

**Mastergradsoppgave Våren 2012
Universitetet i Bergen
Det juridiske fakultet**

JUS399/JUS398

**Ansvarsgjennombrudd der aksjonæren er et
morselskap
- Med særlig fokus på sammenblanding og
underkapitalisering**

*Kandidatnr: 174476
Veileder: Endre Nåmdal
Antall ord: 36121*

INNHALDSFORTEGNELSE

KAPITTEL 1: OPPGAVENS TEMA & PROBLEMSTILLING

| | | |
|------------|--|------|
| 1.1 | Innledning | s. 4 |
| 1.2 | Oppgavens problemstilling | s.4 |
| 1.3 | Avgrensning av oppgavens tema | s.5 |
| 1.3.1 | Morselskapet som aksjonær..... | s.5 |
| 1.3.2 | Sammenblanding og underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd..... | s.5 |
| 1.3.3 | Datterselskapet må være insolvent..... | s.6 |
| 1.3.4 | Oppgavens videre fremstilling..... | s.6 |

KAPITTEL 2 ANSVARSGJENNOMBRUDD

| | | |
|------------|--|--------------|
| 2.1 | NÆRMERE OM BEGREPET ANSVARSGJENNOMBRUDD | S.7 |
| 2.1.1 | Ansvarsgjennombruddsregelen oppstilles der hensynene bak ansvarsbegrensningen står svakt..... | s.7 |
| 2.1.2 | Sammenheng mellom ansvarsform og selskapsform..... | s.9 |
| 2.1.3 | Samfunnsøkonomiske hensyn bak ansvarsbegrensningen..... | s.9 |
| 2.2 | BEGREPSAVKLARING | s.10 |
| 2.2.1 | Begrepet gjennomskjæring..... | s.10 |
| 2.2.2 | Ansvarsgjennombrudd i vid og snever forstand..... | s.10 |
| 2.2.3 | Ansvarsgjennombrudd og forholdet til erstatningsrettsrettslige som grunnlag for ansvar..... | |
| 2.3 | ANSVARSGJENNOMBRUDD DER AKSJONÆREN ER ET MORSELSKAP | |
| 2.4 | KREDITORFORHOLD | s. 15 |
| 2.4.1 | Ufrivillig og frivillig kreditor..... | s. 15 |
| 2.4.2 | Frivillig kreditor..... | s. 15 |
| 2.4.3 | Ufrivillig kreditor..... | s. 16 |
| 2.5 | ANSVARSGJENNOMBRUDD OG FREMMED RETT | s. 17 |
| 2.5.1 | Generelt om ansvarsgjennombrudd i fremmed rett..... | s. 17 |
| 2.5.2 | Sammenligning med fransk rett..... | s. 18 |
| 2.6 | OPPSUMMERING OG VIDERE FREMSTILLING | s. 20 |

KAPITTEL 3: EKSISTERER DET EN REGEL OM ANSVARSGJENNOMBRUDD ?

| | | |
|------------|--|--------------|
| 3.1 | INNLEDNING | s. 21 |
| 3.2 | EKSISTERER DET EN REGEL OM ANSVARSGJENNOMBRUDD ? | s.21 |
| 3.2.1 | Lovgivers holdning til en regel om ansvarsgjennombrudd..... | s. 21 |
| 3.2.2 | Rettspraksis..... | s. 22 |
| 3.2.3 | Juridisk teori om ansvarsgjennombrudd..... | s. 25 |
| 3.2.4 | Oppsummering: Eksisterer det en regel om ansvarsgjennombrudd?..... | s.26 |

KAPITTEL 4: GENERELT OM ANSVARSGJENNOMBRUDD

| | | |
|------------|---|--------------|
| 4.1 | UTILBØRLIGHETSMOMENTET | s. 27 |
| 4.2 | AKSJONÆRENS RÅDIGHETSUTØVELSE | s. 28 |
| 4.2.1 | Aksjonærens rådighetsutøvelse som relevant moment ved ansvarsgjennombruddsregelen..... | s.28 |
| 4.2.2 | Rådighetsutøvelsen der aksjonæren er et morselskap..... | s.29 |
| 4.3 | TAPPING | s.31 |
| 4.3.1 | Tapping som relevant moment ved ansvarsgjennombrudd..... | s.31 |
| 4.3.2 | Alternative regelsett til tapping..... | s.32 |

KAPITTEL 5: UNDERKAPITALISERING

| | | |
|--------------|---|--------------|
| 5.1 | UNDERKAPITALISERING SOM RELEVANT MOMENT VED ANSVARSGJENNOMBRUDD? | s. 34 |
| 5.1.1 | Hva er underkapitalisering? | s. 34 |
| 5.1.2 | Fremstillingen videre | s. 35 |
| 5.2 | MOMENTER VED UNDERKAPITALISERING | S. 36 |
| 5.2.1 | For lav egenkapital som utgangspunkt ved underkapitalisering..... | s. 36 |
| 5.2.2 | Momenter som kan indikere for lav egenkapital i datterselskapet..... | s. 37 |
| 5.2.2.1 | Datterselskapet utsettes vedvarende for tapsbringende aktiviteter..... | s. 37 |
| 5.2.2.2 | Datterselskapet utøver ingen form for selvstendig aktivitet..... | s. 38 |
| 5.2.2.3 | Datterselskapet holdes kunstig i live..... | s. 39 |
| 5.2.4 | Underkapitalisering i fransk rett..... | s. 40 |
| 5.2.5 | Oppsummering: relevante momenter ved underkapitalisering..... | s. 42 |
| 5.3 | ALTERNATIVE REGELSETT | |
| 5.3.1 | Kort om vekten av underkapitalisering..... | s. 43 |
| 5.3.2 | Asl./asal. § 3-4 som alternativ til underkapitalisering..... | s. 43 |
| 5.3.3 | Erstatningsreger som alternativ til underkapitalisering..... | s. 46 |
| 5.3.3.1 | Alminnelige erstatningsregler som alternativ til underkapitalisering..... | s. 47 |
| 5.3.3.2 | Medvirkningsansvar som alternativ til ansvarsgjennombrudd..... | s. 49 |
| 5.3.4 | Oppsummering av alternative regelsett til ansvarsgjennombrudd..... | s. 52 |
| 5.4 | UNDERKAPITALISERING SOM SELVSTENDIG GRUNNLAG? | |

KAPITTEL 6

| | | |
|------------|---|--------------|
| 6.1 | SAMMENBLANDING SOM RELEVANT MOMENT VED ANSVARSGJENNOMBRUDD | s. 55 |
| 6.1.1 | Hva er sammenblanding?..... | s. 55 |
| 6.1.2 | Den videre fremstilling..... | s. 56 |
| 6.2 | RELEVANTE MOMENTER VED SAMMENBLANDING MELLOM MOR- OG DATTERSELSKAP | s. 56 |
| 6.2.1 | Innledning: hensynene som må tas i betraktning ved konsernforhold..... | s. 56 |
| 6.2.2 | Sammenblanding av midler og eiendeler..... | s. 57 |
| 6.2.3 | Nærmere om momenter ved sammenblanding..... | s. 58 |
| 6.2.3.1 | Felles reell styring mellom datterselskap og morselskap..... | s. 58 |
| 6.2.3.2 | Felles regnskapsføring mellom datterselskap og morselskap..... | s. 59 |
| 6.2.3.4 | Felles arbeidspersonell i datterselskap og morselskap..... | s. 61 |
| 6.2.4 | Sammenblanding i fransk rett..... | s. 62 |
| 6.2.5 | Oppsummering..... | s. 64 |
| 6.3 | ALTERNATIVE REGELSETT | s. 64 |
| 6.3.1 | Kort om vekten av sammenblanding ved ansvarsgjennombrudd..... | s. 64 |
| 6.3.2 | Reglene som skal motvirke tapping som alternativ til ansvarsgjennombrudd..... | s. 65 |
| 6.3.3 | Erstatningsregler som alternativ til sammenblanding..... | s. 68 |
| 6.3.3.1 | Alminnelige erstatningsregler som alternativ til sammenblanding..... | s. 68 |
| 6.3.3.2 | Regler om erstatningsrettslig identifikasjon som alternativ til sammenblanding..... | s. 69 |
| 6.3.4 | Omstøtelsesreglene som alternativ sammenblanding..... | s. 71 |
| 6.3.5 | Tilordningssynspunkter som alternativ til sammenblanding..... | s. 72 |
| 6.3.6 | Oppsummering av alternative regelsett til sammenblanding..... | s. 73 |
| 6.4 | KAN SAMMENBLANDING UTGJØRE ET SELVSTENDIG GRUNNLAG? | s. 73 |

| | |
|-------------------------------------|--------------|
| KAPITTEL 7: KONKLUSJON | s. 75 |
|-------------------------------------|--------------|

| | |
|------------------------------|--------------|
| LITTERATURLISTE | s. 77 |
|------------------------------|--------------|

KAPITTEL 1: OPPGAVENS TEMA & PROBLEMSTILLING

1.1 INNLEDNING

Innenfor aksjeselskapsretten er hovedregelen at et aksjeselskap og aksjeeierne er forskjellige rettssubjekter.¹ Når aksjeselskapet pådrar seg et ansvar er det bare aksjeselskapet som hefter, og aksjonærene er ikke ansvarlig for selskapet sin gjeld. Som følge av dette er det et begrenset ansvar for aksjonærene. Kreditorer som har ytt lån eller lignende til selskapet, må derfor forholde seg til selskapet og de innskudd som aksjeeierne har skutt inn. Det begrensede ansvaret for aksjonærene kommer til uttrykk i aksjeselskapsloven og allmennaksjeselskapsloven § 1-2 første ledd:

”Aksjeeierne hefter ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser”.

Temaet i denne fremstillingen er om aksjonærene i visse tilfeller kan ha et direkte og uavgrenset ansvar for forpliktelsene i selskapet. Et direkte ansvar går ut på at ansvarsbegrensningen blir opphevet overfor bestemte kreditorer, overfor bestemte krav. De aktuelle aksjonærene og kreditorene blir i så fall ansvarlige som om de var ansvarlige deltakere, og aksjeselskapet og aksjonæren blir ansett som samme rettssubjekt overfor den aktuelle forpliktelsen.

I norsk rett er det stilt spørsmål om det finnes et slikt direkte ansvar, omtalt som ”ansvarsgjennombrudd”, for forpliktelsene i aksjeselskapet.² Kort og presist kan man si at regelen om ansvarsgjennombrudd medfører at ansvarsbegrensningen som opphevet, eller tolket innskrenkende overfor en eller flere bestemte aksjonærer, overfor en eller flere kreditorer for en eller flere forpliktelser.³

Ansvarsgjennombrudd er et omfattende tema, noe som gjør det umulig å behandle alle sider ved denne regelen på en grundig måte innenfor rammene av en masteroppgave. Det er derfor hovedtrekkene ved regelen om ansvarsgjennombrudd som vil bli behandlet.

I norsk rett finnes det ingen lovregel som gir uttrykk for et aksjonæransvar på bakgrunn av ansvarsgjennombrudd. Det foregår en debatt innenfor juridisk teori om det i det hele tatt eksisterer en slik regel innenfor norsk rett, og hva som eventuelt vil være innholdet i denne.⁴ I diskusjonen om det finnes en slik regel om ansvarsgjennombrudd er det imidlertid visse momenter som går igjen. Vurderingene av om regelen eksisterer må tas utgangspunkt i lov, forarbeidsuttalelser, rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.

1.2 OPPGAVENS PROBLEMSTILLING

Oppgavens hovedtema er å avklare om, og i så fall i hvilken grad, det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Videre vil fremstillingen søke å avklare hvilket behov det er for en slik regel i ulike typetilfeller.

¹ Asl./asal. § 1-2 første ledd

² Spørsmålet er blitt stilt en rekke steder innenfor norsk rett. Se blant annet NOU:1992:29 s. 44-45, Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117, Rt. 1996. s. 672 "Kongeparken", Hagstrøm, tfr 1993, s. 250 flg., Asmundsson/Gustavsson, JV 1995, s. 189-298.

³ Nåmdal, s. 69-70.

⁴ Se Nåmdal, s. 141-144 som oppsummerer juridisk teori i norsk rett når det gjelder ansvarsgjennombrudd.

Det kan se ut som en ansvarsgjennombrudd i norsk rett i stor grad blir begrunnet og forklart med aksjeselskap som selskapsform, og behovet for vern av selskapskreditorene ut over det vernet kreditorene har i rettsregler innenfor aksjeselskapsretten.⁵ Noe av intensjonene ved undersøkelsen i denne oppgaven er dermed å belyse om eksistensen og innholdet i en regel om ansvarsgjennombrudd kan forklares med sammenhengen mellom aksjeselskapsformen som forutsetning for ansvarsbegrensningen og behovet for vern av kreditorene. Et annet resultat av undersøkelsen er om sammenhengen mellom ansvarsform og selskapsform, samt behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd, kan utgjøre viktige hensyn med vurderingen av om det er grunnlag for en slik regel i norsk rett og eventuelt innholdet i en slik regel.

Det er ikke i tvil om at det er et praktisk behov for å avklare rettsstillingen rundt den mulige rettsregelen. Dette behovet illustreres av Hålogaland lagmannsretts dom av 22. Mai 2012, der retten uttrykkelig uttalte at det fremdeles er uklart om det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett:

1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVENS TEMA

1.3.1 Morselskapet som aksjonær

Aksjonærene utgjør ingen ensartet gruppe. Aksjonærgruppen omfatter fysiske personer, morselskaper, andre juridiske personer, offentlige eierinteresser og øvrige aksjonærgrupper som for eksempel a- og b-aksjonærer. En grundig gjennomgang av alle disse aksjonærgruppene ville sprengte rammene for fremstillingen. Fremstillingen vil derfor bli begrenset til de tilfeller der morselskapet er aksjonær. Tradisjonelt har spørsmålet om ansvarsgjennombrudd vært behandlet i tilknytning til konsernforhold.⁶ Det ser derfor ut som regelen om ansvarsgjennombrudd kan ha sitt praktiske virkeområde i tilfeller hvor aksjonæren er et morselskap.

1.3.2 Sammenblanding og underkapitalisering som grunnlag for ansvarsgjennombrudd

Det fremgår av rettspraksis, forarbeider og juridisk litteratur at vurderingen av om det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd, beror på svært skjønnsmessige kriterier.⁷ Det kan derfor ikke oppstilles klare vilkår. Imidlertid er det mulig å identifisere enkelte vurderingskriterier der hvor regelen har blitt diskutert. Dette er (i) utilbørlighet, (ii) rådighetsutøvelse, (iii) tapping, (iv) sammenblanding, og (v) underkapitalisering. Det er særlig innenfor juridisk teori at disse er behandlet.⁸

⁵ I NOU:1992:29 s. 44 gis det uttrykk for dette ved at det blir vist til svensk rett; [e]t klart uttrykk for dette er det svenske forslaget om å lovfeste adgangen til ansvarsgjennombrudd i visse tilfeller, som bygger på en grundig analyse av bl.a behovet for slike regler, jf SOU 1987: 59 Ansvarsgenombrott m.m." Se forøvrig Asmundsson/Gustavsson, s. 189-298. I artikkelen går de gjennom alternative grunnlag som kan medføre et ansvar for aksjonæren før de vurderer spørsmålet om det er en regel om ansvarsgjennombrudd. Også Fjørtoft i JV 1997 s. 300-317 går gjennom alternative regelsett før han stiller spørsmålet om det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av identifikasjonsbetraktninger.

⁶ Asmundsson/Gustavsson, s. 194.

⁷ Se blant annet NOU:1992:29 s. 44-45 hvor det blir gitt uttrykk for at regelen er svært skjønnsmessig og at det er mange moment som inngår ved en slik vurdering. Videre gir også Høyesterett i Rt. 1996 s. 672

"Kongeparken" uttrykk for at det er en skjønnsmessig vurdering som må foretas.

⁸ Se Hagstrøm/Aarbakke s. 92-101. Nämndal, s. 261-387. Asmundsson/Gustavsson, s. 276-293.

En grundig gjennomgang av alle disse kriteriene er utenfor rammen for denne fremstillingen. Det følger av norsk rettspraksis at problemstillingen gjerne oppstår i forbindelse med underkapitalisering og sammenblanding. Underkapitalisering beskriver situasjonen der aksjeselskapet drives med for lav egenkapital for hva som er nødvendig for en forsvarlig drift av den konkrete virksomheten. Sammenblanding er etikken man gjerne setter på tilfeller hvor det skjer en sammenblanding mellom aksjeselskapet og aksjonærens formuessfære, slik at det er vanskelig å skille mellom midler og eiendeler til disse to.

1.3.3 Datterselskapet må være insolvent

Det kan stilles spørsmål ved om datterselskapet må være insolvent før en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd kan anvendes.⁹ I Rt. 1991 s. 119 som gjelder styreansvar, og ikke aksjonæransvar, har man uttalelser om gjennomskjæring av aksjeselskapsformen:

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

Høyesterett gir dermed uttrykk for at gjennomskjæring av aksjeselskapsformen må begrenses til de tilfeller hvor aksjeselskapet er insolvent jf. "[d]ersom en kreditor ikke får dekning gjennom disse midler." Videre er det nok neppe praktisk at det blir fremmet et krav mot aksjonæren der aksjeselskapet er solvent. I de fleste tilfeller der ansvarsgjennombrudd påberopes, så vil dette være der aksjeselskapet enten er oppløst, insolvent eller eventuelt har gått konkurs. I resten av fremstillingen vil det derfor forutsettes at datterselskapet er insolvent, og ikke i stand til å dekke sine forpliktelser.

1.3.4 Oppgavens videre fremstilling

Jeg vil i kapittel 2 gi en generell introduksjon til begrepet ansvarsgjennombrudd slik det er forstått i norsk rett. Her vil jeg også komme inn på ytterligere avgrensninger av oppgavens tema.

Deretter vil jeg i kapittel 3 foreta en gjennomgang av diskusjonen som har foregått i norsk om ansvarsgjennombrudd i sin alminnelighet.

I kapittel 4 vil jeg kort presentere kriteriene (i) utilbørlighet, (ii) rådighetsutøvelse og (iii) tapping. Disse momentene vil ha betydning for resten av fremstillingen.

I kapittel 5 og 6 vil jeg gå nærmere inn på underkapitalisering og sammenblanding som momenter ved ansvarsgjennombrudd. I kapittel 7 vil jeg foreta en oppsummering med personlige synspunkter om behovet for en slik regel.

⁹ Woxholt, s. 116, ser ut til å begrense ansvarsgjennombrudd til nettopp de tilfeller hvor selskapet er insolvent; "Det særpregede ved [ansvarsgjennombrudd] er at de eventuelt gjør det mulig for tapslidende kreditor å skjære gjennom selskapsformen, og dermed få rettet og dekket sine krav mot den dominerende aksjeeieren, i tilfelle der selskapet selv er "tomt". Se for øvrig Nämndal, s. 374 flg., som problematiserer om det er et krav om at aksjeselskapet må være insolvent for å oppstille ansvarsgjennombrudd.

KAPITTEL 2: ANSVARSGJENNOMBRUDD

2.1 NÆRMERE OM BEGREPET ANSVARSGJENNOMBRUDD

2.1.1 Ansvarsgjennombruddsregelen oppstilles hvor hensynene bak ansvarsbegrensningen står svakt

Ved å oppstille en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd vil man skjære gjennom ansvarsbegrensningen, og dermed sette til side det klare utgangspunkt om at aksjonærene har et begrenset ansvar, jf. asl./asal. § 1-2 første ledd. En eventuell regel om ansvarsgjennombrudd vil statuere et objektivt ansvar, og vil av den grunn være i motstrid med lovens hovedregel. Ved å fravike ansvarsbegrensningen, og oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd, vil man dermed også fravike hensynene som ligger bak ansvarsbegrensningen. Det er denne hovedregelen om begrenset ansvar, som er hovedårsaken til skepsis når det kommer til å akseptere ansvarsgjennombrudd som en egen ulovfestet regel.¹⁰ Det fremgår av Ot.prp.nr.55 (2005-2006) at:

" ... prinsippet er en bærebjelke i aksjeretten, og at det er inntatt en restriktiv holdning til ansvarsgjennombrudd i praksis."¹¹

Dersom aksjonærene driver et selskap på motsatt måte av det som er formålene bak ansvarsbegrensningen, er det argumentert for at aksjonærene må tåle å bli stilt til ansvar. Ansvarsgjennombrudd er et selskapsrettslig grunnlag hvor man opphever ansvarsbegrensningen på grunn av at hensynene bak ansvarsbegrensningen står svakt når aksjonæren opptrer på bestemte måter.¹² Hovedformålene ved ansvarsgjennombruddsregelen er dermed å motvirke at aksjonærene misbruker ansvarsbegrensningen som følger med et aksjeselskap, og at de kreditorer som har økonomisk interesse i aksjeselskapet, får dekning for sine krav, blant annet på grunn av aksjonærens misbruk.¹³

En eventuell regelen om ansvarsgjennombrudd bygger derfor på en bred og sammensatt vurdering, hvor hensynene bak ansvarsbegrensningen må avveies mot hverandre.¹⁴

Rekkevidden av ansvaret må sees i sammenheng med hensynene som ligger bak ansvarsbegrensningen. Hensynene er hovedsakelig (i) sammenheng mellom selskapsform og ansvarsform, og (ii) samfunnsøkonomiske hensyn.¹⁵

2.1.2 Sammenheng mellom ansvarsform og selskapsform

Sammenheng mellom ansvarsform og selskapsform går ut på (i) forholdet mellom aksjonærene og aksjeselskapet, altså hvordan aksjeselskapet er organisert, og (ii) forholdet til selskapskapitalen og aksjeselskapets kreditorer.¹⁶ Ansvarsbegrensningen kan dermed

¹⁰ Woxholt, s. 116-117.

