, 1994.

Andenæs (2016)

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper*, 3. utgave ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, Oslo, 2016.

Andenæs (2007)

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

Andenæs (1984)

Andenæs, Mads Henry, *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)*, i Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Del II, Oslo, 1984, inntatt på s. 183–189.

Brunsvig (1988)

Brunsvig, *Hva er en aksjeeier*, inntatt i *Lov, dom og bok: Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988* på s. 67–83, Oslo, 1988.

Bråthen (2019)

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, Gyldendal, 6. utgave, Oslo 2019.

Bugge (1999)

Bugge, Hans Christian, *Forurensningsansvaret – Det økonomiske ansvaret for å forebygge, reparere og erstatte skade ved forurensning*, Tano Aschehoug, 1999.

Christoffersen (2008)

Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 1. utgave, 2008.

Christoffersen (2019)

Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Aksjeeiers lojalitetsplikt – samspillet mellom aksjeselskapsretten og den alminnelige formueretten*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 1. utgave, 2019.

Dahl (1984)

Dahl, Jan, *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)*, i Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Del II, Oslo, 1984, inntatt på s. 193–194.

Gjems-Onstad (2013)

Gjems-Onstad, Ole, *Valg av selskapsform*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2. utgave, 2013.

Handeland og Schwencke (2011)

Handeland, Øyvind og Schwencke, Hans Robert, *Regnskapsloven med kommentarer*, 2. utgave, 1 opplag, Gyldendal Akademisk, Oslo 2011.

Hagstrøm (2013)

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, 2. opplag, Oslo 2013 s. 102-112.

Knudsen (1984)

Knudsen, Gudmund, *Morselskaps ansvar for datterselskaps forpliktelser (ansvarsgjennombrudd)*, i Forhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet Del II, Oslo, 1984, inntatt på s. 194–196.

Knudsen (1994)

Gudmund Knudsen, *Gjeldsansvar i konsern*, i *Noen sentrale emner innen norsk konsernrett*, Torvild Aakvaag, Odvar Thorsen, Magnus Aarbakke, Gudmund Knudsen og Kåre Lilleholt (red.), på s. 85-117, Oslo, 1994.

Lowzow og Reed (1993)

Lowzow, Halfdan og Reed, Bjørn Gabriel, *Aksjonæravtaler*, Ad Notam Gyldendal, 1993.

Monsen (2012)

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1 utgave, 1. opplag, Cappelen Damm Akademisk, 2012.

Nygaard (2004)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave Universitetsforlaget, Bergen 2014.

Stenvik (2010)

Stenvik, Arne, *Erstatning og rettssubjektivitet*, i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.) på s. 281-301, Gyldendal Norsk Forlag AS, 1. utgave, 2010.

Woxholth (2014)

Woxholth, Geir *Selskapsrett*, 5. utgave, 1. opplag, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2014. s. 129-134.

Juridiske artikler, lovkommentarer og avhandlinger:

Aarbakke (2019)

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone og Skåre, Jan, *Norsk Lovkommentar: Aksjeloven*, § 3-4, Krav om forsvarlig egenkapital og likviditet, Jurdika.no (lest 31. mars 2020)

Alteren (2019)

Alteren, Kristine, *Norsk lovkommentar: Aksjeloven*, note 2662, Rettsdata.no (lest 18. april 2020).

Asmundsson/Gustavsson (1995)

Asmundsson, Steffen og Gustavsson, Geir, *Utvidet aksjonæransvar - ansvarsgjennombrudd*, Jussens Venner 04/1995 (Volum 61) s. 192–298, tilgjengelig på idunn.no.

Bråthen (2019)

Bråthen (2019), Norsk Lovkommentar, *Aksjeloven*, note 264, Rettsdata.no (lest 18. april 2020).

Bråthen (2015)

Bråthen, Tore, *LG-2013-210482. Morselskapets ansvar etter forurensningsloven for datterselskapets opprydningskostnader med i forbindelse med miljøopprydning. Anke ikke tillatt fremmet*, jf. *HR-2015-470-U*, Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett 2015:3 s. 105, 2015, tilgjengelig på rettsdata.no.

Bråthen (2001)

Bråthen, Tore, *Forsvarlig egenkapital*, Econas Tidsskrift for økonomi og ledelse, nr. 5/2001, <https://www.magma.no/forsvarlig-egenkapital> (lest 12. februar 2020).

Christoffersen (2017)

Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Ansvarsgjennombrudd – kollisjon og samspill mellom erstatningsrettslige og aksjeselskapsrettslige prinsipper*, MarLus 484 (2017), s. 122-143. Tilgjengelig online: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/64134/2/Marius484_BuskerudChristoffersen.pdf (lest 17.04.20).

Fjørtoft (1995)

Fjørtoft, Tore, *Ansvarsgjennombrot – eit spørsmål om selskapsrettsleg identifikasjon* (1995), Jussens Venner 05/1997 (Volum 59) s. 300-317, tilgjengelig på Idunn.no.

Grønland (1996)

Grønland, Karl-Anders, *Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelser – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og 29. mai 1996*, Tidsskrift for forretningsjus 1996 nr. 3 s. 10, tilgjengelig på lovdata.no.

Hagstrøm (1993)

Hagstrøm, Viggo: *Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett*, Tidsskrift for rettsvitenskap, (1993) s. 250-282, tilgjengelig på lovdata.no.

Hjort (2006)

Hjort, Harald, *Aksjonæravtaler*, Praktisk økonomi og finans 2005/4 s. 65-75, tilgjengelig på Juridika.no

Innjord (2012)

Innjord, Frode A., *Morselskapets ansvar etter forurensningsloven § 7 – betydningen av Høyesteretts dom i Rt. 2010 s. 306*, Tidsskrift for eiendomsrett 2012/1 s. 1–20, tilgjengelig på juridika.no.

Meyer-Myklestad (2017)

Meyer-Myklestad, Johannes, *Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper*, Jussens Venner 01/2017 s. 45-66, tilgjengelig på lovdata.no.

Nåmdal (2008)

Nåmdal, Endre: *Ansvarsgjennombrot som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar*, Universitetet i Bergen, 2008.

Perland (1999)

Perland, Olav Fr., *Styreansvar etter de nye aksjelovene - har ansvaret blitt skjerpet?*, Tidsskrift for forretningsjus, 1999/2 s. 125–159, tilgjengelig på juridika.no.

Sjåfjell (2010)

Sjåfjell, Beate, (2010) , *Miljørettslig ansvarsgjennombrudd i selskapsretten – Høyesteretts dom 10. mars 2010, HR-2010-443-A*), Nytt i privatretten nr. 2 2010 s. 19-20, Gyldendal Akademisk Forlag, tilgjengelig på lovdatab.no.

Skar (2019)

Skar, Henrik, *Omgåelse i aksjeselskapsretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 03-04/2019, s. 269-306, tilgjengelig på idunn.no.

Skoghøy (2002)

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse i Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, Fagbokforlaget, 2002 s. 323-343, tilgjengelig på lovdatab.no.

Syvertsen (2012)

Syvertsen, Jon Christian Ceccaroli, *Ansvarsgjennombrudd der aksjonæren er et morselskap, med særlig fokus på sammenblanding og underkapitalisering*, Universitetet i Bergen, 2012. <http://bora.uib.no/handle/1956/6159> (lest 01.05.2020).