¹¹ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 125.

¹² Nåmdal, s. 288.

¹³ Nåmdal, s. 248 som uttaler at "[m]isbruk kan [...] vere ein nyttig standard for tanken i vurderinga av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd".

¹⁴ Nåmdal, s. 57 flg. Se for øvrig NOU:1992:29 s. 44.

¹⁵ Nåmdal s. 57-68 hvor hensynene bak ansvarsbegrensningen blir kategorisert på denne måten.

¹⁶ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 14: "Aksjeloven inneholder bestemmelser om organiseringen av aksjeselskaper, om forholdet mellom aksjeselskapet og de enkelte aksjeeiere, og om forholdet til selskapets kreditorer. En stor

forklares ut fra at aksjeselskapet er organisert på en bestemt måte, og at man har en selskapskapital hvor kreditorene har mulighet for å søke dekning. I tilfeller hvor aksjonæren i stor grad bryter med hvordan et selskap skal være organisert, eller hvor denne handler på en måte som går utover kreditorenes dekningsmuligheter, vil hensynene bak ansvarsbegrensningen stå svakt.¹⁷

Et argument som har gått igjen i både forarbeider og juridisk teori mot å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd, er imidlertid at det finnes alternative regelsett som er egnet til å ivareta aksjonærene og kreditorene:

”[v]ed vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet.”¹⁸

Ved vurderingen av om en regel om ansvarsgjennombrudd kan oppstilles, må derfor alternative regelsett som ivaretar hensynet til kreditorene analyseres for å finne ut om disse reduserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd.¹⁹ Ettersom det er en nær sammenheng mellom heftelsesform og kapitalkravet er det naturlig at man først ser over til alternative regelsett i aksjeselskapslovgivningen.²⁰

I aksjelovgivningen finnes en rekke bestemmelser som verner om selskapskapitalen som dekningsobjekt for aksjeselskapet sine kreditorer.²¹ Loven pålegger aksjeselskapene å ha en viss egenkapital som er egnet til å gi kreditorene en viss dekning for sine krav.²² Alternative regelsett i aksjeselskapsretten som er egnet til å disse interessene, vil derfor være egnet til å redusere behovet for en ansvarsgjennombruddsregel.

I tillegg til alternative regelsett i aksjeselskapslovgivningen, vil også regelsett utenfor aksjeselskapsretten være egnet til å beskytte kreditorene.²³ Eksempler på dette vil være erstatningsrettslige regler som den alminnelige culpanormen og konkursrettslige regler som omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5.

Der hvor aksjonærene i stor grad overtar styrets oppgaver, og der hvor alternative regelsett ikke nøytraliserer de negative virkningene av ansvarsbegrensningen, kan det altså være grunn til statuere et aksjonæransvar på bakgrunn av en regel om ansvarsgjennombrudd.

del av lovens bestemmelser må leses på bakgrunn av at de forsøker å avveie de kryssende hensyn og interesser som kan gjøre seg gjeldende mellom de ulike grupper og mellom de ulike interesser.”

¹⁷ Nåmdal, s. 57 flg.

¹⁸ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117. Se også Asmundsson/Gustavsson som i sin artikkel i JV 1995, s. 189-298, går gjennom andre grunnlag for ansvar for aksjonæren enn ansvarsgjennombruddsregelen, før de vurderer om det i det hele tatt eksisterer en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.

¹⁹ Fjørtoft, s. 304, som uttaler at “[d]ersom disse andre regelsetta samla sett varetek kreditorinteressene på ein tilfredsstillande måte, er det liten grunn til å supplere med [ansvarsgjennombrudd]”. Asmundsson/Gustavsson gir uttrykk for det samme på s. 293.

²⁰ Woxholt, s. 113

²¹ Woxholt, s. 114

²² Nåmdal, s. 274

²³ Nåmdal, s. 69

2.1.3 Samfunnsøkonomiske hensyn bak ansvarsbegrensningen

Spørsmålet om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd er et komplekst spørsmål, hvor man også må ta i betraktning hvilken virkning ansvarsgjennombrudd vil kunne ha på investeringslysten, kapitaltilgangen og dermed verdiskapningen i samfunnet.²⁴

Det knytter seg vesentlige samfunnsmessige interesser bak ansvarsbegrensningen.²⁵ Ansvarsbegrensningen står utvilsomt i nær sammenheng med investorers investeringslyst. Dersom man risikerte medansvar for aksjeselskapets plikter på tidspunktet selskapet ble insolvent, ville dette øke terskelen for investorers ønske om å investere i et selskap. Vegring ved å investere i slike selskap og prosjekter, ville igjen kunne gå utover verdiskapningen i samfunnet.²⁶ En slik tankegang fremgår i flere forarbeidsuttalelser.

I Aksjelovkomiteen sin innstilling fra 1947 s. 29 annen spalte fremgår det at "Hva de nævnte forhold angår, så er det ingen tvil om at den risiko som ligger i det ubegrensede ansvar er så omfattende at det ville bety en alvorlig brems på foretaksvirksomheten hvis ansvaret ikke skulle kunne begrenses."²⁷ I Innstilling til lov om aksjeselskap 1971 fremgår det at "Det finnes en rekke ideer og prosjekter som bør prøves til tross for at den økonomiske risikoen er stor."²⁸ I Ot.prp.nr.33 (1988-89) fremgår det at "Aksjeeierens begrensede ansvar for selskapets forpliktelser er et grunnleggende aksjerettslig prinsipp som generelt har stor samfunnsmessig betydning. Det gjør det mulig å sette i gang risikofylt virksomhet uten at de som deltar risikerer et personlig ansvar dersom tap og ansvar skulle oppstå. Ofte vil dette være en forutsetning for å få noen til å skyte inn kapital i ny virksomhet."²⁹

På den annen side kan man ikke trekke samfunnsøkonomiske hensyn for langt. Der aksjonærer misbruker selskapsformen, vil hensynet til investeringslyst stå svakere. Det kan ikke påvises at en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd ville ha gått utover investeringslysten. En slik påstand mangler empiriske undersøkelser og klare fakta å vise til.³⁰

2.2 BEGREPSAVKLARING

2.2.1 Begrepet gjennomskjæring

Regelen om ansvarsgjennombrudd må presiseres. Begrepet "gjennomskjæring" og "ansvarsgjennombrudd" benyttes blant annet om hverandre i både forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur.³¹

I NOU:1992:29 uttales det at blant annet at "man ikke kan avvise et gjennomskjæringsansvar etter norsk rett".³² I Ot.prp.nr.23 (1996-1997) fremgår det at "bestemmelsen ikke er til hinder for at en aksjeeier under særlige omstendigheter kan bli ansvarlig i kraft av den foreslåtte regelen om medvirkeransvar eller synspunkter om gjennomskjæring (ansvarsgjennombrudd)".³³ I Rt. 1991 s. 119 stilles det spørsmål om man kan "skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene", mens førstvoterende i Rt. 1996 s. 672 benytter begrepene "skjære gjennom ansvarsbegrensningen" og "ansvarsgjennombrudd" om hverandre. Woxholt benytter terminologien "gjennomskjæringsansvar" når han viser til Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", mens

²⁴ Dette vil være i tråd med uttalelsene i Ot.prp.36 (1993-94) på s. 89.

²⁵ Ot.prp.36 (1993-94) s. 89.

²⁶ Nåmdal, s. 64.

²⁷ Aksjelovkomiteen sin innstilling fra 1947 s. 29 annen spalte.

²⁸ Innstilling til lov om aksjeselskap 1971, s. 55 annen spalte.

²⁹ Ot.prp.nr.33 (1988-89) s. 68

³⁰ Nåmdal, s. 64.

³¹ Asmundsson/Gustavsson s. 196.

³² NOU:1992:29 s. 44.

³³ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 128.

Andenæs også benytter begge begrepene ansvarsgjennombrudd og gjennomskjæring om hverandre.³⁴ Hagstrøm benytter seg av begrepet "gjennomskjæringsreglene".³⁵

Begrepet dekker "gjennomskjæring" dekker alle situasjoner hvor aksjeselskapet blir satt til side som eget rettssubjekt med den konsekvens at aksjonæren og aksjeselskapet blir ansett for å være samme rettssubjekt.³⁶ Dette gjelder også der hvor virkningen av identifikasjon ikke medfører at aksjonæren blir ansvarlig for aksjeselskapet sine plikter.³⁷

I NOU:1992:29 s. 42 uttales det at "[f]or det første tales det om gjennomskjæring i tilfeller der aksjeeieren kan holdes ansvarlig overfor selskapet eller dets konkursbo for et beløp ut over det innskuddsbeløp som aksjetegningen refererer seg til, m.a.o. hvor den avtalte eller forutsatte ansvarsbegrensningen ikke holder. For det annet kan uttrykkene bety at aksjeeierens ansvar blir direkte - dvs. at han hefter overfor den enkelte kreditor, og ikke bare overfor selskapet eller dets konkursbo. I det følgende er det særlig den førstnevnte form for gjennomskjæring som has for øye."

Ansvarsgjennombrudd kan derfor sies å være en variant, eller mer presist en underkategori i forhold til begrepet "gjennomskjæring".

2.2.2 Ansvarsgjennombrudd i vid og snever forstand

I følge flere forfattere kan det anlegges to former for ansvarsgjennombrudd.³⁸ Dette er ansvarsgjennombrudd i vid og i snever forstand. Ansvarsgjennombrudd i snever forstand går ut på at det utgjør et eget rettsgrunnlag, nærmere bestemt en egen aksjeselskapsrettslig regel som er adskilt fra andre etablerte grunnlag som opphever ansvarsbegrensningen for en bestemt aksjonær, og for en bestemt forpliktelse.³⁹ Rettsvirkningene av en slik regel er at aksjonærene stilles direkte ansvarlig for selskapets plikter.⁴⁰

Ansvarsgjennombrudd i vid forstand dekker både den selskapsrettslige regelen om ansvarsgjennombrudd og andre regler hvor aksjonæren kan bli ansvarlig for selskapet sine plikter. Eksempler kan være at dette skjer med forankring i erstatningsrettslige og kontraktsrettslige regler.⁴¹ Aksjonæren har da et utvidet ansvar for selskapets forpliktelser, uansett hvilket grunnlag ansvaret bygger på. Ansvarsgjennombrudd i vid og i snever forstand har andre vilkår og struktur enn regelen om ansvarsgjennombrudd i snever forstand.

Forholdet mellom regelen om ansvarsgjennombrudd i snever forstand og andre grunnlag for aksjonæransvar er noe uklart, og har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori.⁴² At grensen er noe uklar kommer også til uttrykk i forarbeidene.⁴³ Hovedforskjellene mellom grunnlagene,

³⁴ Woxholt, Selskapsrett 2010 s. 116. Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper 2006 s. 38-39 og i Selskapsrett 2007 s. 56-57.

³⁵ Hagstrøm, tfr 1993, s. 252

³⁶ Nåmdal, s. 75.

³⁷ Nåmdal, s. 75.

³⁸ Hagstrøm/Aarbakke, s. 101 flg. Asmundsson/Gustavsson, s. 196 flg. Fjørtoft s. 301 benytter begrepene "spesiell identifikasjon" om ansvarsgjennombrudd i vid forstand og "generell identifikasjon" om ansvarsgjennombrudd i snever forstand. Se for øvrig Broucker/Grapat, s. 29 om samme inndeling av ansvarsgjennombrudd i svensk rett.

³⁹ Asmundsson/Gustavsson, s. 197.

⁴⁰ Jf Hagstrøm s. 252, som her viser til Werlauff, Selskapsmasken 1991, s. 36 og s. 58. Se også Asmundsson/Gustavsson, s. 282.

⁴¹ Asmundsson/Gustavsson, s. 196.

⁴² Woxholt s. 117, Nåmdal, s. 20, Fjørtoft s. 301.

⁴³ I Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117 uttales det at "[a]rgumentene for ansvarsgjennombrudd og for erstatningsansvar etter den alminnelige uaktsomhetsregelen flyter lett over i hverandre"

er at ansvarsgjennombrudd i snever forstand utelukkende gjelder for aksjonærene.⁴⁴ Ansvarsgjennombrudd i vid forstand, derimot, kan foreligge også der aksjonæren blir ansvarlig etter den alminnelige culperegelen, eller der aksjonæren pådrar seg et avtalerettslig ansvar.⁴⁵

Aksjonæren kan eksempelvis være ansatt som daglig leder eller være styremedlem i aksjeselskapet. Dersom aksjonæren pådrar seg ansvar vil dette være som følge av handlinger denne har utøvd i disse posisjonene. Det vil da være culperegelen som vil være grunnlaget for ansvar, jf. asl./asal. § 17-1 første ledd. Videre kan en aksjonær ilegges et erstatningsansvar etter den alminnelige culpanormen.⁴⁶ En aksjonær kan også pådra seg et medvirkningsansvar etter asl./asal. § 17-1 annet ledd. Også i disse tilfellene vil det være den alminnelige culperegelen som vil være grunnlaget for ansvar, og dermed ansvarsgjennombrudd i vid forstand.

Til tross for likhetene, er det viktig å være klar over at regelen om ansvarsgjennombrudd er noe annet enn erstatningsrettslige identifikasjonsregler. Resultatet ved en erstatningsrettslig identifikasjon er at aksjeselskapet og aksjonær blir ansett for å være samme rettssubjekt overfor en eller flere av aksjeselskapets plikter.⁴⁷ Dette er altså samme resultat som vil følge av anvendelse av ansvarsgjennombruddsregelen.⁴⁸ Forskjellen er først og fremst hensynene som ligger bak de to regelsettene. Ved identifikasjon er det den konkrete regelen som gjør seg gjeldende ved en identifikasjon, og ikke hensynene bak ansvarsbegrensningen i et aksjeselskap.⁴⁹

Imidlertid vil innholdet i vurderingene etter ansvarsgjennombrudd i vid og i snever forstand ofte ligne på hverandre, både når det gjelder argumentasjonsmønster og hvilke momenter som vektlegges.⁵⁰ Når aksjonæransvar er blitt statuert på bakgrunn av regelsett som er ansvarsgjennombrudd i vid forstand, som for eksempel erstatningsansvar overfor aksjonær, er dette ofte gjort på bakgrunn av identifikasjonen mellom aksjonær og aksjeselskap, deltakerforholdet og den graden av interessefelleskap som hensynene bak ansvarsbegrensningen gir grunnlag for.⁵¹ Vurderinger som er foretatt etter regelsett som gjelder ansvarsgjennombrudd i vid forstand, vil av den grunn kunne ha relevans ved utformingen av regelen om ansvarsgjennombrudd.⁵²

2.2.3 Ansvarsgjennombrudd og forholdet til erstatningsrettsrettslige som grunnlag for ansvar

En vanlig innvending mot å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd er at aksjonærene kan bli ansvarlige på grunnlag av erstatningsrettslige regler.⁵³ Det er derfor nødvendig å

⁴⁴ Se Nåmdal s. 17.

⁴⁵ Asmundsson/Gustavsson, s. 197.

⁴⁶ Reglene i asl./asal. § 17-1 er en kodifisering av culpanormen jf. Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 179. Se forøvrig Andenæs 2007 s. 273 og Woxholt, s. 278.

⁴⁷ Fjørtoft, s. 317.

⁴⁸ Nåmdal, s. 319.

⁴⁹ Nåmdal s. 319. Fjørtoft hevder imidlertid at grunnlaget for ansvarsgjennombrudd utelukkende bygger på selskapsrettslig identifikasjon, jf JV 1997 s. 300-317.

⁵⁰ Fjørtoft s. 302.

⁵¹ Fjørtoft s. 302 med lignende betraktninger.

⁵² Hagstrøm, s. 251-252, Nåmdal s. 319.

⁵³ Woxholt, s. 116-117. Se også Andenæs 2006 s. 40, hvor han fremhever at det ikke er nødvendig med en regel om ansvarsgjennombrudd, ettersom sanksjoner som straff og erstatningsansvar er tilstrekkelig for å verne selskapskapitalen.

identifisere forskjellene mellom erstatningsrettslige regler og ansvarsgjennombrudd i snever forstand.⁵⁴

Ettersom ansvarsgjennombruddregelen er ment å ramme utilbørlig aksjonæropptreden, kan det argumenteres for at en slik opptreden også kan henføres under alminnelige culpanormen. den alminnelige culpanormen. Ut fra et slikt synspunkt kan man argumentere med at det ikke er behov for en regel om ansvarsgjennombrudd i snever forstand.⁵⁵

Videre er det anført at en ulovfestet ansvarsgjennombruddsregel vil være uklar, og i liten grad være egnet til å ivareta grunnleggende forutberegnelighetshensyn. Hertil kommer at dens skjønsmessige karakter vil by på utfordringer for rettsanvenderen. Culpanormen, på den annen side, er meget fleksibel og kan tilpasses ulike typesituasjoner.⁵⁶ I tillegg er erstatningsreglene "kjent terreng" for en rettsanvender.⁵⁷

På den annen side er det flere forskjeller mellom disse to regelsettene. For å statuere et erstatningsansvar må det foreligge skade, skyld og årsakssammenheng. Etter regelen om ansvarsgjennombrudd er det intet krav om årsakssammenheng.⁵⁸ Normalt har skadelidte bevisbyrden for årsakssammenheng.⁵⁹ Det å påvise årsakssammenheng mellom den erstatningsbetingede adferd fra aksjonærenes side, og det faktum at kreditorene har lidt et tap, kan by på særlige utfordringer.

Videre må det ikke påvises skyld etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Riktignok stiller Høyesterett opp et utilbørlighetskrav i Rt. 1992 s. 672 "Kongeparken", som kan ligne på skyldkravet etter culpanormen;

*"et eventuelt ansvarsgjennombrudd må ... begrunnes hovedsakelig ut fra [om det] [f]remtrer ... som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen"*⁶⁰

Det er en viktig nyanse i sistnevnte avgjørelse, ved at "utilbørlig" må forstås rent objektivt.⁶¹ Det handler altså ikke om subjektiv skyld hos den enkelte aksjonærene.⁶² Dette sammenfaller

⁵⁴ Se motsetningsvis Hagstrøm, s. 252 som uttaler at "[s]elv om sontringen virker klar nok, er det imidlertid tvilsomt hvilken praktisk verdi det har sterkt å betone forskjellen mellom et erstatningsansvar og et gjennombrudd".

⁵⁵ Hagstrøm, tfr. 1993 s. 280 uttaler at det er "vanskelig å se at de sentrale momenter om ansvarsgjennombrudd er noe særlig forskjellig fra vanlige culpa- og risikobetraktninger i erstatningsretten". Videre Hagstrøm Obligasjonsrett s. 112, hvor konklusjonen er at en systematisk plassering i erstatningsretten gir den beste forståelsen av hvilke fenomener ansvarsgjennombrudd omhandler. Se også Fjørtoft som uttaler på s. 305 at enten man tar utgangspunkt i ansvarsgjennombrudd eller erstatningsregler "vil nok argumentasjonen ha visse likhetstrekk". Woxholt s. 117 uttaler i samme retning at "det [skal] vanskelig gjøres å finne eksempler hvor det alminnelige erstatningsansvaret ikke strekker til, og hvor det er behov for en lære om ansvarsgjennombrudd".

⁵⁶ Se Hagstrøm som på s. 279 uttaler at "[i]nnenfor rammen av culperegelen er det mulig å statuere det aksjonæransvar som finnes ønskelig". Se også Fjørtoft som uttaler på s. 305 at erstatningsreglene har "ein innebygd fleksibilitet som gjer at ansvarsspørsmålet i mange tilfelle vil bli avgjort etter ei utprega skjønsvurdering der ei rekkje moment kan spele inn".

⁵⁷ NOU:1992:29 s. 44-45. Fjørtoft, s. 305.

⁵⁸ Aarum, s. 50; "Ved [...] ansvarsgjennombrudd, foretas altså ikke en vurdering av hvilken skade de ansvarliges forhold har påført selskapet, kreditorene eller andre". Nåmdal, s. 167-168 med eksemplifisering for når et grunnlag basert på erstatningsrett ikke nødvendigvis fører frem, og at ansvarsgjennombruddsregelen ikke oppstiller et krav om årsakssammenheng. Se for øvrig Nåmdal, s. 289, og Werlauff, Selskabsmasken, s. 131.

⁵⁹ Asmundsson/Gustavsson, s. 262.

⁶⁰ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", s. 678.

⁶¹ Se Asmundsson/Gustavsson, som på s. 277 hevder at parallellen til culperegelen er nærliggende, "men det nærmere forholdet mellom utilbørlighet og uaktsomhet er uklart". Se også Aarum, s. 50.

med hvordan begrepet normalt forstås ellers i lovverket. Dekningsloven § 5-9, som er en objektiv omstøtelsesregel, er illustrerende. At man må påvise skyld hos den enkelte aksjonær kan i likhet med kravet om årsakssammenheng by på utfordringer. Etter regelen om ansvarsgjennombrudd, derimot, er det tilstrekkelig å påvise at forholdet ut fra en objektiv vurdering bærer preg av å være et misbruk av aksjeselskapets selskapsform.

Videre bygger regelen om ansvarsgjennombrudd som nevnt i punkt 2.2.1 på hensynene bak ansvarsbegrensningen. Dette gjør ikke erstatningsreglene. Ved å anvende regelen om ansvarsgjennombrudd vil man klart markere en aksjonæropptreden som bryter med hensynene bak ansvarsbegrensningen.⁶³ Dette perspektivet kommer i bakgrunnen ved de erstatningsrettslige reglene.⁶⁴

2.3 ANSVARSGJENNOMBRUDD DER AKSJONÆREN ER ET MORSELSKAP

Ettersom fremstillingen er begrenset til de tilfeller der aksjonæren er et morselskap, er det naturlig å knytte noen innledende bemerkninger i den forbindelse. Spørsmålet er om det er større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd der aksjonæren er et morselskap.

Et konsern er kjennetegnet ved at to eller flere selvstendige selskaper er knyttet sammen som mor- og datterselskap, eller datterselskaper av samme morselskap.⁶⁵ I et konsern vil morselskapet ha en ”bestemmende innflytelse” over datterselskapet, jf. asl./asal. § 1-3 første ledd.⁶⁶ Utgangspunktet er at hvert selskap innenfor et konsern utgjør en juridisk og selskapsrettslig enhet.⁶⁷ I likhet med fysiske aksjonærer vil ansvarsbegrensningen også gjelde for et morselskap overfor datterselskapskreditorene.⁶⁸ Det bør det derfor ikke ha betydning ved regelen om ansvarsgjennombrudd at aksjonæren er et morselskap.

Videre har lovgiver anerkjent konsernmodellen, jf. asl./asal. § 1-3, og at ansvarsbegrensningen også skal gjelde for de tilfeller hvor morselskapet i stor grad overtar styringen av aksjeselskapet jf. begrepene ”bestemmende innflytelse” i asl./asal. § 1-3 annet ledd.⁶⁹

Hensynet til investeringslyst spiller inn også her. Meningen med ansvarsbegrensningen er blant annet å stimulere til at det blir etablert flere virksomheter på grunn av at man kan skyte inn kapital i selskapet uten at man risikerer å bli ansvarlig for selskapets plikter.⁷⁰ Dette hensynet gjør seg også gjeldende i konsernforhold, og taler mot at det bør være noen forskjell mellom tilfeller der aksjonæren er et morselskap, og der vedkommende er en fysisk person.⁷¹

⁶² Nåmdal s. 258 argumenterer for at dette er en av forskjellene mellom erstatningsreglene og ansvarsgjennombruddsregelen. Se også Asmundsson/Gustavsson, som på s. 277 legger dette til grunn.

⁶³ Nåmdal, s. 165.

⁶⁴ Nåmdal, s. 258.

⁶⁵ Jf. definisjonen i asl./asal. § 1-3 første ledd. Nåmdal s. 188.

⁶⁶ Bestemmende innflytelse foreligger dersom morselskapet eier aksjer som representerer flertallet av stemmene i datterselskapet jf asl./asal. § 1-3, annet ledd punktum nr. 1.

⁶⁷ Woxholt, Selskapsrett s. 340.

⁶⁸ Aakvaag med flere, Noen sentrale emner innenfor konsernretten s. 104, Werlauff, Selskapsret (2008) s. 535.

⁶⁹ Etter asl./asal. § 1-3 annet ledd er det lagt opp til at morselskapet skal ha en ”bestemmende innflytelse over et annet selskap”.

⁷⁰ Andenæs, Det 30. nordiske juristmøte i Oslo i 1984 s. 188.

⁷¹ Se blant annet Woxholt, Selskapsrett s. 339 hvor en av grunnene til at en virksomhet organiseres i konsern er nettopp for å ”begrense ansvaret for en risikofylt virksomhet ved at denne f eks legges i et av flere konsernselskaper”.

At morselskapet opptrer passivt er imidlertid neppe det typiske. I praksis vil morselskapet vanligvis benytte sin posisjon til å bygge opp en større eller mindre grad av enhetlig organisasjon.⁷² Særlig i større konsernforhold med et betydelig antall ansatte, vil det vanligvis være en forholdsvis høy grad av integrasjon, der morselskapet utøver en aktiv konsernledelse og konsernets økonomiske ressurser behandles som en enhet.⁷³ Når morselskapet overtar styringen og kontrollerer datterselskapet, vil det være større risiko for at datterselskapet kan bli drevet på en måte som utelukkende er i morselskapets interesse, og som vil kunne gå utover kreditorinteressene i datterselskap, og dermed være i strid med hensynene bak ansvarsbegrensningen.⁷⁴

Videre kan den uavhengige kontrollfunksjonen være fraværende i et konsern. I praksis er det vanlig at morselskapet i stor grad instruerer ledelsen i datterselskapet.⁷⁵ Slik instruks kan blant annet skje på uformelt vis utenfor generalforsamlingen. I så fall vil ledelsen av datterselskapet foregå på en måte der selskapsorganene i datterselskapet ikke vil opptre selvstendig.⁷⁶

Videre vil det være tyngre for en fysisk aksjonær å måtte bære ansvaret for forpliktelsene i et selskap enn det vil være for et morselskap. Morselskap må i større grad forventes å ta høyde for slike følger, og har i en langt større grad enn en fysisk aksjonær mulighet til å bære de økonomiske konsekvenser av et ansvarsgjennombrudd.

Ytterligere kan det hevdes at det er rimelig at morselskapet, som har den økonomiske interessen i en virksomhet, også bør bære risikoen for dette.⁷⁷ Videre vil morselskapets aktsomhet ved forvaltningen av sine datterselskaper skjerpes dersom det må regne med at det også i visse tilfeller vil kunne være ansvarlig for tap som datterselskapet påfører sine kreditorer.⁷⁸ Et slikt prevensjonshensyn ble presentert av Andenæs på det på det 30. nordiske juristmøte i Oslo i 1984:

" det [kan] anføres et prevensjonshensyn, idet ansvar for datterselskapets forpliktelser vil stimulere eieren til omtanke og forsiktighet."

Gjennomgangen viser at det kan være større grunn til å oppstille ansvarsgjennombrudd der morselskapet er aksjonær. Løsningen er likevel på ingen måte åpenbar.⁷⁹ Det er forskjeller på morselskap, og hvert enkelt typetilfelle må vurderes konkret.⁸⁰

⁷² NOU:1996:6 s. 22.

⁷³ NOU:1996:6 s. 22.

⁷⁴ NOU:1996:3 s. 87.

⁷⁵ Se Normann, s. 247-248 for eksempler på dette

⁷⁶ Lowzow/Reed, Aksjonæravtaler 1993 s. 140 hvor det fremgår at en av grunnene til ansvarsgjennombrudd i konsernforhold er at det reelt sett foreligger en felles styring mellom mor- og datterselskap som oppnås ved at ledelsen består av samme personer.

⁷⁷ Knudsen i Aakvaag m.flere, s. 105

⁷⁸ Knudsen i Aakvaag m.flere, s. 105

⁷⁹ Nåmdal, s. 191 hvor det uttales at "[d]et bør ikkje vere høve til å gjere eit generelt unntak frå asl./asal. § 1-2, 1. ledd for konsern".

⁸⁰ Nåmdal, s. 193 og 197.

2.4 KREDITORFORHOLD

2.4.1 Frivillig og ufrivillig kreditor

Kreditorforhold kan ha betydning for spørsmålet om det kan oppstilles en regel om ansvarsgjennombrudd. Herunder kan man trekke et skille mellom de frivillige og ufrivillige kreditorer, hvor ulike hensyn og interesser gjør seg gjeldende.

Forskjellen mellom disse kreditor typene er at den frivillige kreditor har frivillig ytt kreditt til selskapet, og at kreditten som er gitt vil bygge på avtale mellom kreditor og selskapet. Den ufrivillige kreditor har på den annen side fått et krav mot selskapet uten at dette var intensjonen. Et eksempel på dette vil være at selskapet har utøvd en handling som er erstatningsbetinget, og at det har oppstått et økonomisk tap for en tredjepart som følge av dette. Tredjeparten som har krav på erstatning vil dermed være en ufrivillig kreditor.

2.4.2 Frivillig kreditor

Ettersom kontraktskreditor frivillig har ytt kreditt til aksjeselskapet, har også kreditor godtatt at kontraktsparten er et selskap med begrenset ansvar, og at dekning bare kan søkes i selskapsformuen. Fra det øyeblikk de fikk posisjonen som kreditor, har de derfor ingen forventning om å kunne søke dekning hos selskapsdeltakerne dersom de ikke får dekning i selskapsformuen.⁸¹ Det kan i denne sammenheng trekkes en parallell til alminnelig erstatningsrett hvor aksept av risiko kan utelukke ansvar.

I kontraktsforhandlingene med aksjeselskapet har den frivillige kreditor muligheter for å sikre sitt krav. I forhandlinger med et morselskap, kan kreditor eksempelvis kreve økonomisk sikkerhet i form av morselskapsgaranti. Det skal derfor mye til for å oppstille ansvarsgjennombrudd der kreditor er frivillig. Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene:

"Det er vanskeligere å se for seg at [ansvarsgjennombrudd] kan skje til fordel for dem som står i et vanlig kontraktsforhold med selskapet, med mindre det foreligger underfinansiering, markant overstyring eller andre særlige omstendigheter som tilsier at medkontrahenten nærmest er ført bak lyset. Disse momentene vil også ellers ha betydning i en helhetsvurdering av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd."⁸²

At den frivillige kreditor må bære risikoen i et slikt tilfelle fremgår også klart av rettspraksis. I Rt. 1996 s. 742 "Minnor" ble det blant annet uttalt at:

"Utgangspunktet må være at [...] aksjeselskapsformen [...] gir adgang til ansvarsbegrensning også for risikofylte foretak. En slik begrensning er her spesielt påkrevet for i det hele tatt å få virksomheten i gang. Det er ikke noe eksepsjonelt i at aksjonærer og [...] begrenser sin risiko, og at det er kreditor som bærer risikoen ut over selskaps- og ansvarskapital."⁸³

Videre vil den frivillige kreditor ofte følge med på driften og utviklingen av aksjeselskapet, og vil dermed kunne reagere dersom det foreligger klare tegn på at morselskapet underkapitaliserer datterselskapet.⁸⁴

⁸¹ Nåmdal, s. 378.

⁸² Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 125

⁸³ Se s. 757.

⁸⁴ Nåmdal, s. 287.

Dersom det var store muligheter for frivillige kreditorer til å vinne frem med et eventuelt ansvarsgjennombrudd, ville dette kunne åpne for at flere kreditorer engasjerer seg i mer risikofylte prosjekt, ettersom de har en visshet om at de kan sikre seg senere dersom prosjektet skulle ende opp med et tap.

Videre har kontraktskreditoren i flere tilfeller en viss undersøkelsesplikt. Kreditoren bør sette seg inn i datterselskapet før denne engasjerer seg i selskapet. En eldre høyesterettsavgjørelse, Rt. 1934 s. 412, gir blant annet uttrykk for dette. Saken gjelder erstatningsrett, og er derfor ikke direkte relevant ved ansvarsgjennombrudd. Den illustrerer likevel at det foreligger en undersøkelsesplikt hos en kreditor som ønsker å gi kreditt til et risikofylt selskap. Høyesterett avsto her erstatningskrav overfor styremedlemmene i selskapet, og begrunnet det i kreditors opptreden. Kreditor hadde muligheten til å få et riktig bilde av selskapets stilling, ved at kreditor selv burde ha foretatt nærmere undersøkelser. Høyesterett gikk så langt som å betrakte det som uaktsomhet fra kreditorens side at denne ikke foretok nærmere undersøkelser.⁸⁵ Kreditor sin undersøkelsesplikt er imidlertid et annet forhold som går utenfor temaet for denne fremstillingen. Kreditoren er ikke i et direkte kontraktsforhold med aksjonærene. Avgjørelsen fra 1934 illustrerer imidlertid at kreditorene bør undersøke hva de yter kreditt til.

På den annen side kan ikke synspunktene om at ansvarsgjennombrudd ikke bør oppstilles overfor den frivillige kreditor, trekkes for langt. I praksis er det ikke uvanlig at morselskapet i stor grad skjuler datterselskapets egentlige økonomi overfor kreditorene i datterselskapet.⁸⁶ Der hvor kreditor er ukjent med den økonomiske situasjonen i datterselskapet, og hvor aksjonæren på utilbørlig måte driver aksjeselskapet, tilsier rimelighetshensyn at ansvarsgjennombrudd i særlige unntakstilfeller oppstilles.

Ved resten av fremstillingen forutsetter jeg at kreditor er frivillig og at denne var uvitende om forholdene i datterselskapet. I tillegg forutsetter jeg også at det ikke foreligger noen avtalerettslige forpliktelser mellom kreditor og morselskapet, som vil kunne nøytralisere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd, slik som for eksempel morselskapsgaranti, støtteerklæring, "comfort letter", osv.

2.4.3 Ufrivillig kreditor

På tross av at fremstillingen begrenses til situasjoner som gjelder den frivillige kreditor, er kreditorposisjonen – om kreditor er frivillig eller ikke – et sentralt aspekt ved ansvarsgjennombruddsvurderingen. Jeg vil derfor knytte noen bemerkninger til den frivillige kreditor ved spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.

Hensynet til investeringslyst gjør seg også seg gjeldende overfor den ufrivillige kreditor. Det vil kunne innebære vidtrekkende konsekvenser for den økonomiske utviklingen i samfunnet, dersom det var vide muligheter for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd der kreditor er ufrivillig.⁸⁷ Aksjonærer engasjerer seg i et aksjeselskap, blant annet fordi ansvaret er begrenset. Dette vil ikke bare gjelde overfor kreditorer som aksjeselskapet inngår kontrakter med, men også overfor potensielle ufrivillige kreditorer, slik som eksempelvis erstatningsansvar for miljøskade eller personskade. Særlig vil dette gjelde der aksjeselskapet driver en risikofylt bedrift.

⁸⁵ Se s. 414 i avgjørelsen.

⁸⁶ Rt. 1979 s. 81 "NBBL" kan benyttes som eksempel på dette. Morselskapet holdt her tilbake informasjon om den egentlige økonomien til datterselskapet overfor kontraktspartene. Saken er imidlertid spesiell ettersom morselskapet også opptrådte som forretningsfører for kontraktsparten, og ble erstatningsansvarlig som følge av at det hadde brutt informasjonsplikten. Se nærmere om avgjørelsen nedenfor i punkt 5.3.2.

⁸⁷ Nåmdal, s. 254.

Frostatings lagmannsrettsavgjørelse av 23. desember 2002 kan blant annet tas til inntekt for at det ikke gjelder noen lavere terskel for ansvarsgjennombrudd der kreditor er ufrivillig. I denne saken kom lagmannsretten frem til at det ikke forelå grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Kravet bygget ikke på kontrakt, og kreditor var således ufrivillig. Retten oppstiller samme innfallsvinkel til problemet som Høyesterett gjorde i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor". Ved at retten oppstilte samme vurderingstema, og samme terskel jf. "utilbørlig", gir retten samtidig uttrykk for at vurderingene og terskelen er den samme ved ufrivillig som ved frivillig kreditor.

Synspunktet på den ufrivillige kreditor og ansvarsgjennombrudd har vært noe sprikende i forarbeidene. Lovgiver hevdet først i Ot.prp.nr.33 (1988-89) s. 125 at "det foreligger [ikke] tilstrekkelig grunn til at kreditor etter et krav om forurensningserstatning skal komme i noen bedre stilling enn selskapets øvrige kreditorer når det gjelder muligheten for å skjære gjennom aksjeselskapsformen og gjøre et direkte ansvar gjeldende overfor aksjeeierne". Imidlertid uttaler lovgiver senere i Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117 at "[d]et er imidlertid grunn til å peke på at det generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd ... når det gjelder erstatningsansvar overfor tredjepersoner (for eksempel for miljø- og personskafe) enn for ansvar i kontraktsforhold hvor medkontrahenten selv kan vurdere det kontraherende selskaps stilling". Det kan legges mest vekt på den siste uttalelsen av disse to, ettersom avgjørelsen i Ot.prp.nr.23 er av nyere dato enn den første.

I motsetning til kontraktskreditor, har imidlertid den ufrivillige kreditor fått et krav mot aksjeselskapet uten at dette var intensjonen. En ufrivillig kreditor har derfor i liten grad noen mulighet til å forhindre at man blir kreditor overfor et aksjeselskap, hvor det kun er muligheter til å søke dekning i selskapets formuesmasse. Den ufrivillige kreditor vil også ha begrensede muligheter til å sikre seg dekning gjennom avtale, der aksjonæren eller andre stiller økonomisk sikkerhet for det tilfellet at aksjeselskapet ikke kan betale. Frivillige kreditorer kan heller ikke foreta en vurdering av debtors betalingsevne. Videre kan den ufrivillige kreditor heller ikke foreta noen analyse av risikoen i selskapet. Rimelighetsbetraktninger kan derfor tilsi at det er større grunn til å oppstille ansvarsgjennombrudd der hvor kreditor er ufrivillig, enn der kreditor er frivillig.

Jeg vil senere i fremstillingen knytte noen kommentarer til den ufrivillige kreditor, hvor dette kan ha interesse.

2.5 ANSVARSGJENNOMBRUDD OG FREMMED RETT

2.5.1 Generelt om ansvarsgjennombrudd i fremmed rett

Det norske rettssystemet har alltid vært påvirket av rettstilstanden i andre land.⁸⁸ Dette gjelder også ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Regelen er i stor grad blitt influert av rettspraksis og juridisk teori fra USA ("Piercing the corporate veil") og Tyskland ("Haftungsdurchgriff").⁸⁹ I fremmed rett eksisterer det et omfattende materiale om ansvarsgjennombrudd, eller regler og prinsipper som ligner på regelen om ansvarsgjennombrudd (begrepet "Piercing the corporate veil" ligner for eksempel mer på det norske begrepet "gjennomskjæring").⁹⁰

⁸⁸ Boe, Innføring i juss 2010 s. 108

⁸⁹ Nåmdal, s. 110 flg. Woxholt, s. 116. Asmundsson/Gustavsson, s. 211-216. Det vises blant annet til "piercing the corporate veil" i forarbeidene jf. Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

⁹⁰ Asmundsson/Gustavsson, s. 205-216. Nåmdal, s. 110 flg.

Videre er det flere likheter når det gjelder ansvarsgjennombrudd i ulike lands rettssystemer.⁹¹ Høyesterett har gitt uttrykk for at likheter mellom rettskilder i flere land, kan medføre at utenlandske rettskilder får en viss vekt og legitimitet ved tolkningen av norsk rett. I Rt. 1994 s. 1584 uttales det at:

”Siden det dreier seg om spørsmål som har meldt seg og kan melde seg på noenlunde samme måte i mange land, er det i og for seg klart at rettsavgjørelser fra andre land hvor rettsgrunnlaget er tilnærmet det samme som i Norge, har atskillig interesse.”⁹²

Derneft henviser lovgiver selv til fremmed rett der ansvarsgjennombrudd er behandlet i diverse forarbeidsuttalelser.⁹³ At lovgiver henviser til utenlandsk rett tyder på at lovgiver selv er av den oppfatning at utenlandsk rett er relevant ved regelen om ansvarsgjennombrudd, og at fremmed rett derfor vil kunne ha en viss relevans ved den norske ansvarsgjennombruddsregelen.

Ettersom regelen om ansvarsgjennombrudd eventuelt må oppstilles på ulovfestet grunnlag, i tillegg til at det norske rettskildematerialet er nokså tynt, er det god grunn til å se hen til fremmed rett ved behandlingen av ansvarsgjennombrudd.⁹⁴ Dette gjelder særlig der rettskulturen har likhetstrekk med det norske rettssystemet, og der rettskulturen også har en selskapsform som ligner på den norske aksjeselskapsformen, det vil si aksjeselskap med begrenset ansvar.

2.5.2 Sammenligning med fransk rett

Ansvarsgjennombrudd er i stor grad blitt sammenlignet med våre naboland i Norden.⁹⁵ Videre er også regelen blitt sammenlignet med tysk og amerikansk rett. Det finnes imidlertid ingen fremstillinger som sammenligner med fransk rett.

Det franske rettssystemet har vært gjenstand for sammenligning i en rekke komparative fremstillinger.⁹⁶ Fransk rett har generelt hatt stor innflytelse på andre rettssystemer, og har som følge av dette fått stor utbredelse.⁹⁷ Videre har Frankrike et germansk og romansk rettssystem som har flere likhetstrekk med det norske rettssystemet.⁹⁸ I likhet med norsk rett, tar man utgangspunkt i loven, ettersom denne er rangert høyest i rettskildhierarkiet.⁹⁹ Videre er rettspraksis viktig som rettskildefaktor i fransk rett ved tolkning av loven.¹⁰⁰ Likhetene

⁹¹ Se blant annet Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, 2007. I denne utgaven går de samme typesituasjoner og momenter igjen i de forskjellige lands rett.

⁹² Rt. 1994 s. 1584 på s. 1587.

⁹³ I NOU:1992:29 s. 43-44 vises det til utenlandsk rett, og i Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117 vises det eksplisitt til doktrinen ”piercing the corporate veil”.

⁹⁴ Aarbakke, m.fl. s. 34 gir uttrykk for at utenlandsk rett kan benyttes som typetilfeller som kan oppstå ved spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.

⁹⁵ Se blant annet NOU:1992:29 s. 43-44. Hagstrøm/Aarbakke s. 91 flg. Asmundsson/Gustavsson går gjennom nordisk rett på s. 205-211.

⁹⁶ Se Lando, *Indføring i komparativ ret* (2009) som blant annet tar for seg det franske rettssystem. Gordley & Von Mehren tar for seg det engelske, amerikanske, franske og tyske rettssystem i ”An introduction to the comparative study of private law”. Også i Vandekerckhove, *piercing the corporate veil* (2007) som er en komparativ sammenligning av denne regelen i ulike land, er det franske rettssystemene et av de som er valgt som sammenligningsobjekt.

⁹⁷ Lando, *Indføring i komparativ ret* (2009) s. 45

⁹⁸ Lando, s. 25-27

⁹⁹ Lando, s. 28

¹⁰⁰ Lando, s. 43

mellom rettssystemene, medfører at en sammenligning med fransk rett kan være hensiktsmessig.

Videre er det også et poeng at norsk rettspraksis ved jevne mellomrom har benyttet seg av fransk rett for å løse norsk rett. Eksempelvis trakk Høyesterett i Rt. 1957. s. 33 ”Havlærdommen” inn rettsprinsipper fra fransk rett for å belyse Grunnloven §66.¹⁰¹

I fransk rett eksisterer det imidlertid ingen regel om ansvarsgjennombrudd i snever forstand. Inntrykket er at grunnlagene i fransk rett i stor grad gjelder alternative grunnlag, som tilsvarer ansvarsgjennombrudd i vid forstand. En ren komparativ fremstilling mellom norsk og fransk rett er derfor ikke formålstjenlig, ettersom ansvarsgjennombrudd i snever forstand og alternative regelsett vil kunne bygge på forskjellige hensyn. I mangel på holdepunkter av rettskilder innenfor norsk rett som gjelder ansvarsgjennombrudd i snever forstand, kan imidlertid fransk rettspraksis som omhandler tilsvarende regelsett i vid forstand, ha relevans ved behandlingen av den norske ansvarsgjennombruddregelen.

Man må dermed fokusere på den delen av den norske regelen der man i størst grad kan hente momenter og støttepunkter fra franske regelsett. Dette vil særlig gjelde ved momentene (i) sammenblanding og (ii) underkapitalisering.

En sammenblanding av midler kan omfattes etter regelen om "confusion de patrimoines" (*sammenblanding av midler*) i code de commerce artikkel L 621-2 i fransk rett, mens underkapitalisering vil kunne falle innunder regelen om "l'action pour insuffisance d'actif" (*ansvar for at selskapet har utilstrekkelig med midler*) i code de commerce artikkel L. 651-2. Ved begge disse typetilfellene eksisterer det et omfattende materiale som tilsvarer ansvarsgjennombrudd i vid forstand.¹⁰²

En vanlig bruk av fremmed rett, er å hente argumenter til bruk i den nasjonale retten for å undersøke hvilke typetilfeller som kan oppstå ved norske regelsett.¹⁰³ Når man benytter utenlandsk rett på denne måten, er de argumentasjonen som blir benyttet, og da nærmest som et idégrunnlag og ikke nødvendigvis den utenlandske rettskildedefaktoren som en gyldig rettskilde i norsk rett.¹⁰⁴ Den utenlandske retten blir dermed benyttet som et støttemoment i en vurdering der man ikke tillegger momentet vekt, men der man konstaterer at løsningen er den samme i fransk rett.¹⁰⁵ Det er i stor grad på denne måten fransk rett vil bli benyttet i denne fremstillingen, dette vil si som støttemoment ved forståelsen av den norske ansvarsgjennombruddsregelen.¹⁰⁶

¹⁰¹ Boe, *Innføring i juss* (2010) s. 109

¹⁰² For en oversikt over fransk rett på dette området anbefales Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil* 2007. Forfatteren gir her en god oppsummering over fransk rett og går gjennom flere regelsett som tilsvarer ansvarsgjennombrudd i vid forstand i fransk rett. Doktorgradsversjonen av denne kan finnes her; <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/1979/118/2/Doctoraat.pdf>

¹⁰³ Lando, s. 203, Nåmdal, side 111

¹⁰⁴ Augdahl *Rettskilder*, s. 19.

¹⁰⁵ Nygaard s. 110 definerer støtteargument på denne måten hvor bruk av utenlandsk rett blir nevnt.

¹⁰⁶ Nåmdal, s. 110.

2.6 OPPSUMMERING OG VIDERE FREMSTILLING

Ansvarsgjennombruddsregelen er ulovfestet og bygger på en helhetsvurdering som er knyttet til skjønnsmessige kriterier, hvor en rekke hensyn må tas i betraktning.¹⁰⁷ Som nevnt ovenfor i pkt. 2.1 er det meningen at regelen skal kunne dekke forskjellige situasjoner der aksjonærene utøver misbruk av ansvarsbegrensningen i et aksjeselskap. Det derfor er ikke mulig å lage en uttømmende liste over alle momenter som er relevant ved ansvarsgjennombruddsregelen.

Som følge av at ansvarsgjennombruddsregelen kan se ut til å være skjønnsmessig, er det behov for å konkretisere hvilke momenter som vil ha relevans ved regelen. Imidlertid vil det være kunstig å ta for seg innholdet i regelen, uten først å ta stilling til om en slik regel i det hele tatt eksisterer.

¹⁰⁷ I NOU:1992:29, s. 44 hvor det uttales at "[r]egelen er ulovfestet, og dermed nødvendigvis knyttet til skjønnsmessige og usikre kriterier", i tillegg til at dette vil være aktuelt å oppstille "når det ville være utilbørlig eller klart urimelig overfor de interesser som knytter seg til selskapet, om ansvarsbegrensningen skulle bli stående." Se også NÅmdal s. 139 hvor det fremgår at en drøftelse av om det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd inviterer til en bred og sammenfattet vurdering hvor en rekke hensyn må avveies mot hverandre.

KAPITTEL 3: EKSISTERER DET EN REGEL OM ANSVARSGJENNOMBRUDD?

3.1 INNLEDNING

Ettersom det ikke finnes noen lovregel om ansvarsgjennombrudd, vil jeg ta stilling til hva som fremgår om dette i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. En inngående og teoretisk behandling av alle rettskilder som kan ha relevans for ansvarsgjennombrudd vil imidlertid sprengre grensene for fremstillingen. Det vil derfor kort redegjøres for enkelte synspunkter i norsk rett.

Først og fremst vil jeg redegjøre generelt om ansvarsgjennombrudd. Samtidig vil jeg også redegjøre for synspunkter om ansvarsgjennombrudd der aksjonæren er et morselskap.

3.2 EKSISTERER DET EN REGEL OM ANSVARSGJENNOMBRUDD ?

3.2.1 Lovgivers holdning til en regel om ansvarsgjennombrudd

Lovgiver har tidligere tatt stilling til spørsmålet om å gi en generell regel om ansvarsgjennombrudd. Lovgiver landet imidlertid på at lovtekniske hensyn talte mot å gi en slik regel:

”Det ... som må tas i betraktning er at det trolig ikke er mulig å utforme en generell lovbestemmelse om ansvarsgjennombrudd uten å ta i bruk en rettslig standard. ... Etter gruppens syn knytter det seg flere svakheter til en slik form for lovregulering på dette området. Beroende på hvorledes bestemmelsen nærmere utformes, vil den på den ene side kunne sette uønskede eller uhensiktsmessige skranker for skjønnsutøvelsen. Siden man her befinner seg på et felt der en lang rekke faktorer kan og bør komme i betraktning ved avgjørelsen, vil en lovregulering etter omstendighetene kunne lede til at adgangen til ansvarsgjennombrudd i enkelte tilfeller blir for vid og i andre for snever i forhold til hva det reelt sett er behov for i det konkrete tilfelle. Og omvendt; dersom bestemmelsen utformes slik at den i tilstrekkelig grad gir rom for å ta i betraktning alle relevante faktorer, vil den trolig bli så « rund » at den gir liten eller ingen veiledning utover den som allerede følger av de ulovfestede prinsipper.”¹⁰⁸

Lovgiver ønsket altså ikke å gi noe konkret forslag til en regel om ansvarsgjennombrudd. Årsaken var usikkerhet knyttet til hvilket innhold en slik regel burde ha. Lovgiver gir også uttrykk for regelen om ansvarsgjennombrudd er blitt utviklet i ulovfestet rett, og at regelen bør fortsette å bli det:

”Ett moment er at det allerede etter gjeldende norsk rett trolig eksisterer en begrenset adgang til å foreta gjennomskjæring. Denne er ulovfestet, og dermed nødvendigvis knyttet til skjønnsmessige og usikre kriterier. Den ulovfestede regelen innebærer at det bare i særlige tilfeller kan komme på tale å fravike de alminnelige prinsipper om aksjeeierens deltageransvar. Etter gruppens syn er det ikke grunn til å gå lenger i retning av å tillate ansvarsgjennombrudd enn det som følger av gjeldende, ulovfestet rett.”¹⁰⁹

Lovgiver åpner derfor for at en slik regel kan tenkes å eksistere innenfor ulovfestet rett, jf. begrepene "*[e]tter gruppens syn er det ikke grunn til å gå lenger i retning av å tillate ansvarsgjennombrudd enn det som følger av gjeldende, ulovfestet rett.*" I Ot.prp.nr 36 (1993-94) går man imidlertid noe lenger ved å uttale at det kan være adgang til

¹⁰⁸ NOU:1992:29 s. 44-45.

¹⁰⁹ I NOU:1992:29 s. 44.

ansvarsgjennombrudd i unntakstilfeller, og at sterke rimelighetshensyn kan tale for en slik regel:

”Aksjelovgruppen [konkluderer] med at den ikke ønsker å foreslå lovbestemmelser om ansvarsgjennombrudd. I stedet mener gruppen at det også i framtiden bør overlates til praksis å ta stilling til om og i hvilken utstrekning det skal være adgang til å foreta gjennomskjæring i unntakstilfeller. [...] Departementet kan ikke se avgjørende motforestillinger så lenge adgangen til å foreta ansvarsgjennombrudd holdes innen snevre rammer. Etter omstendighetene kan det være sterke rimelighetshensyn som tilsier en slik løsning.”¹¹⁰

Lovgiver overlater det dermed til praksis å utvikle ansvarsgjennombruddsregelen. I Ot.prp.nr.23 (1996-1997) bekreftes også dette, hvor det uttales at problemstillingen er best egnet for og løses i teori og praksis:

”Norsk rett inneholder ikke generelle lovfestede regler om ansvarsgjennombrudd, og det er heller ingen høyesterettsdom som uttrykkelig bygger på dette grunnlaget. Det er likevel antatt at domstolene vil kunne godta en slik regel uten hjemmel i lov. ... Det er flere uavklarte spørsmål i forbindelse med erstatningsansvar i aksjeselskapsforhold, ansvarsgjennombrudd og tilordningssynspunkter. Departementets syn har vært at disse problemene for tiden egner seg best for og løses i teori og praksis...”¹¹¹

Etter en samlet vurdering indikerer med styrke at det finnes en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i snever forstand. Det som er sikkert er at lovgiver spiller ballen over til domstolene og juridisk teori. Videre konkretiseres også innholdet i regelen til en viss grad.

Når det gjelder ansvarsgjennombrudd ved morselskap, ser imidlertid lovgiver ut til å åpne for at terskelen kan nedjusteres i slike tilfeller:

I Ot.prp.nr.23 (1996-97) fremgår det at er ”grunn til å peke på at det generelt synes større grunn til å tillate ansvarsgjennombrudd i forhold til morselskaper i et konsern enn i en del andre tilfeller, ...”¹¹² Videre blir det i NOU:1996:3 s. 87 uttalt at ”[s]penningsforholdet mellom konsernet som en organisasjonsmessig- og økonomisk enhet på den ene siden og konsernselskapene som selvstendige juridiske enheter på den andre, skaper en særlig risiko for at hensynet til det enkelte konsernselskaps særkreditorer, minoritetsaksjeeiere, ansatte mv kan bli tilsidesatt.”¹¹³

Videre blir det i NOU 1996:6 uttalt at ”[m]orselskapet og andre konsernselskaper svarer ikke for det enkelte konsernselskaps forpliktelse med mindre det foreligger et særlig grunnlag for dette, så som [...] ansvar som bygger på prinsippene om ansvarsgjennombrudd”.¹¹⁴ I samme forarbeidsuttalelse fremgår det også at ”på arbeidsrettens område burde ansvarsgjennombrudd kunne være aktuelt i tilfeller der datterselskapet er «uselvstendig» og all styring og beslutning er lagt til og fattes i morselskapet, selv om den selskapsrettslige konstruksjon ikke har tvilsomme motiver”.¹¹⁵

3.2.2 Rettspraksis om ansvarsgjennombrudd

I juridisk teori er det vist til en rekke høyesterettsavgjørelser hvor det oppstilles ansvar for aksjonærene, og som i ettertid er tatt til inntekt for at det finnes en regel om

¹¹⁰ Ot.prp.nr.36 (1993-94) s. 87-89

¹¹¹ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117;

¹¹² I Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

¹¹³ NOU:1996:3 s. 87.

¹¹⁴ NOU:1996:6 s. 13.

¹¹⁵ NOU:1996:6 s. 18.

ansvarsgjennombrudd. Blant annet er avgjørelsene tatt inn i Rt. 1991 s. 119 og Rt. 1993 s. 20 tatt til inntekt for dette.¹¹⁶

Avgjørelsene verken nevner ansvarsgjennombrudd, eller tar uttrykkelig stilling om det eksisterer en slik regel. I kjølvannet av Rt. 1991 s. 119 og Rt. 1993 s. 20, er det særlig to dommer som har blitt diskutert i sammenheng med om det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd. Dette er Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 748 "Minnor".

Rt. 1996 s. 672 gjaldt fornøyelsesparken Kongeparken. Denne ble kjøpt opp av Park Holding AS, som skulle drive Kongeparken gjennom et heleid datterselskap kalt for Kongeparken AS. I styret satt aksjonærene fra selskapet Park Holding AS. Datterselskapet Kongeparken AS gikk etter en kort periode konkurs, og inkassofirmaet hevdet at Park Holding AS var ansvarlig for selskapsgjelden. Den ulovfestede regelen om ansvarsgjennombrudd ble anført som ansvarsgrunnlag for aksjonærene i Kongeparken AS. Høyesterett falt imidlertid ned på at ansvarsgjennombrudd ikke var aktuelt i dette tilfellet, men konkretiserte likevel hvilket innhold en slik ulovfestet regel vil kunne ha. Høyesterett ga uttrykk for at det måtte foretas en helhetsvurdering, der hovedsakelig to typer argumenter gjør seg gjeldende. Det ene var om det fremstod som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen. Det andre var om det hadde vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern:

"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 opprett holde 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."¹¹⁷

På tross av at Høyesterett presenterte en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd, er Høyesterett likevel klare på at man ikke ønsket å ta uttrykkelig standpunkt til om det eksisterer en slik regel i norsk rett. Der hvor aksjonæren er et morselskap uttales det imidlertid at:

"Innledningsvis finner jeg grunn til å bemerke at det i seg selv ikke kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap. En slik oppdeling er ikke uvanlig, og indikerer i seg selv ikke noe utilbørlig i forhold til kreditorene eller noen sammenblanding mellom selskapene. Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter. Også dette vil være helt regulært og ikke noe utilbørlig."¹¹⁸

I Rt. 1996 s. 742 var Minnor AS et mindre selskap hvor aksjonærene var Elkem AS og Norcem AS. Formålet med dette selskapet var å utvinne og foredle mineral. Selskapet gikk imidlertid konkurs. Det ble derfor reist sak mot Elkem og Aker på vegne av tre banker. Disse hevdet at Elkem og Aker ikke hadde gitt tilstrekkelig informasjon om Minnor, og at det derfor var grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Høyesterett foretok i denne avgjørelsen en tilsvarende helhetsvurdering som Høyesterett foretok i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken". Men heller ikke i denne saken var det nødvendig å ta stilling til om det i norsk rett inneholder en regel om ansvarsgjennombrudd, ettersom vilkårene ikke var oppfylt:

¹¹⁶ I Borgarting lagmannsrettsavgjørelse datert 2011-06-06, LB-2010-87977, uttales at "Sjødaldommen er i juridisk litteratur omtalt i forbindelse drøftelser av om det foreligger en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett."

¹¹⁷ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" s. 678-679.

¹¹⁸ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" s. 679.

"Heller ikke i vår sak er det nødvendig å ta stilling til om norsk rett inneholder en regel om ansvarsgjennombrudd, da de vilkår som i tilfelle måtte oppstilles, ikke foreligger. Utgangspunktet må være at både aksjeselskapsformen og kommandittselskapsformen gir adgang til ansvarsbegrensning også for risikofylte foretak. En slik begrensning er her spesielt påkrevet for i det hele tatt å få virksomheten i gang. Det er ikke noe eksepsjonelt i at aksjonærer og kommandittister begrenser sin risiko, og at det er kreditor som bærer risikoen ut over selskaps- og ansvarskapital."¹¹⁹

Ettersom de nevnte rettsavgjørelser fra 1996 ikke bekrefter at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd, kan avgjørelsene heller ikke tas til inntekt for at en slik regel eksisterer. Imidlertid har det formodningen mot seg at Høyesterett presenterer en regel som et mulig grunnlag i den konkrete sak, i tillegg til å konkretisere innholdet i regelen, men for deretter å la være å ta standpunkt til om regelen i det hele tatt eksisterer. Innholdet i regelen blir presentert på en nokså grundig måte i begge avgjørelsene.

At høyesterettsavgjørelsene kan tas til inntekt for at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd, underbygges ved å vise til hvordan avgjørelsene har blitt forstått i underrettene i ettertid.

I en rekke lagmannsrettsavgjørelser har retten lagt til grunn at det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd, uten at spørsmålet om dens eksistens har blitt drøftet særlig inngående. Lagmannsrettsavgjørelsene Hålogaland lagmannsrett dom 15. november 1995, Frostating lagmannsrett dom 26. april 1996, Borgarting lagmannsrett dom 2. september 1996 og 21. desember 1999 og Frostatings lagmannsrett dom 23. desember 2002 er alle eksempler på dette.

Særlig Gulating lagmannsrett dom 8. november 2006 (RG-2007-411) kan tas til inntekt for at det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd. Lagmannsretten uttaler eksplisitt at regelen eksisterer:

"Lagmannsretten legger under henvisning til dette til grunn at det i norsk rett gjelder en regel om ansvarsgjennombrudd som kan gi grunnlag for å fravike den ansvarsbegrensning som følger av aksjeloven § 1-2. Hvorvidt det i det enkelte tilfelle er grunnlag for dette må bero på en konkret helhetsvurdering hvor det med utgangspunkt i uttalelsene i Rt-1996-672 særlig må vektlegges om det fremstår som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og om det har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern." (min utheving).

Mot denne avgjørelsen kan det innvendes at lagmannsretten er noe bombastisk i domspremissene vedrørende eksistensen av en regel om ansvarsgjennombrudd. En drøftelse av om det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd inviterer nemlig til en bred og sammenfattet vurdering hvor en rekke hensyn må avveies mot hverandre.¹²⁰ Blant annet må man ta hensyn til aksjonærinteressene og kreditorinteressene, i tillegg til hvilken virkning ansvarsgjennombrudd vil kunne ha på investeringslysten, kapitaltilgangen og verdiskapningen i samfunnet.¹²¹ Når lagmannsretten ikke foretar en grundig helhetsvurdering, men nøyer seg med å slå fast at det eksisterer en slik regel, mister avgjørelsen særlig tyngde som rettskildefaktor, for å underbygge at det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd.¹²² Videre

¹¹⁹ Rt. 1996 s. 742 "Minnor" s. 757.

¹²⁰ Nåmdal s. 139.

¹²¹ Nåmdal, s. 139.

¹²² Se Woxholth, s. 118-119 som konkluderer med at RG-2007-411 har en spesiell rettskildemessig verdi, men at den illustrerer at ansvarsgjennombrudd etter norsk rett "prinsipielt er mulig".

har ikke avgjørelsen særlig stor rettskildemessig vekt, ettersom den ikke er en høyesterettsavgjørelse med prejudikatsverdi, og vil derfor ikke kunne tas til inntekt direkte for at den gir uttrykk for gjeldende rett.

Videre ble ansvarsgjennombrudd også vurdert i en ny lagmannsrettsavgjørelse fra Hålogaland lagmannsrett datert 22. mai 2012. Retten erkjente uttrykkelig at det er uklart i dag om det finnes en regel om ansvarsgjennombrudd. Da vilkårene for gjennombrudd uansett ikke var oppfylt i saken, avstod retten fra å ta stilling til regelens eksistens som sådan.

På den annen side kan man hevde at avgjørelsene fra lagmannsrettene illustrerer at ansvarsgjennombrudd har fått en viss aksept innenfor norske domstoler, og at man i ettertid har forstått høyesterettsavgjørelsene Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor", i retning av at det foreligger en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd. Rettspraksis kan dermed støtte opp om at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.

3.2.3 Juridisk teori om ansvarsgjennombrudd

I juridisk teori er man delt i synet på om det eksisterer en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd eller ikke. Inntrykket er imidlertid at de forfattere som tradisjonelt skriver om aksjeselskapsrett, stiller seg kritisk til en slik regel.

Hagstrøm hevder at det ikke er behov for en ansvarsgjennombruddregel, og at erstatningsrettslige regler rekker like langt.¹²³ Han opprettholder dette synet i sin siste utgave av Obligasjonsrett.¹²⁴ Det samme gjør Fjørtoft, som mener at ansvarsgjennombrudd er et spørsmål om selskapsrettslig identifikasjon.¹²⁵ Også Woxhølt hevder at det er vanskelig å finne eksempler på hvor det alminnelige erstatningsansvaret ikke strekker til.¹²⁶ Andenæs inntar en restriktiv holdning til muligheten for å holde aksjonærer ansvarlige på grunnlag av ansvarsgjennombrudd, men at "døren ikke er helt lukket igjen".¹²⁷

Dersom en ser bort fra Nåmdal sin doktoravhandling, er Asmundsson og Gustavsson sin artikkel fra 1995 den grundigste gjennomgangen av regelen. De går gjennom en rekke alternative grunnlag til ansvarsgjennombrudd, og kommer frem til at det er lite behov for en slik regel i norsk rett. Imidlertid må man ta i betraktning at artikkelen er fra 1995, altså før Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor". Det er derfor usikkert om de ville kommet til samme konklusjon i dag.¹²⁸

På den annen side er det flere teoretikere som legger til grunn at en ansvarsgjennombruddsregel eksisterer i norsk rett. Nåmdal hevder at ansvarsgjennombrudd bør tillates, men begrenser avhandlingen til å omhandle den ufrivillige kreditor ved miljøskade.¹²⁹ Synspunktene i denne fremstillingen vil derfor ikke nødvendigvis ha samme tilslutning overfor den frivillige kreditor. Bugge uttaler seg i samme retning som Nåmdal.¹³⁰ Også han behandler ansvarsgjennombrudd ved forurensningsansvaret. Aarum åpner også for

¹²³ Hagstrøm, s. 279.

¹²⁴ Hagstrøm Obligasjonsrett 2011, s. 111-112.

¹²⁵ Fjørtoft, s. 314.

¹²⁶ Woxhølt, s. 117.

¹²⁷ Andenæs, Selskapsrett 2007, s. 142.

¹²⁸ Asmundsson/Gustavsson, s. 293.

¹²⁹ Nåmdal, "Ansvarsgjennombrudd som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar" Univ. Bergen 2008.

¹³⁰ Bugge, Forurensningsansvaret. 603-606

ansvarsgjennombrudd, men da i hennes i fremstilling fra 1994.¹³¹ Det er derfor også usikkert på om Aarum ville ha fremholdt samme konklusjon i dag.

Der hvor aksjonæren er et morselskap, åpner imidlertid flere av ”skeptikerne” for at ansvarsgjennombrudd kan være mer aktuelt i konserntilfeller enn ellers. Til illustrasjon kan det vises til Woxholth, Knudsen og Asmundsson og Gustavsson.¹³²

3.2.4 Oppsummering: Eksisterer det en regel om ansvarsgjennombrudd?

Analysen jeg har foretatt i kapittel 3 viser at man har holdepunkter i forarbeider, rettspraksis, juridisk teori for at det kan eksistere en regel om ansvarsgjennombrudd. En drøftelse av om det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd inviterer imidlertid til en bred og sammenfattet vurdering hvor en rekke hensyn må avveies mot hverandre.¹³³

I fortsettelsen vil jeg gjennomgå de relevante momenter ved ansvarsgjennombrudd, først og fremst momentene underkapitalisering (kapittel 5) og sammenblanding (kapittel 6). Imidlertid vil jeg begynne med å gå gjennom øvrige momenter som vil ha betydning ved vurderingen.

¹³¹ Aarum, s. 45, Aarbakke mfl. 2004, s. 39-40, og Nåmdal, i sin doktoravhandling fra 2008.

¹³² Woxholth, Selskapsrett s. 340, Knudsen i Aakvaag m.flere, Noen sentrale emner inne norsk konsernrett s. 112-114 og Asmundsson/Gustavsson, s. 194.

¹³³ Nåmdal s. 139.

KAPTITEL 4: GENERELT OM ANSVARSGJENNOMBRUDD

4.1 UTILBØRLIGHETSMOMENTET

Utilbørighetsmomentet fremgår blant annet av forarbeidene. I NOU:1992:29 uttales det at gjennomskjæringsansvar vil være aktuelt *"når det ville være utilbørlig eller klart urimelig overfor de interesser som knytter seg til selskapet, om ansvarsbegrensningen skulle bli stående."*¹³⁴

Videre oppstiller Høyesterett i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor" vurderingskriteriet "utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen" som et av to momenter for at ansvarsgjennombrudd kan oppstilles.¹³⁵ Fra førstnevnte dom hitsettes:

"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 opprett holde 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."¹³⁶

Inntrykket er dermed at utilbørighetskriteriet angir terskelen for når ansvarsgjennombrudd kan finne sted. Videre sikter begrepet "utilbørighet" til at det må foretas en objektiv helhetsvurdering av om ansvarsbegrensningen skal settes til side. Inntrykket forsterkes ved å tolke begrepsbruken til førstvoterende i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", som uttaler at ansvarsgjennombrudd kan tenkes når det *"fremstår som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen"*.¹³⁷

Kravet til utilbørighet har sammenheng med at en ansvarsgjennombruddregel vil stride mot det klare utgangspunktet om at deltakerne har et begrenset ansvar.¹³⁸ I tillegg vil alternative beføyelser som er egnet til å verne kreditorinteressene, og som vil være i tråd med ansvarsbegrensningen, dekke store deler av anvendelsesområdet for en eventuell ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd.¹³⁹ En slik regel bør derfor kun oppstilles i særlige unntakstilfeller. Det er slik man må forstå forarbeidene:

"Etter gruppens syn må utgangspunktet klart nok være at gjennomskjæring bare kan være aktuelt i unntakstilfeller, og at en gjennomskjæring forutsetter et særlig grunnlag. [...] det kreves et « særlig grunnlag ». Dette særlige grunnlag må fastlegges ved en vurdering, hvor prinsippet om ansvarsbegrensning og de behov dette skal tilgodese må settes opp mot behovet for i visse tilfeller å la kreditorinteressen og andre interesser (enn den dominerende aksjeeierinteressen) som knytter seg til selskapet gå foran. De særlige grunner som taler for gjennomskjæring, må i det enkelte tilfelle være sterke, mer enn overveiende."¹⁴⁰

¹³⁴ NOU:1992:29 s. 44.

¹³⁵ Rt. 1996 s. 678 på s. 678-679

¹³⁶ Rt. 1996 s. 678 på s. 678-679

¹³⁷ Rt. 1996 s. 672 s. 678.

¹³⁸ Fjortoft, s. 300; "[Begrenset ansvar] er legislativt så sterkt fundert at ein gjennombrotsregel berre kan vere aktuell i sjeldne unntakstilfelle."

¹³⁹ I Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117 uttales det at "[v]ed vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet."

¹⁴⁰ NOU:1992:29 s. 43-44.

4.2 AKSJONÆRENS RÅDIGHETSUTØVELSE

4.2.1 Aksjonærens rådighetsutøvelse som relevant moment ved ansvarsgjennombruddsregelen

Rådighetsutøvelse betyr at aksjonæren tar over kontrollen og styringen fra selskapsorganene i aksjeselskapet. Disse oppgavene skal egentlig utøves av styret. At aksjonærens rådighetsutøvelse er relevant ved ansvarsgjennombrudd, kan tolkes ut i fra ulike rettskilder der regelen er behandlet. I forarbeidene fremgår det blant annet at:

”Utvalget vil ... peke på at hvis generalforsamlingen benytter instruksjonsmyndigheten i et omfang som i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av aksjeeierne, kan dette føre til at ansvarsbegrensningen etter vanlig rettsoppfatning settes tilside etter prinsippet for ansvarsgjennombrudd.”¹⁴¹

Lovgiver gir dermed uttrykk for at når aksjonærene enten overtar eller utfører de posisjoner som er tillagt andre organer og stillinger i selskapet, så kan dette medføre at ansvarsgjennombrudd tillates.

Rt. 1996 s. 742 "Minnor" kan også tas til inntekt for dette. I avgjørelsen uttaler førstvoterende at ”*Minnor ble ledet av et styre som tok selvstendige beslutninger innenfor sitt kompetanseområde*”.¹⁴² At aksjonærene ikke styrte selskapet, men at styret tok egne beslutninger i tillegg til å ta seg av driften, var altså et moment som talte mot et gjennombruddsansvar i den konkrete saken.

Videre har også juridisk teori trukket frem aksjonærens rådighetsutøvelse som et relevant moment ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Som eksempler vises det til Hagstrøm, Asmundsson og Gustavson, Fjørtoft, og Nåmdal.¹⁴³

Rådighetsutøvelse som relevant moment ved ansvarsgjennombrudd har sin forklaring i hvordan aksjeselskapet er organisert. Aksjonærene skyter inn penger i aksjeselskapet, mens styret forvalter selskapet. Det er dermed styret som har ansvaret for forvaltningen av aksjeselskapet og ikke aksjonærene, jf. asl./asal. § 6-12 første ledd. Videre er det daglig leder som tar seg av den daglige forvaltningen av selskapet jf. asl./asal. § 6-14 første ledd. Dette medfører at aksjonærene kan opptre passivt og ikke blande seg inn i driften.

Aksjeselskapsmodellen skiller seg derfor fra det ansvarlige selskap hvor deltakerne aktivt deltar i driften av selskapet og hefter personlig for selskapets gjeld, jf. selskapsloven § 2-4 første ledd. Aksjeselskapet er dermed organisert på en måte hvor det ikke er behov for at aksjonærene deltar i styringen og driften av selskapet. Når aksjonærene ikke har kontroll over selskapet, kan aksjonærene heller ikke styre selskapets risiko. Ansvaret deres bør således være begrenset som følge av dette.

Når aksjonæren opptre passivt, og ikke blander seg inn i selskapets drift, vil aksjonæren opptre på den måte som lovgiver har lagt opp til. Den passive aksjonær vil for eksempel ikke kontrollere selskapets risiko. En passiv aksjonær bør derfor heller ikke kunne pådra seg et ansvar for selskapets forpliktelser, ettersom kjernen i ansvarsbegrensningen er nettopp å verne den passive aksjonæren. Dersom aksjonæransvar hadde blitt statuert i et tilfelle hvor aksjonæren opptrådte passivt, ville

¹⁴¹ I NOU 1996:3 s. 127.

¹⁴² Rt. 1996 s. 742 på s. 757.

¹⁴³ Hagstrøm tfr 1993, s. 262, Fjørtoft s. 300 flg., Asmundsson/Gustavsson, s. 280 flg., Nåmdal s. 268 flg.

ansvaret brutt radikalt med sammenhengen mellom ansvarsform og selskapsform.¹⁴⁴ Dette gjelder selv om aksjonæren har en dominerende posisjon i selskapet, slik som situasjonen vil være mellom et morselskap og et datterselskap, og derfor i prinsippet har muligheten til å kontrollere risikoen i datterselskapet.

Aksjelovgivningen legger altså opp til at selskapet og aksjonæren skal være to adskilte rettssubjekter. Der aksjonærene overtar oppgavene til styret, vil aksjonærene imidlertid bryte med forutsetningene for ansvarsbegrensningen. Selskapsformen hvor styret skal lede selskapet vil ikke komme til uttrykk når selskapet drives på denne måten. Selskapet vil heller ikke eksistere selvstendig, slik som aksjelovgivningen forutsetter, og i realiteten heller ikke ha egne selskapsorgan. Når aksjonærene tar over oppgavene til styret, kan også aksjonærene kontrollere risikoen i selskapet.

Videre fungerer selskapskapitalen som dekningsobjekt for aksjeselskapets kreditorer. Aksjonærens interesser vil som oftest være knyttet til å få størst mulig utbytte. Styret må imidlertid ta hensyn til andre interesser enn dette, og da særlig selskapskreditorenes interesser.¹⁴⁵ Dersom aksjonærene utøver styrets oppgaver, foreligger det imidlertid en risiko for at aksjonæren fremhever egne interesser på bekostning av andre interesser som er knyttet til selskapet.¹⁴⁶ Videre vil også aksjonæren i slike tilfeller befinne seg i en posisjon der aksjonæren kan kontrollere risikoen til kreditorene, og dermed muligheten til å forebygge at kreditorene blir påført økonomiske tap.

Det vil derfor være mer naturlig å fjerne ansvarsbegrensningen når aksjonæren kan kontrollere risikoen i aksjeselskapet. Aksjonærenes rådighetsutøvelse som moment ved regelen om ansvarsgjennombrudd, kan dermed begrunnes ut i fra at hensynene som ligger bak ansvarsbegrensningen vil være svekket i en situasjon hvor aksjonærene i stor grad styrer selskapet, og dermed kontrollerer og forvalter over dette.

4.2.2 Rådighetsutøvelsen der aksjonæren er et morselskap

Det fremgår av asl./asal. § 1-3 annet ledd at morselskapet vil ha "bestemmende innflytelse" overfor sine datterselskaper, jf. asl./asal. § 1-3 annet ledd. Lovgiver har dermed lagt opp til at morselskapet i stor grad kan kontrollere over sine datterselskaper, og dermed ha en dominerende rådighetsutøvelse. Som følge av den dominerende rådighetsutøvelsen vil et konsernforhold ofte utgjøre en økonomisk og organisasjonsmessig integrert enhet.¹⁴⁷ Dette kommer til uttrykk i en rekke enkeltbestemmelser i aksjeselskapslovgivningen.

Reglene om de ansattes representasjonsrett i konsernforhold i asl./asal. § 6-5 er utslag av dette. Videre asl./asal. § 6-16 som pålegger styret i datterselskapet informasjonsplikt overfor styret i morselskap har sammenheng med konsernet som en administrativ enhet som ledes av morselskapet. Reglene om konsernregnskap i regnskapsloven § 3-6 har også sammenheng med konsernet som en økonomisk enhet.

I asl./asal. § 5-1 første ledd fremgår det at aksjonærene gjennom generalforsamlingen utøver "den øverste myndighet i selskapet".¹⁴⁸ Det følger av aksjeselskapets hierarkiske oppbygging

¹⁴⁴ Nåmdal s. 371 som viser til Blumberg s. 159 og Maier s. 208, som fremhever at den passive aksjonæren aldri bør kunne bli ansvarlig på grunnlag av regelen om ansvarsgjennombrudd.

¹⁴⁵ Jfr asl./asal. §3-5 jf §3-4.

¹⁴⁶ Nåmdal s. 274. Fjørtoft s. 316 uttaler at "dominerende stilling i selskapet kan bli misbrukt til å skape økonomisk ubalanse, underkapitalisering, foreta tapping eller sammenblanding av midler".

¹⁴⁷ NOU:1996:6 s. 14.

¹⁴⁸ NOU 1996:3 s. 127. Se også Aarbakke m.fl. s. 310, 319.

at generalforsamling som overordnet organ kan gi styret instruks i enkeltsaker og vedta generelle retningslinjer for driften av datterselskapet. Etter aksjelovgivningen er altså morselskapets mulighet for kontroll begrenset til beslutninger på generalforsamlingen. I praksis viser det seg imidlertid at styrings- og organisasjonssystemer på siden av aksjelovens system også har stor betydning for beslutninger i konsern.¹⁴⁹

Mange konsern opererer med et konsernstyre som formelt er styret over hele konsernet.¹⁵⁰ Konsernstyret vil fremstå som den reelle og formelle generalforsamling overfor enkelte datterselskap i konsernet, jf. asl./asal. § 5-1 flg. Dette gjelder selv om aksjeloven ikke gir uttrykkelig lovhjemmel for det.¹⁵¹ Et element i organiseringen av et konsern er ofte at ledere som er ansatt i morselskapet er styremedlemmer i datterselskapene. Organisatorisk kan dette by på fordeler, blant annet fordi det kan være lettere å få gjennomført konsernstyret og konsernledelsens beslutninger nedover i de underordnede konsernselskapene.¹⁵²

Morselskapet leder konsernet under hensyn til hele konsernets interesser, og ikke nødvendigvis ut i fra interessen til det enkelte konsernselskap.¹⁵³ Det utvikles dermed en helhetstenkning som gjerne trekkes lenger enn det formelle utgangspunktet i aksjeselskapslovgivningen. Videre vil det ofte foreligge en sterk lojalitet innenfor konsernet, ved at det ofte vil være en forventning om at lederne på de ulike trinn skal identifisere seg med konsernet, og i mindre grad med det enkelte konsernselskap.¹⁵⁴

Se for øvrig Normann som hevder at "[n]orsk rett synes [...] å gå langt - lengre enn mange andre lands rett i å akseptere innblanding fra generalforsamlingens side [...] I konserner med heleide datterselskaper vil morselskapets daglige leder normalt utgjøre generalforsamlingen i datterselskapet etter fullmakt fra morselskapets styre. Kravet om at instruks eller pålegg til datterselskapets styre må baseres på vedtak i generalforsamling, har i slike tilfeller liten reell betydning. Generalforsamlingen vil i realiteten være en ren « papirforretning »".¹⁵⁵

At man flytter den overordnede styringen ut av datterselskapet og over til morselskapet skjer i mange konsernforhold.¹⁵⁶ Det er derfor ikke uvanlig at morselskapet har den fulle styringen med driften i datterselskapet, slik at datterselskapet ikke har noe reelt og selvstendig styre.¹⁵⁷ Dersom morselskapets dominerende rådighetsutøvelse hadde vært tilstrekkelig for å tillate ansvarsgjennombrudd, ville svært mange morselskapet ha opptrådt på en måte som ville ha opphevet ansvarsbegrensningen. Dette ville i så fall ha vært i strid med det klare utgangspunktet om at ansvarsgjennombruddsregelen må begrenses til særlige unntakstilfeller.¹⁵⁸ Høyesterett sin uttalelse i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" trekker også i klar retning av at morselskapets dominerende rådighetsutøvelse ikke er tilstrekkelig for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd:

¹⁴⁹ NOU:1996:6 s. 22.

¹⁵⁰ Thorsen i konsernrett, s. 31.

¹⁵¹ Thorsen i konsernrett, s. 31.

¹⁵² NOU:1996:6 s. 26.

¹⁵³ NOU:1996:6 s. 14.

¹⁵⁴ NOU:1996:6 s. 22.

¹⁵⁵ Normann, Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2) 2010, s. 245-246.

¹⁵⁶ Nåmdal, s. 300.

¹⁵⁷ Thorsen i Aakvaag m.fl., s. 31.

¹⁵⁸ Slik som forarbeidene forutsetter på s. 44 i NOU:1992:29. Fjærtøft skriver på s. 316 at "[d]ominerende rådighetsutøvelse er ikke selv tilstrekkelig for å konstatere ansvarsgjennombrudd". I Grønland s. 110 fremgår det også at aksjonærene kan ha full kontroll over aksjeselskapet gjennom å plassere egne folk i ledelsen uten at dette får konsekvenser for ansvarsbegrensningen. Se også Asmundsson/Gustavsson som uttaler på s. 280 at "[d]ominerende rådighet kan neppe i seg selv utgjøre et utilbørlig forhold, men må ses i sammenheng med de øvrige momenter".

”Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter. Også dette vil være helt regulært og ikke noe utilbørlig.”¹⁵⁹

Imidlertid står det økonomiske og organisatoriske standpunkt, hvor konsernet er ansett for å være en enhet, i sterk kontrast med det rettslige utgangspunkt om at hvert konsernselskap er en juridisk person.¹⁶⁰ Hvert konsernselskap har sin egen organisasjon med egne styringsorganer. Videre har det enkelte konsernselskap sin egen formue og svarer selv for sine forpliktelser. Som nevnt i punkt 4.2.1, vil den dominerende rådighetsutøvelsen kunne medføre at det ikke blir et klart skille mellom morselskapet som aksjonær og forvaltningen av datterselskapet, slik som aksjeloven forutsetter.¹⁶¹ Det vil eksempelvis foreligge større risiko for at datterselskapet vil bli drevet på en måte som utelukkende er i morselskapets interesse, og som vil kunne gå utover kreditorinteressene i datterselskapet. Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene:

”... hvis generalforsamlingen benytter instruksjonsmyndigheten i et omfang som i realiteten innebærer at forvaltningen av selskapet overtas av aksjeeierne, kan dette føre til at ansvarsbegrensningen etter vanlig rettsoppfatning settes tilside etter prinsippet for ansvarsgjennombrudd.”¹⁶²

En dominerende rådighetsutøvelse fra morselskapets side vil derfor kunne tillegges vekt ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Rådighetsutøvelsen må i så fall foreligge sammen øvrige moment som vil kunne være relevante.¹⁶³ Man kan dermed legge til grunn at rådighetsutøvelsen som et morselskap i praksis alltid har overfor sine datterselskap vil være en forutsetning, til og med et viktig moment, i vurderingen av om ansvarsgjennombrudd skal forekomme. I fortsettelsen vil jeg legge til grunn at morselskapet utøver en slik form for dominerende rådighetsutøvelse.

4.3 TAPPING

4.3.1 Tapping som relevant moment ved ansvarsgjennombrudd

Tapping betyr at aksjonæren aktivt tømmer et selskap for midler eller eiendeler, slik at selskapet utsettes for en uforsvarlig lav egenkapital. Tapping er ikke nevnt uttrykkelig i verken forarbeider eller rettspraksis som et relevant moment ved regelen om ansvarsgjennombrudd, men en kan likevel utlede av de nevnte rettskildefaktorene at momentet er relevant. Videre er tapping blitt behandlet i juridisk teori som relevant moment ved ansvarsgjennombruddsregelen. Det viser her til Hagstrøm, Asmundsson og Gustavsson, Grønlund, Fjørtoft og Nåmdal.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Rt. 1996. s. 672 "Kongeparken" på s. 679.

¹⁶⁰ Aarbakke i konsernrett, s. 64.

¹⁶¹ Hagstrøm, s. 278 og Knudsen i Konsernrett, s. 112-113.

¹⁶² NOU 1996:3 s. 127.

¹⁶³ I Nåmdal s. 283 fremgår det at rådighetsutøvelse sammen med andre forhold kan få betydning ved ansvarsgjennombruddsvurderingen. Se også Fjørtoft s. 316 hvor det fremkommer at "[dominerende rådighetsutøvelse] kan likevel komme inn mer indirekte, dette fordi en dominerende stilling i selskapet kan bli misbrukt til å skape økonomisk ubalanse, underkapitalisering, foreta tapping eller sammenblanding av midler". Se også Asmundsson/Gustavsson s. 280 hvor det fremgår at "[d]ominerende rådighet kan neppe i seg selv utgjøre et utilbørlig forhold, men må ses i sammenheng med de øvrige momenter".

¹⁶⁴ Hagstrøm tfr. 1993, s. 278, Asmundsson/Gustavsson, s. 278, Grønlund, s. 109, og Nåmdal, s. 284 flg.

I Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" vurderer førstvoterende om det var et misforhold i avtalen mellom aksjonæren og aksjeselskapet, og om denne hadde skapt en økonomisk ubalanse:

"Ved vurderingen av om det i forhold til kreditorene vil være urimelig eller utilbørlig å opprettholde ansvarsforholdet basert på det formelle selskapsforhold, er det naturlig først å se på om det foreligger økonomisk ubalanse i forholdet mellom selskapene. Jeg tar utgangspunkt i disposisjonsavtalen. Den ankende part har gjort gjeldende at denne så å si utelukkende la byrder på Kongeparken AS, og at avtalen mangler gjensidighet."¹⁶⁵

En avtale som "mangler gjensidighet" mellom aksjonær og aksjeselskap, vil typisk foreligge når det skjer overføringer fra aksjeselskapet til aksjonæren, altså en tapping av selskapet. Videre vil tapping av selskapet medføre en "økonomisk ubalanse" i forholdet mellom selskapene.

At tapping er et relevant moment ved ansvarsgjennombrudd, har sin forklaring i at forutsetningene for ansvarsbegrensningen er at aksjeselskapet har en selskapskapital hvor kreditorene kan få dekket sine krav. Ved å tappe selskapet for midler vil selskapet kunne være særlig utsatt for tap, og dekningsobjektet for kreditorene vil dermed stå svakere.¹⁶⁶

4.3.2 Alternative regelsett til tapping

Asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6 første ledd regulerer mulighetene for at morselskapet kan foreta utdelinger fra selskapet.¹⁶⁷ Videre oppstiller asl./asal. § 3-8 krav til disposisjoner som er foretatt mellom morselskap og datterselskap, mens asl./asal. § 3-9 stiller krav til konserninterne transaksjoner. Disse bestemmelsene angir strenge begrensninger i adgangen til utbetalinger fra datterselskapet til morselskapet. Videre kan disposisjoner rammes av omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel 5. Disse reglene er egnet til fange opp situasjonen hvor morselskapet tapper et insolvent datterselskap. Samlet forhindrer reglene i stor grad at morselskapet kan tappe datterselskapet for midler. Tappingen av selskapet bør dermed være handlinger som i stor grad overstiger de lovbestemte utgangspunkt, for at den skal kunne tillegges vekt etter ansvarsgjennombruddsregelen.

Ved grove former for tapping, tyder imidlertid mye på at culpanormen vil være egnet som sanksjonsmiddel. Dette resonnementet kan utledes av Rt. 1993 s. 20.

I saken hadde aksjonæren, som også var styreformann i selskapet, tappet selskapet for midler slik at det ikke var noe igjen til dekning for kreditorenes krav. Tappingen ble utført ved bruk av blanco pantobligasjon som ble utstedt av aksjonæren i kraft av å være styreformann. I tillegg fikk også en av de øvrige aksjonærene utbetalt penger på obligasjonen, selv om det var klart at det ikke forelå noen reell forpliktelse for selskapet. Selskapet ble deretter slått konkurs. I bobehandlingen fremmet enkelte av kreditorene krav om erstatning for sine tap og fikk medhold av Høyesterett. Bakgrunnen for at avgjørelsen har blitt trukket frem som en avgjørelse som omhandler ansvarsgjennombrudd, er at Høyesterett gir klart uttrykk for at man ikke statuerer ansvar etter reglene om styreansvar, eller medvirkningsansvar for aksjonærer eller reglene om utbytte, men at det ble foretatt en helhetsvurdering hvor ansvar ble pålagt aksjonæren som også var styremedlem: "[N]år jeg likevel er kommet til at anken ikke bør tas til følge, bygger jeg på en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene."¹⁶⁸

¹⁶⁵ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", s. 679.

¹⁶⁶ Asmundsson/Gustavsson, s. 278.

¹⁶⁷ Se punkt 6.3.2 nedenfor der utbyttereglene behandles nærmere.

¹⁶⁸ Rt. 1993 s. 20, s. 27.

Høyesterett avvek i denne saken fra å anvende reglene om ulovlig utdeling, og oppstilte heller et direkte ansvar på bakgrunn av en helhetsvurdering.¹⁶⁹ Ved denne helhetsvurderingen stadfestet Høyesterett at de erstatningsrettslige vilkår var oppfylt. Selv om det kan knyttes usikkerhet til om ansvaret ble oppstilt på vegne av at personen opptrådte som styremedlem eller aksjonær, kan det se ut som Høyesterett ønsket å statuere et ansvar for bakkemennene i aksjeselskapet, det vil si aksjonæren:

"det må legges til grunn at de som sto bak selskapet, sørget for å få utbetalt til seg selv istedenfor til selskapet det som kom inn ved realisasjon av selskapets aktiva"¹⁷⁰.

At det eksisterer alternative regelsett som er egnet til å motvirke tapping, bidrar til at det er mindre behov for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd i disse tilfellene. Det kan derfor se ut som tapping ikke kan utgjøre et selvstendig grunnlag ved regelen om ansvarsgjennombrudd.¹⁷¹ Som nevnt i punkt 4.3.1, er tapping en opptreden som kan sies å være i strid med ansvarsbegrensningen sin forutsetning om at selskapsformuen skal være et dekningsobjekt for aksjeselskapet sine kreditorer. Foreligger det et brudd på reglene om utdelinger fra aksjeselskapet, vil dette derfor kunne utgjøre et moment ved en større helhetsvurdering av om det er behov for å oppstille en ansvarsgjennombruddsregel.¹⁷²

¹⁶⁹ Rt. 1993 s. 20, på s. 27 uttales det at "[n]år jeg likevel er kommet til at anken ikke bør tas til følge, bygger jeg på en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som sto bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene"

¹⁷⁰ Rt. 1993 s. 20, på s. 27.

¹⁷¹ Se blant annet Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 111 hvor det fremgår at "[d]et er vanskelig å se at de sentrale momenter om ansvarsgjennombrudd er noe særlig forskjellig fra vanlige culpa- og risikobetraktninger i erstatningsretten. For så vidt gjelder tilfelle av illojal tapping av selskapets aktiva til fordel for aksjonærene, må dette være ganske opplagt".

¹⁷² Asmundsson/Gutsavsson, s. 278, Nåmdal s. 286. Se forøvrig Vandekerckhove s. 178.

KAPITTEL 5: UNDERKAPITALISERT DATTERSELSKAP

5.1 UNDERKAPITALISERING SOM RELEVANT MOMENT VED ANSVARSGJENNOMBRUDD

5.1.1 Hva er underkapitalisering?

At underkapitalisering er relevant ved regelen om ansvarsgjennombrudd, fremgår av en rekke rettskildefaktorer innenfor norsk rett. I forarbeidene gis det uttrykk for at ansvarsgjennombrudd kan være aktuelt når selskapet drives ”uten tilstrekkelig kapital”.¹⁷³ Videre uttaler førstvoterende i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" at "et annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert".¹⁷⁴ I tillegg er også momentet blitt trukket frem flere steder innenfor juridisk teori. Det vises her blant annet til Hagstrøm, Asmundsson/Gustavsson og Nåmdal.¹⁷⁵

Imidlertid er det svært få fremstillinger i norsk rett som forklarer hva underkapitalisering egentlig er, og hva som skal til før underkapitaliseringen har relevans ved ansvarsgjennombrudd (fra nå av vil begrepet "underkapitalisering" i fremstillingen være ensbetydende med underkapitalisering etter regelen om ansvarsgjennombrudd).¹⁷⁶ Det foreligger ingen presis definisjon av begrepet i verken lov eller forarbeider. I forarbeidene er underkapitalisering blitt definert som et selskap som drives "uten tilstrekkelig kapital".¹⁷⁷ Høyesterett har definert begrepet som "om egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt" i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken".¹⁷⁸ Av juridisk teori fremgår at underkapitalisering betyr at aksjeselskapet er vedvarende underfinansiert, og at det er åpenbart at egenkapitalen er utilstrekkelig for at selskapet kan drives videre.¹⁷⁹ I litteraturen er det også sporadisk blitt oppstilt eksempler på når underkapitalisering foreligger, eller når dette kan tenkes.

Se Hagstrøm, tfr s. 257: "Dette skjer eksempelvis ved at morselskapet lar et datterselskap med svak økonomi forestå særlig risikofylte aktiviteter. Et annet eksempel er at det foretas en oppdeling hvor en spesielt inntektsgivende virksomhet ligger i et selskap, mens de særlig kostnadskrevene tiltak til samme virksomhet er lagt til et annet selskap." Asmundsson og Gustavsson sonderer mellom fem ansvarssituasjoner: (1) selskapets medkontrahent blir ved inngåelsen av en avtale med selskapet villedet med hensyn til selskapets evne til å oppfylle forpliktelsen, (2) selskapet tar uforsvarlig risiko i forhold til dets økonomi, (3) to tredjedeler av selskapets egenkapital er tapt, (4) selskapet er i underbalanse slik at driften skjer for kreditorenes regning og (5) det skjer tapping av selskapets midler fra selskap til aksjonær i strid med aksjelovens regler.¹⁸⁰ Disse situasjonene er imidlertid særlig knyttet opp til alternative grunnlag til ansvarsgjennombruddsregelen. Nåmdal foretar en nærmere analyse av asl./asal. § 3-4 i sin avhandling på s. 352 flg. Videre skiller han mellom (1) underkapitalisering ved for høy insolvensrisiko, (2) underkapitalisering på grunn av skaderisiko og (3) underkapitalisering på grunn av at aksjeselskapet er økonomisk uselvstendig.¹⁸¹

¹⁷³ Ot.prp.nr. 23 (1996-97) s. 117

¹⁷⁴ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", s. 680.

¹⁷⁵ Hagstrøm behandler underkapitalisering som eget moment i sin artikkel tfr 1993 på s. 258 flg. Det samme gjør Asmundsson og Gustavsson i JV 1995 på s. 286 flg. Nåmdal behandler også underkapitalisering i sin doktoravhandling fra 2008 på s. 344 flg.

¹⁷⁶ Nåmdal er den eneste som går grundig inn på underkapitalisering, men dette er ved miljøskader og der hvor kreditor er ufrivillig. Se s. s. 344 flg.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-97) s. 117

¹⁷⁸ Se s. 680.

¹⁷⁹ Asmundsson/Gustavsson, s. 276. Hagstrøm, tfr 1993 s. 257.

¹⁸⁰ Asmundsson/Gustavsson, s. 286 flg.

¹⁸¹ Nåmdal, s. 366-372.

Av Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" er det naturlig å trekke en parallell til asl./asal. § 3-4 som foreskriver at:

"selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet."

Hva som skal til for at egenkapitalen er uforsvarlig etter asl./asal. § 3-4 i relasjon til rettsvirkningen ansvarsgjennombrudd er imidlertid ikke helt klarlagt i norsk rett. I de fleste fremstillinger om ansvarsgjennombrudd har størrelsen på egenkapitalen ukritisk blitt lagt til grunn som et relevant forhold ved vurderingen av om det foreligger ansvarsgjennombrudd. Det har imidlertid ikke blitt drøftet hvordan egenkapitalen stiller seg til hensynene som ligger bak ansvarsgjennombruddsregelen og ansvarsbegrensningen.¹⁸² Sammenhengen mellom uforsvarlig egenkapital og ansvarsgjennombrudd må derfor forklares nærmere.

Det er særlig to forhold som begrunner hvorfor en uforsvarlig egenkapital er relevant ved underkapitalisering. Det ene forholdet er at et aksjeselskap skal ha en tilstrekkelig egenkapital med hensyn til den økonomiske risikoen som aksjeselskapet tar etter asl./asal. § 3-4.¹⁸³ Dersom aksjonærene driver selskapet med for lav egenkapital, vil det foreligge en risiko for at midlene i aksjeselskapet ikke vil oppfylle kravene til forsvarlig egenkapital i asl./asal. § 3-4, og at aksjekapitalen dermed vil være utilstrekkelig for å dekke kravene til kreditorene. Når aksjonærene driver selskapet med for lav egenkapital, og dermed svekker kreditorenes dekningsmuligheter, vil dette stride mot en av forutsetningene for ansvarsbegrensningen.¹⁸⁴

Det andre forholdet er at aksjonærene skal ta en viss del av risikoen sammen med kreditorene. Kreditorene skal ikke bære hele risikoen eller ta en altfor stor risiko.¹⁸⁵ Aksjelovgivningen bygger på hensynet om at aksjonærene skal ta sin del av risikoen dersom aksjeselskapet går konkurs. Når aksjonærene bryter kravet om uforsvarlig egenkapital i asl./asal. § 3-4, vil aksjonærene samtidig bryte denne forutsetningen, ettersom de på den måten vil legge en for stor del av risikobyrd på kreditorene, fremfor seg selv.

Som følge av dette kan man antakelig legge til grunn at underkapitalisering i betydningen av lav egenkapital vil være et relevant moment ved spørsmålet om ansvarsgjennombrudd skal oppstilles.

5.1.2 Fremstillingen videre

Jeg vil i det følgende ta stilling til om det er grunnlag for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering der morselskapet er aksjonær. Ved denne undersøkelsen er det tre spørsmål som må vurderes: Når er egenkapitalen så lav at den er et relevant moment ved underkapitalisering (punkt 5.2)? Dersom det foreligger for lav egenkapital, hvilken vekt vil dette ha ved vurderingen av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd (punkt 5.3)? Og endelig, kan ansvarsgjennombrudd oppstilles der underkapitalisering utgjør et selvstendig grunnlag (punkt 5.5)?

¹⁸² Nåmdal, s. 345 flg. ser ut til å være den eneste som foretar en nærmere behandling av forholdet mellom asl./asal. § 3-4 og regelen om ansvarsgjennombrudd.

¹⁸³ Nåmdal, s. 347.

¹⁸⁴ Asmundsson/Gustavsson, s. 276.

¹⁸⁵ Nåmdal, s. 347-351.

Når det gjelder de vurderinger som må foretas, vil asl./asal. § 3-4 komme inn ved både spørsmålet om hvilken relevans underkapitalisering har ved ansvarsgjennombrudd, og ved hvilken vekt disse momenter har. Ved vurderingen av relevans, blir spørsmål hvor lav egenkapitalen må være, før den kan få betydning ved underkapitalisering. Ved vurderingen av vekt, vil spørsmål være i hvilken grad asl./asal. § 3-4 er egnet til å utgjøre et alternativ til ansvarsgjennombruddsregelen, og dermed nøytralisere deler, eller hele behovet for en slik regel.

5.2 MOMENTER VED UNDERKAPITALISERING

5.2.1 For lav egenkapital som utgangspunkt ved underkapitalisering

Av asl. § 3-1 fremgår det at et aksjeselskap skal ha en aksjekapital på "minst 30.000 norske kroner".¹⁸⁶ Lovgiver legger dermed opp til at aksjonæren kan drive et aksjeselskap med relativt lav egenkapital. Etter asl./asal. § 3-4 er det også en forutsetning at egenkapitalen over perioder kan være lav. Dette kommer blant annet til uttrykk i forarbeidene:

"[I] enkelte tilfeller kan [det] være berettiget for selskapet å ta en risiko og drive videre med fare for ytterligere tap. Hensynet til arbeidsplasser og andre samfunnsinteresser kan tale for at selskapet tar en slik risiko".¹⁸⁷

At egenkapitalen er uforsvarlig lav etter asl./asal. § 3-4 behøver altså ikke bety at det foreligger en aksjonæropptreden hvor ansvar bør oppstilles. Aksjonærene kan for eksempel ved en anledning ha tatt ut for mye utbytte, uten at dette ble gjort med hensikt å skade selskapet. Et annet eksempel er at selskapet kan være organisert på en slik måte at det ikke har vært mulig å bygge opp egenkapitalen.¹⁸⁸ Videre kan svingninger i markedet ha medført at egenkapitalen på et visst tidspunkt ikke er forsvarlig.¹⁸⁹ Dette vil være naturlige begivenheter som ikke nødvendigvis medfører at man oppstiller et ansvarsgjennombrudd for aksjonærene. I tillegg kan det også være verdiskapende for samfunnet at aksjeselskapet drives med lav egenkapital i visse perioder. På denne måten kan et selskap ha større muligheter til å lykkes, og bli større, selv om selskapet i starten var et økonomisk tapsprosjekt.¹⁹⁰

Spørsmålet i punkt 5.3 er hvor lav egenkapitalen må være for at den kan anses for å være et relevant moment ved vurderingen av om det foreligger underkapitalisering. Om egenkapitalen er for lav eller ikke, vil avhenge av type aksjeselskap og aktivitetene til aksjeselskapet. At egenkapitalen er for lav, er altså en konkret vurdering. Det er ikke mulig å gi noe generelt svar på når denne er lav eller ikke. Det er imidlertid mulig å peke på konkrete situasjoner som med styrke tyder på at selskapet har blitt drevet med for lav egenkapital.

Dommen inntatt i Rt. 1979 s. 81 "NBBL" er illustrerende. I saken var underkapitalisering av datterselskapet fremtredende i begrunnelsen for erstatningsansvar for morselskapet. Boligbyggelags Landsforbund ("NBBL") sitt heleide datterselskap Eidskog Industrier ble tildelt entreprisekontrakt på oppføring av boliger for et borettslag. I løpet av utbyggingen gikk datterselskapet konkurs, slik at byggearbeidet ble påført ekstrakostnader. Det viste seg at datterselskapet hadde vært underkapitalisert siden kontrakten ble inngått.

¹⁸⁶ Se til sammenligning asal. § 3-1 som stiller krav om at allmennaksjeselskap skal ha en aksjekapital på minst en million norske kroner.

¹⁸⁷ NOU 1992:29, s. 39

¹⁸⁸ Nåmdal, s. 352.

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 74.

¹⁹⁰ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 74.

Saken gjelder imidlertid ikke ansvarsgjennombrudd, men erstatningsbetingende uaktsomhet ved kontraktsinngåelsen. Selv om underkapitaliseringen av datterselskapet var bakgrunnen for at den senere byggekontrakten ble misligholdt, ble det ikke anført som det ansvarsbetingende forhold. Høyesterett avgjorde det på manglende informasjon til borettslaget ved kontraktsinngåelsen. Videre ble det også vektlagt at NBBL opptrådte som den reelle forretningsfører for Skogen Borettslag, og hadde derfor en dobbeltrolle.

Dommen kan ikke benyttes ukritisk for å utlede vurderingskriterier i relasjon til spørsmålet om det foreligger underkapitalisering. Avgjørelsen er likevel ansett som sentral ved spørsmål om ansvarsgjennombrudd.¹⁹¹ Den kan tas til inntekt for at utilstrekkelig aksjekapital kan være en aksjonæropptreden hvor det er mulig å oppstille ansvar. Det vil være utilbørlig fordi dekningsmulighetene til kreditorene blir svekket, i tillegg til at aksjonæren tar en mindre risiko enn hensynene bak ansvarsbegrensningen tilsier.

5.2.2 Momenter som kan indikere for lav egenkapital i datterselskapet

5.2.2.1 Datterselskapet utsettes vedvarende for tapsbringende aktiviteter

At datterselskapet vedvarende utsettes for tapsbringende aktiviteter, kan indikere at morselskapet driver datterselskapet med en for lav egenkapital sammenlignet med kravet i asl./asal. § 3-4, slik at den blir relevant ved ansvarsgjennombruddsvurderingen. I Rt. 1979 s. 81 "NBBL" foretar førstvoterende en grundig gjennomgang av datterselskapets levetid. Dette blir gjort for å påvise at datterselskapet ble vedvarende underfinansiert fra selskapet ble opprettet, og frem til selskapet gikk konkurs:

"[Datterselskapet] hadde hatt regnskapsmessige underskudd fra starten av i 1965. I 1967 hadde underskuddet vært ca. 3,6 millioner kroner [...] Regnskapet for 1968 viste [...] et driftsunderskudd på vel 2,9 millioner kroner. Behovet for tilførsel av driftskapital synes derfor iallfall ikke å ha vært mindre påtrengende i mars 1969 da kontrakten ble underskrevet [...] Regnskapet for 1968 var ikke endelig avsluttet da byggekontrakten ble inngått den 19. mars 1969".

Det samme resonnementet kan man trekke ut av Rt. 1996 s. 742 "Minnor", hvor Høyesterett la vekt på at aksjonærene hadde skutt inn tilstrekkelig kapital:

"De gikk inn med betydelig kapital - noen form for underfinansiering er det ikke tale om i saken."¹⁹²

Imidlertid åpner lovgiver, som nevnt i punkt 5.2.1 ovenfor, at et datterselskap kan drives med svært begrensede midler. Når man driver et aksjeselskap, og da særlig innenfor et konsern, kan det være kurant i relasjon til asl./asal. § 3-1, at man utsetter datterselskapet for en særlig risiko.¹⁹³ Dette kan for eksempel være tilfelle i perioder der det er nødvendig med langsiktige strategier i et konsern.

Det lovfestede minstekravet i asl. § 3-1 imidlertid av generell karakter og tar ikke hensyn til størrelsen virksomhet selskapet skal drive.¹⁹⁴ Selv om loven tillater en forholdsvis lav minstekapital, vil det ikke alltid være forsvarlig at morselskapet driver datterselskapet med så

¹⁹¹ Se blant annet Hagstrøm, s. 103-104 som behandler dommen som et underkapitaliseringstilfelle.

¹⁹² Rt. 1996 s. 742 "Minnor", s. 758.

¹⁹³ Slik som forutsatt i NOU 1992:29, s. 39

¹⁹⁴ NOU:1996:3 s. 35.

lav kapital.¹⁹⁵ Dette fremgår også av Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", hvor førstvoterende uttaler at "[minstekravet] [s]om eneste egenkapital ville [...] åpenbart vært utilstrekkelig".¹⁹⁶

Når morselskapet utsetter datterselskapet for vedvarende tapsbringende aktiviteter slik at egenkapitalen ikke er i samsvar med asl./asal. § 3-4, vil også morselskapet bryte med forutsetningene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2. Der virksomheten er vedvarende underfinansiert, tyder det på at det ikke er en av de legitime årsakene bak lav egenkapital som er begrunnelsen – slik som for eksempel at morselskapet ved et enkelttilfelle har tatt ut for mye utbytte, eller at virksomheten går med underskudd som følge av svingninger i markedet. Ved vedvarende tapsinnbringende aktiviteter vil selskapet være særlig utsatt for tap, noe som innebærer at dekningsmulighetene til kreditor er i fare. I tillegg vil morselskapet indirekte overføre risikoen for tap over på kreditorene, og dermed ta en mindre risiko enn det er meningen at morselskapet som aksjonær selv skal ta.¹⁹⁷

5.2.3.2 Datterselskapet utøver ingen form for selvstendig aktivitet

At datterselskapet ikke utøver noen form for selvstendig aktivitet, kan også være en indikasjon på at morselskapet driver datterselskapet med for lav egenkapital. Datterselskapet vil ved et slikt scenario ikke ha mulighet til å bygge opp egenkapital som sammenfaller med kravet i aksjeselskapslovgivningen.

I Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" vektla Høyesterett at aksjeselskapet utøvde en viss form for selvstendig aktivitet. Det ble blant annet uttalt at "[i]nnpektene ved driften gikk som nevnt i sin helhet til Kongeparken AS".¹⁹⁸

Videre ble det i Rt. 1996 s. 742 "Minnor" ved ansvarsgjennombruddsvurderingen lagt på at selskapet "*ble ledet av et styre som tok selvstendige beslutninger innenfor sitt kompetanseområde. Det hadde egen administrerende direktør, egne budsjetter og særskilt regnskapsføring.*" Dette er betraktninger som tyder på at Høyesterett anså aksjeselskapets selvstendighet som relevant moment ved vurderingen.

Også i juridisk teori har dette momentet blitt trukket frem. Nåmdal uttaler at "[n]år det gjeld det tilhøvet at det føreligg underkapitalisering på grunn av at aksjeselskapet er økonomisk usjølvstendig, er det sentrale at ansvarsavgrensninga blir svekka gjennom at den ansvarsavgrensande strukturen som ligg i at aksjeselskapet er eit eige rettssubjekt, blir svakare. Svekkinga ligg i at aksjeselskapet ikkje har høve til å kunne byggje opp sin eigen formuesmasse. At aksjeselskapet skal ha ein eigen formuesmasse, er ein sentral føresetnad for det å vere eit eige rettssubjekt og dermed kunne ha evne til å [dekke fordringene til de ulike kreditorene]".¹⁹⁹

Imidlertid kan det økonomiske avhengighetsforholdet mellom et datterselskap og morselskap være normalt i konsern. Dette kommer av det i praksis er vanlig med en høy grad av integrasjon, hvor morselskapet utøver en aktiv konsernledelse, og hvor konsernets økonomiske ressurser behandles som en enhet.²⁰⁰ Dette er både legalt og ofte en hensiktsmessig måte å organisere konsernet på. I slike tilfeller kan datterselskapet bli mer

¹⁹⁵ Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 16.

¹⁹⁶ Se s. 680.

¹⁹⁷ Asmundsson/Gustavsson, s. 276.

¹⁹⁸ Se s. 680.

¹⁹⁹ Nåmdal, s. 369.

²⁰⁰ NOU:1996:6 s. 22.

eller mindre avhengig av morselskapets økonomiske styrke. Så lenge datterselskapet har mulighet til å bygge sin egen formuesmasse, er uselvstendighet sannsynligvis ikke grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

Velger man å organisere virksomheten som et konsern med datterselskaper, fremfor å etablere en virksomhet med ulike avdelinger, blir imidlertid konsekvensen at konsernets overordnede ledelse må forholde seg til at deler av virksomheten legges i selvstendige rettssubjekter med egen autonomi. Der hvor datterselskapet har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, må man forholde seg til at datterselskapet reguleres av et sett av preseptoriske regler som lovgiver har oppstilt blant annet av hensyn til tredjemann.

Der hvor morselskapet styrer datterselskapet slik at det ikke utøver selvstendige aktiviteter, tyder mye på at morselskapet benytter seg av datterselskapet som et "skalkeskjul". I en slik situasjon vil ikke datterselskapet ha mulighet for å tjene penger, og vil dermed heller ikke ha muligheter for å kunne opparbeide seg kapital til å dekke kreditorene til selskapet. I tillegg vil morselskapet også overføre en for stor risiko over på kreditorene, som det er meningen at det selv skal bære, og dermed bryte med forutsetningene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2.

5.2.3.3 Datterselskapet holdes kunstig i live

At datterselskapet holdes kunstig i live kan også være en indikasjon på at morselskapet driver datterselskapet med en for lav egenkapital, jf. asl./asal. § 3-4 krever.

Rt. 1979 s. 81 "NBBL" kan tolkes på denne måten. I denne saken ble datterselskapet ved enkelte tilfeller tilført ny kapital under dets levetid. Imidlertid var det klart at slik tilføring ikke var tilstrekkelig, sammenlignet med datterselskapets kapitalbehov:

"Høsten 1968 hadde bedriftens aksjekapital blitt utvidet med 1,64 millioner kroner. Dette var dog skjedd vesentlig ved at et lån fra NBBL på ca. 1,4 millioner kroner var konvertert i aksjekapital. Ved kgl. resolusjon av 7. februar 1969 ble videre et tilsagn om garanti fra Distriktenes utbyggingsfond for et driftskredittlån på 2 millioner kroner stadfestet. Regnskapet for 1968 viste imidlertid et driftsunderskudd på vel 2,9 millioner kroner. Behovet for tilførsel av driftskapital synes derfor iallfall ikke å ha vært mindre påtrengende".

Også i juridisk litteratur er dette momentet blitt trukket frem som relevant ved ansvarsgjennombrudd. Nåmdal argumenterer for at underkapitalisering bør finne sted der hvor datterselskapet er blitt holdt kunstig i live. Han uttaler at:

"[a]nsvarsgjennombrot på grunn av underkapitalisering vil kunne finne stad der aksjeselskapet blir halde kunstig i live gjennom stønad fra aksjonærene slik at aksjeselskapet skal kunne eksistere som eige selskap og tene aksjonærene sine interesser gjennom t.d. å levere varer og tenester. Ansvarsgjennombrot skjer her i høve til den aksjonæren som er med på å halde liv i aksjeselskapet og som har fordel av å halde liv i det".²⁰¹

Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres. Der morselskapet bidrar med økonomisk støtte til datterselskapet, og dette likevel blir insolvent eller går konkurs, bør momentet kun få vekt ved underkapitalisering der det var klart på tidspunktet for innskuddet at datterselskapet uansett ville "gå dukken". I Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" kom Høyesterett frem til at den støtte som var gitt fra aksjonæren var reell, i tillegg til at den ble gitt tidsnok:

²⁰¹ Nåmdal, s. 373.

"Det er derfor ikke treffende når den ankende part har villet se disse lånene som krisehjelp. Noe annerledes var situasjonen for det lån Per Aarnes ytet Kongeparken AS. Det ble gitt i forbindelse med en akutt likviditetskrise i selskapet og hadde derfor ikke preg av tilførsel til en kapitalbase for selskapet. Men rent faktisk virket også dette som ansvarlig lånekapital, i den forstand at lånet har stått tilbake for andre kreditorers krav."²⁰²

Høyesteretts synspunkt var at den støtte som ble gitt var reell, og at støtten ikke bar preg av å holde selskapet kunstig i live: "[D]et er derfor ikke treffende når den ankende part har villet se disse lånene som krisehjelp".

Det er først der det fremstår som klart at datterselskapet ikke vil kunne holdes i live på tidspunktet for innskuddet, at kreditor sine dekningsmuligheter vil svekkes. I tillegg vil morselskapet ta en mindre risiko enn det er meningen at det selv skal ta etter aksjelovgivningen. Hensynene bak asl./asal. § 1-2 vil derfor være svekket i en slik situasjon.

5.2.4 Underkapitalisering i fransk rett

Ettersom det er sparsomt med rettskilder i norsk rett om underkapitalisering ved ansvarsgjennombrudd, kan det være nyttig å se over til utenlandsk rett for å finne tilsvarende argumentasjonslinjer, som støtter analysen man har foretatt i norsk rett.

I høyesterettsavgjørelsen "Entreprise Jean Lefebvre v Planson" fra 1977 ble det oppstilt ansvar for morselskapet ved underkapitalisering av datterselskapet.²⁰³ Morselskapet etablerte datterselskapet slik at det kunne ta seg av enkelte oppgaver på vegne av morselskapet. Morselskapet kontrollerte datterselskapet, og var innehaver av 94% av aksjene. Etter to år ble imidlertid datterselskapet slått konkurs. I forbindelse med konkursen krevde en av kreditorene sitt økonomiske tap dekket av morselskapet.

I saken var det ikke klart hvem som egentlig var de øvrige aksjeeierne i datterselskapet, men det ble lagt til grunn at disse sannsynligvis var såkalte "stråmenn" ("prete-nom") for de som drev morselskapet. Videre hadde datterselskapet en aksjekapital som oppfylte minimumskravet i fransk lovgivning, men utover dette hadde selskapet ingen midler. Selskapet utøvde heller ingen selvstendige aktiviteter. Retten hevdet derfor at selskapet ikke hadde noen reell eksistens. Videre hevdet retten at morselskapet fra starten må ha visst at selskapet ikke var levedyktig, som følge av mangelen på eiendeler og midler. Datterselskapet pådro seg en stor gjeld ved siden av morselskapet. Morselskapet drev likevel datterselskapet videre på tross av at selskapet kontinuerlig akkumulerte en rekke utgifter. Når størrelsesordenen av gjelden ble kjent for morselskapet, avbrøt den enhver form for intervensjon i datterselskapet, noe som igjen medførte at datterselskapet gikk konkurs. Retten hevdet derfor at morselskapet burde ha foretatt de nødvendige tiltak for å beskytte datterselskapets kreditorer. Det burde særlig ha forhindret at selskapet pådro seg gjeld på et tidspunkt hvor det fremstod som klart at selskapet ikke var i stand til å kunne betale gjelden tilbake. I så fall burde morselskapet ha betalt gjelden selv, eller tatt seg av de kontrakter som datterselskapet inngikk. Retten la derfor til grunn at morselskapet som kontrollerende aksjonær overfor datterselskapet var ansvarlig for underkapitalisering, og dermed gjelden til datterselskapets kreditorer.

Ansvar for morselskapet i saken oppstilt etter alminnelige erstatningsrettsregler, og er derfor noe annet enn den norske ansvarsgjennombruddsregelen i snever forstand. Det er også usikkert om avgjørelsen gjelder ansvarsgjennombrudd, eller om spørsmålet i saken var om det

²⁰² Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", s. 680.

²⁰³ Avgjørelse ble først truffet i Cour d'appell i Aix-en-Provence 18. juni 1975, kommentert i Rev. Trim. Dr. Com., s. 370. Denne ble deretter konfirmert av Cour de cassation, 29. mars 1977, som er publisert i IV JCP, avsnitt 145-146 (1977). Se for øvrig Vandekerckhove, s. 137-138, 349 og 350 hvor dommen behandles nærmere.

var uklart hvem det ble inngått kontrakt med.²⁰⁴ Dette kommer av at Cour de cassation (fransk høyesterett) også vurderte om morselskapet hadde skapt en falsk kredittverdighet overfor sine kreditorer ved at morselskapet betalte flere av leverandørene til datterselskapet direkte. I tillegg ble det trukket inn ved vurderingen at morselskapet og datterselskapet delte kontor, telefonnummer, og at selskapsnavnet til morselskapet fremgikk av dokumentene til datterselskapet. Dette er momenter som er typiske ved såkalte ”tilordningssynspunkter”.

På den annen side legger Cour de cassation avgjørende vekt på at morselskapet burde ha igangsatt nødvendige tiltak for å hindre at datterselskapet fortsatte med å inngå avtaler overfor tredjeparter. Kontraktene medførte at datterselskapet påførte seg en stor gjeld, og som det var klart at datterselskapet ikke var i stand til å betale. Det var derfor klart at kontraktene som ble inngått, påførte kreditorene tap. At datterselskapet ble underkapitalisert, og at morselskapet tok en uakseptabel risiko med hensyn til egenkapitalen i datterselskapet, ser derfor ut til å være fremtredende i saken, og ikke de kontraktsrettslige synspunkter.²⁰⁵

Selv om avgjørelsen ikke gjelder ansvarsgjennombrudd, oppstiller den et krav om forsvarlig egenkapital i datterselskapet i andre relasjoner. Hva som skal til for at egenkapitalen er forsvarlig etter asl./asal. § 3-4 i relasjon til rettsvirkningen ansvarsgjennombrudd er ikke helt klarlagt i norsk rett. Vurderinger av dette spørsmålet i andre relasjoner enn rettsvirkningen ansvarsgjennombrudd, vil derfor være relevant for spørsmålet av om det foreligger underkapitalisering. Avgjørelsen vil dermed kunne benyttes som bidrag for å si noe om hva som er forventningen til egenkapitalen i aksjeselskapet, og hvilken risiko det er akseptabelt at aksjonærene tar med hensyn til egenkapitalen i aksjeselskapet.

Avgjørelsen gir blant annet uttrykk for at i) der hvor morselskapet utsetter datterselskapet for aktiviteter som er vedvarende tapsbringende, er en uakseptabel risiko med hensyn til egenkapitalen som er ment å utgjøre et dekningsobjekt for kreditorene, og at morselskapet nøytraliserte sin egen risiko ved å la dette gå utover kreditorene.

Videre gir avgjørelsen også uttrykk for at ii) datterselskapet skal være økonomisk selvstendig. Ved å styre datterselskapet på en måte hvor dette ikke lenger er uavhengig, vil morselskapet ta en uakseptabel risiko med hensyn til egenkapitalen, fordi dekningsmulighetene for kreditorene i slike tilfeller vil kunne svekkes. Som nevnt i punkt 5.1.1 ovenfor, er det en forutsetning at aksjeselskapet har en formuesmasse hvor kreditorene kan søke dekning.

Videre ser det også ut som at de tilfeller der iii) datterselskapet blir holdt kunstig i live, er en indikasjon på at egenkapitalen er for lav i fransk rett, og at dette vil kunne utgjøre et relevant moment ved underkapitalisering.

I en avgjørelse fra Cour d'appel i Paris 1991 (tilsvarende lagmannsretten i norsk rett) ble et morselskap holdt ansvarlig som "de facto director" ved underkapitalisering av datterselskapet.²⁰⁶ Dette skjedde på

²⁰⁴ Mye kan tyde på at et slikt kontraktsrettslig synspunkt var relevant i denne saken, se Vandekerckhove s. 350 hvor det fremgår at "Entr. J. Lefebvre had created a false appearance of creditworthiness vis-à-vis its subsidiary's creditors. In addition, it appears that the subsidiary was located on the parent's premises, where it used office space, telephone, and even the parent's letter paper on which its name was written by hand, striking the printed parent's name."

²⁰⁵ Se også kommentar til avgjørelsen i Vandekerckhove s. 350: "both the Court of Appeal and the Supreme Court considered that, besides other circumstances making for tort, Entr. J. Lefebvre had created a false appearance of creditworthiness vis-à-vis its subsidiary's creditors".

²⁰⁶ Cour d'appel i Paris datert 18 juni 1991, publisert i Bull. Joly 1992 s. 277. Avgjørelsen ble behandlet etter den franske konkursloven artikkel 180-181. I dag er den regulert i code de commerce artikkel L. 651-2.

tross av at morselskapet utvidet den finansielle støtten til selskapet. Morselskapet ga blant annet forskudd, betalte regninger på kort sikt, og ordnet en rekke finansielle forhold med ulike banker. Underretten konkluderte med at morselskapets støtte ikke hadde vært gitt i adekvat form, og at støtte heller ikke ble gitt tidsnok. Selv om morselskapet hadde tatt til ytterligere skritt for å ordne finansielle forhold med diverse banker, kunne det ikke bøte på at datterselskapet ikke hadde tilstrekkelig med midler sammenlignet med selskapets kommersielle mål. Mye tyder derfor på at lagmannsretten holdt selskapet kunstig i live, til fordel for seg selv, og til skade for kreditorene.²⁰⁷

Annerledes var resultatet i høyesterettsavgjørelsen "Montefibre" fra 1990.²⁰⁸ Arbeidstakerne i datterselskapet krevde utbetalt tapt inntekt fra morselskapet, ettersom datterselskapet der de var arbeidstakere, gikk konkurs. Den øverste domstol avvek fra å konstatere erstatningsansvar for morselskapet, ettersom morselskapet hadde skutt inn ny kapital i datterselskapet, og at denne kapitalen på tidspunktet da den ble gitt, fremstod som tilstrekkelig for å hjelpe datterselskapet i den økonomiske situasjonen som selskapet befant seg i.²⁰⁹

Ingen av avgjørelsene gjelder ansvarsgjennombrudd i snever forstand. Førstnevnte gjelder ansvar som bygger på doktrinen om "de facto director", mens den andre avgjørelsen gjelder alminnelig erstatningsrett.

Ansvarsgrunnlaget "de facto director" går igjen i flere franske lovregler og utgjør et alternativ til ansvarsgjennombrudd i fransk rett.²¹⁰ En "de facto director" er en person som reelt sett utøver de samme funksjonene som et styremedlem.²¹¹ Reglene er derfor tilsvarende "shadow director" innenfor engelsk rett.²¹² I Fransk rett har man flere eksempler på at morselskapet har blitt gjort ansvarlig på bakgrunn av at selskapet har opptrådt som en "de facto director".²¹³ I slike situasjoner ser ansvaret ut til å bli oppstilt som følge av måten morselskapet har styrt og ledet datterselskapet i posisjon av å være et uformelt styremedlem, fremfor normal opptreden på generalforsamling.²¹⁴

De franske rettsavgjørelsene kan imidlertid tas til inntekt for at morselskapet tar en uakseptabel risiko med hensyn til egenkapitalen i datterselskapet, når det holder datterselskapet kunstig i live på bekostning av kreditorene, og at morselskapet tok for liten risiko sammenlignet med kreditorene.

Samlet kan derfor fransk rett benyttes som støttemoment for å bekrefte at momentene i) vedvarende tapsinnbringende aktiviteter i datterselskapet, ii) datterselskapet er ikke økonomisk selvstendig, og iii) datterselskapet blir holdt kunstig i live, vil ha relevans ved underkapitalisering etter den norske regelen om ansvarsgjennombrudd.

5.2.5 Oppsummering: relevante momenter ved underkapitalisering

Gjennomgangen viser at det kan se ut som at der (i) morselskapet har utsatt datterselskapet for kontinuerlig tapsinnbringende selskapsaktiviteter, (ii) datterselskapet har ingen form for økonomisk selvstendighet, (iii) datterselskapet holdes kunstig i live, er relevante momenter i

²⁰⁷ Se for øvrig Vandkerckhove, s. 136 hvor avgjørelsen behandles.

²⁰⁸ Cour de cassation (Cass. Soc), 3. april 1990, publisert i Rev. Soc., 1990 s. 625 (kommentert av Y. Guyon)

²⁰⁹ Se om denne Vandkerckhove, s. 238 og 349.

²¹⁰ Kraakman, s. 93 hvor det gis uttrykk for at dette er alternativ for såkalt "veil lifting", og at det i stor grad benyttes i franske lovregler.

²¹¹ Loose/Griffiths/Impey, The company director 8th edition (2000) s. 27 og 318.

²¹² Andenæs/Wooldridge, s. 483-484.

²¹³ Se flere eksempler fra rettspraksis i fransk rett på s. 346 i Vandkerckhove.

²¹⁴ Vandkerckhove, s. 345; "de facto directors [...] opens the way to application in corporate groups, where the parent company, though not formally functioning as a director of its subsidiary, may nevertheless direct the latter's management in a prejudicial manner. In order to qualify as a de facto director under French law, the person in question must have committed, in all liberty and independence and in a continuous and regular manner, positive management acts that are binding upon the company".

norsk rett ved underkapitalisering etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Videre gir fransk rett støtte for et slikt synspunkt.

I den videre fremstillingen vil jeg med utgangspunkt i disse momentene vurdere om det er grunnlag for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd.

5.3 ALTERNATIVE REGELSETT TIL UNDERKAPITALISERING

5.3.1 Kort om vekten av underkapitalisering

Forutsetningen for punkt 5.3 er at lav egenkapital er et relevant moment i vurderingen av ansvarsgjennombrudd. Når begrepet underkapitalisering blir brukt, er det derfor i betydning av å være for lav egenkapital.

For å finne frem til om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd, må man ta stilling til i hvor stor grad av underkapitalisering som må foreligge for at underkapitaliseringen kan tillegges vekt ved regelen. Der hvor morselskapet driver datterselskapet med for lav egenkapital, kan dette ha skjedd i forskjellig grad. Grovt skissert kan en underkapitalisering enten skje ved at morselskapet sporadisk eller tilfeldig driver datterselskapet med for lav egenkapital, eller den kan skje vedvarende og i et særlig omfang.

Når det gjelder hvilken vekt underkapitalisering kan tillegges ved vurderingen, er dette blant annet styrt ut i fra hvilke andre regelsett som eksisterer, og som verner om kreditorinteressen. Et argument som har gått igjen i både forarbeider og juridisk teori mot å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd, er at det finnes andre regelsett som ivaretar aksjonærene og kreditorene.²¹⁵ Man må derfor ta hensyn til slike regelsett for å finne frem til om det er grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd. Hvilken vekt underkapitaliseringen vil ha ved regelen om ansvarsgjennombrudd, og vurderingen av om det er behov for en ansvarsgjennombruddsregel, vil derfor gli noe over i hverandre.

Det er ikke mulig å behandle alle grunnlag som kan utgjøre et alternativ for aksjonæransvar etter regelen om ansvarsgjennombrudd. I fortsettelsen vil kun regelsett som i størst grad er egnet til å nøytralisere behovet for en ansvarsgjennombruddsregel ved underkapitalisering.

5.3.2 Asl./asal. § 3-4 som alternativ til underkapitalisering

I kapittel 2 og 3 oppstilles det en rekke regler som utgjør et minimumsvern av selskapskapitalen.²¹⁶ Asl./asal. § 3-1 første ledd stiller et krav om at et aksjeselskap må ha en aksjekapital på minimum 30 000 kroner, mens et allmennaksjeselskap må ha en aksjekapital på minimum en million kroner. I forbindelse med stiftelsen må deltakerne gjøre innskudd i selskapet som i verdi minst tilsvare aksjekapitalens størrelse. Loven inneholder en rekke bestemmelser som tar sikte på at selskapet virkelig tilføres innskudd som svarer til aksjekapitalen.

Eksempler som kan nevnes er forbudet mot tegning til underkurs i asl./asal § 2-12 første ledd jf. § 2-2 første ledd nr. 5, de korte innbetalingsfristene i asl./asal. § 2-13 tredje ledd, regelen om revisors kontroll med innbetaling av aksjeinnskudd i foretaksregisterloven § 4-4 bokstav e, og motregningsforbudet i asl./asal. § 2-12 annet ledd.

²¹⁵ I Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

²¹⁶ Ot.prp.nr.36 (1993-1994), s. 45.

Formålet med de nevnte regelsett er å pålegge aksjonærene til å bidra med en viss egenkapital, og samtidig beskytte kreditors muligheter for dekning i selskapets eiendeler.²¹⁷ Reglene er imidlertid utilstrekkelige til å sikre kreditors interesser der et aksjeselskap går med underskudd.²¹⁸ Reglene suppleres derfor med asl./asal. § 3-4, som oppstiller et krav om at selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Handleplikten når det foreligger en uforsvarlig egenkapital er tillagt styret etter asl./asal. § 3-5, og oppstår først der kreditorenes dekningsmuligheter er i fare.²¹⁹ I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at hovedformålet er å formalisere ledelsens plikt til å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital til vern av selskapets kreditorer:

"[E]n slik rettslig standard [som asl./asal § 3-4] gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak. En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt innebygget i hele systemet, men det har etter departementets syn en egenverdi at kravet fremgår uttrykkelig av loven. Denne funksjonen mener departementet at bestemmelsen vil kunne fylle selv om den er skjønnsmessig utformet."²²⁰

Bestemmelsen medfører at det vil være enklere for kreditorene å kunne nå frem med erstatningsansvar overfor styremedlemmer.²²¹ Videre vil den lovfestede plikten for styret i asl./asal. § 3-5 bidra til at styremedlemmer vil gjøre det som står i deres makt for å opprettholde en forsvarlig egenkapital, ettersom erstatningsansvar kan pålegges styremedlemmer etter asl./asal. §§ 17-1, jf. 3-5. Eventuelt kan et straffansvar pådras etter asl./asal. § 19-1. Reglene for styreansvar er i dag blitt ganske skjerpet, og det skal ikke mye til før et styremedlem kan pålegges ansvar.²²² Dette fremgår blant annet av forarbeidene til den nye asl./asal. § 17-1 første ledd:

"Den alminnelige erstatningsregelen i § 15-1 [nå asl./asal. § 17-1] synes ikke å være tilstrekkelig, selv i tilfeller hvor selskapets ledelse har opptrådt sterkt klanderverdig i forhold til kreditorenes interesser. De senere års erfaring med tilfeller av konkursrytteri og tapping av selskapets midler på bekostning av kreditorene tilsier at sanksjonsreglene gjøres strengere."²²³

Strengt ansvarsregler for styremedlemmer kan dermed føre til at man begrenser behovet for en ansvarsgjennombruddsregel hvor morselskapet underkapitaliserer datterselskapet. Istedenfor å gå på morselskapet, kan kreditorene heller stille styremedlemmene ansvarlig for underkapitaliseringen fremfor å gå på morselskapet for å få dekket sine tap. I tillegg kan styremedlemmene også ha ansvarsforsikring.²²⁴ Dersom styremedlemmet er insolvent og ikke er i stand til å betale, vil slik styreforsikring kunne bidra til at kreditorene får dekket tapene sine.

Styreansvar er dermed et mulig virkemiddel for å reagere mot at styremedlemmene ikke respekterer forutsetningene for ansvarsbegrensningen. Det kan derfor se ut som man kommer like langt med å anvende asl./asal. §§ 3-5, jf. 3-4 i de tilfeller hvor morselskapet (i) vedvarende har utsatt datterselskapet for tapsbringende aktiviteter, (ii) driver datterselskapet

²¹⁷ Ot.prp.nr.36 (1993-1994), s. 45. Andenæs (2006), s. 415

²¹⁸ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s. 45.

²¹⁹ NOU:1992:29 s. 39.

²²⁰ Se NOU:1992:29 s. 37-39, Ot.prp.nr.36 (1993-94) s. 67 og 74

²²¹ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 68

²²² Andenæs 2006, s. 655.

²²³ NOU:1992:29 s. 39.

²²⁴ Aarum, s. 93 flg.

slik at det ikke har noen form for selvstendighet, og (iii) holder datterselskapet kunstig i live til fordel for morselskapet. Flere hevder derfor at regelen nøytraliserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd der datterselskapet er underkapitalisert.²²⁵ På bakgrunn av vurderingene som ble foretatt av Høyesterett i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken", uttaler Andenæs uttaler følgende om asl./asal. § 3-4:

”I dag må spørsmålet om ansvarsgjennombrudd på grunnlag av at selskapet er underkapitalisert, ses i sammenheng med lovens krav om forsvarlig egenkapital i §3-4. Det kriterium for underkapitalisering som retten la til grunn [...] er neppe vesentlig forskjellig fra kravet om forsvarlig egenkapital i §3-4.”²²⁶

Imidlertid er asl./asal. § 3-4 utformet som en rettslig standard.²²⁷ Den skjønsmessige vurdering som må foretas, om egenkapitalen er forsvarlig eller ikke, har i praksis vist seg å være en usikker og vanskelig parameter å styre etter.²²⁸ Videre er det også fare for at det kan ta tid før styret oppdager at egenkapitalen er uforsvarlig lav, og at handleplikten dermed inntre svært sent i tilfeller hvor selskapet går med tap og kreditorenes dekningsmuligheter er i fare.²²⁹ At regelen er vanskelig å anvende, i tillegg til at handleplikten kan inntre sent, kan tas til inntekt for at asl./asal. § 3-4 ikke er egnet til å nøytralisere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd.

Videre tilsier utilbørighetskriteriet ved ansvarsgjennombruddsregelen og kriteriet "forsvarlig egenkapital" i asl./asal. § 3-4, at reglene har forskjellig virkeområde.²³⁰ At egenkapitalen er uforsvarlig lav etter asl./asal. § 3-4, behøver ikke nødvendigvis bety at det foreligger en utilbørlig aksjonæropptreden. I tilfeller hvor morselskapet har underkapitalisert datterselskapet, vil det kunne være behov for en kraftig reaksjon, ettersom morselskapet har utvist respektløshet overfor selskapsformen. Forskjellene mellom regelsettene tilsier at det ligger andre vurderinger og hensyn bak regelsettene, og at asl./asal. § 3-4 ikke nøytraliserer behovet for ansvarsgjennombrudd der morselskapet underkapitaliserer datterselskapet.

Ytterligere må vilkårene for styreansvar være oppfylt jf. § 17-1 for at aksjonærene skal vinne frem med krav mot styremedlemmene. Grunnlaget for ansvaret er culpanormen.²³¹ Ved vurderingen av om det foreligger ansvar for styremedlemmer må man altså påvise skyld og årsakssammenheng hos det enkelte styremedlem.²³² Styret som kollektiv enhet kan ikke ilegges ansvar.²³³ I tillegg er oppfatningene innenfor norsk rett at det er et strengt årsakskrav

²²⁵ Asmundsson/Gustavsson, s. 287, hvor de legger til grunn i forkant av lovfesting av asl./asal. § 3-4 at den trolig vil innebære at det blir enklere for kreditorene å nå frem med erstatningsansvar, og at dette vil innebære en reduksjon av behovet for strengere ansvarsregler og således at det blir mindre behov for en lære om ansvarsgjennombrudd. Se også Andenæs (2006), s. 40.

²²⁶ Andenæs (2006), s. 40.

²²⁷ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s 68, hvor begrepet "rettslig standard" benyttes om asl./asal. § 3-4, jf.

²²⁸ Se blant annet Bråthen, styremedlem og aksjonær, s. 163, som uttaler at "[s]tyremedlemmer som står overfor en vanskelig vurdering i en sak om hel eller delvis nedleggelse av virksomheten vil nok lett oppfatte en henvisning til aksjelovens krav om forsvarlig egenkapital som nokså ubrukelig teori".

²²⁹ Dette var omtalt i forarbeidene som et problem da asl./asal. § 3-4 ikke eksisterte, jf. NOU 1992:29 s. 39.

²³⁰ Nämndal, s. 352.

²³¹ Bråthen, styremedlem og aksjonær 2006, s. 161. Aarum, s. 70 om den eldre asl. § 15-1 som tilsvarende dagens asl./asal. § 17-1.

²³² Woxholt, s. 279.

²³³ Woxholth, s. 279.

ved styreansvar.²³⁴ Et eksempel fra rettspraksis hvor årsakskravet ikke ble ansett oppfylt, er Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 22. april 1998.²³⁵

I den konkrete saken var det en rekke personer og selskaper som hadde lidt tap som følge av kortsiktige, usikrede gjeldsbrev- og sertifikat ytet til firmaet Investa. I forbindelse med det økonomiske tapet ble det fremmet krav om erstatning mot selskapet. I forbindelse med gjeldsforhandlinger mellom selskapet og kreditorene ble det imidlertid vedtatt en tvangsakkord på 25% til alminnelige kreditorer. Erstatningskravet for den resterende differansen mellom det fulle innlån og akkordutbetalingen ble blant annet rettet mot to styremedlemmer. Anførlene var villedende regnskapsinformasjon fra disse. De skadelidte klarte imidlertid ikke å bevise at det var villedende regnskapsinformasjon som var hovedårsak til tapet deres.

At morselskapet utøver en dominerende kontroll over de andre selskapene i konsernet, og at styremedlemmene i de ulike datterselskapene vil ha liten påvirkning på de beslutninger som blir tatt, er ikke uvanlig i praksis.²³⁶ Det kan eksempelvis foreligge situasjoner hvor morselskapet har påvirket styremedlemmene, uten at styremedlemmene kan bebreides for å ha etterfulgt instruksene til morselskapet. Videre er det heller ikke upraktisk at konsernledelsen implementerer beslutninger direkte i datterselskapene uten å involvere styremedlemmene eller ledelsen i datterselskapet.²³⁷ Fordelene ved å benytte regelen om ansvarsgjennombrudd i slike tilfeller, er at man ikke behøver å påvise skyld eller hvilken skade de ansvarliges forhold har påført selskapet, herunder kreditorene.²³⁸

Videre har styremedlemmene begrenset økonomisk styrke. Det kan derfor være begrenset hva man får ut av disse. Noen av dem kan ha styreansvarsforsikring, men denne er vanligvis begrenset til en bestemt sum. Innenfor praksis viser det seg at det også er et relativt lite antall styreleder som har slik styreforsikring.²³⁹

Reglene om styreansvar vil heller ikke markere at en utilbørlig aksjonæropptreden også bryter med hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2. Dersom man sanksjonerer aksjonæren etter regelen om ansvarsgjennombrudd, vil det komme klarere frem at man sanksjonerer en opptreden som er i strid med hensynene bak aksjeselskapsformen. At reglene om styreansvar bygger på forskjellige hensyn enn ansvarsgjennombruddsregelen, taler også for at styreansvar etter asl./asal. §§ 3-5, jf. asl./asal. 3-4 ikke nøytraliserer behovet for en slik regel.

Der hvor det ikke foreligger ansvar hos styremedlemmer, vil heller ikke asl./asal. § 3-4 bidra til å gjøre det enklere for kreditorer og nå frem med krav mot morselskapet. Selv om kravet til forsvarlig egenkapital i asl./asal. § 3-4 er utformet som en generell regel, og at ordlyden kan tas til inntekt for at bestemmelsen også retter et krav om at morselskapet må påse at datterselskapets egenkapital er forsvarlig, må bestemmelsen sees i sammenheng med at handleplikten etter regelen er nedfelt i lov, og at den kun gjelder overfor styremedlemmer jf.

²³⁴ Se Aarum, s. 72 som viser til rettspraksis for å underbygge dette. Imidlertid hevder hun at årsakskravet bør modifiseres på avgrensede områder for at ansvaret skal kunne virke effektivt.

²³⁵ LB-1995-3002.

²³⁶ Normann, s. 245-246.

²³⁷ Normann, s. 247.

²³⁸ Aarum, s. 50. Se Asmundsson/Gustavsson, s. 286 hvor de legger til grunn at "[e]rstatningsansvar [likevel] kan tenkes for en dominerende aksjonær som reelt tar beslutningen om den uforsvarlige risiko, og hvis uaktsomme styremedlemmet har særlig tilknytning til aksjonæren, kan også identifikasjonsansvar være aktuelt". Se punkt 5.4.3 nedenfor om disse problemstillingene.

²³⁹ Aarum, s. 95 som viser til en rekke undersøkelser og uttaler at "[d]e refererte tallene gir ikke noe presist og entydig bilde av hvor mange norske styreleder som har ansvarsforsikring. Tallene indikerer likevel at det forstøtt er et relativt lite antall styreleder som har slik forsikring".

asl./asal. § 3-5 første ledd første punktum. Det fremgår også klart av forarbeidene at handleplikten i bestemmelsen ikke er rettet mot aksjonærer, altså morselskap i denne sammenhengen, men mot styremedlemmer:

" [L]ovregler som bygger på forholdet mellom virksomhet og kapitalgrunnlag, bør utformes slik at de retter seg direkte mot det forhold som selskapets ledelse har kontroll over, dvs tilretteleggelsen av virksomheten. Et alminnelig krav om egenkapitalens størrelse, slik som foreslått av departementet, er etter sin form nærmest adressert til aksjeeierne og kan leses slik at disse har en plikt til å tilføre selskapet ytterligere kapital ut over allerede foretatte aksjeinnskudd. Dette vil i tilfelle bryte med et av hovedprinsippene i aksjeretten, nemlig at det må være aksjeeierne som fastlegger størrelsen på den kapital som selskapet skal tilføres. Skal dette utgangspunkt fastholdes, kan lovens regler ikke gå lenger i å ivareta aksjeeierne og selskapskreditorenes interesser enn til å kreve at selskapets ledelse sørger for at selskapets virksomhet, både i omfang og når det gjelder risiko, på forsvarlig vis tilpasses det kapitalgrunnlag som fins til enhver tid."²⁴⁰

Det bør derfor være rom for en regel om ansvarsgjennombrudd ved siden av asl./asal. §§ 3-5, jf. asl./asal. § 3-4.

Imidlertid viser gjennomgangen at det skal meget til før lav egenkapital vil ha vekt ved underkapitalisering etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Der egenkapitalen er lav, men omfanget av den lave kapitalen og tidsperioden denne er utsatt for dette, skal det mer til for at denne vil ha vekt ved vurderingene. Når aksjonærene utsetter aksjeselskapet for en risiko som til en viss grad overstiger den som bør aksepteres, er det ut fra samfunnsøkonomiske hensyn vanskelig å se dette som en utilbørlig opptreden og alvorlig svikt i forutsetningen for ansvarsbegrensningen.²⁴¹ En sporadisk og tilfeldig underkapitalisering vil derfor ikke i tilstrekkelig grad bryte med de samfunnsøkonomiske hensyn som ligger bak ansvarsbegrensningen, og bør derfor heller ikke ha særlig vekt etter en regel om ansvarsgjennombrudd. I slike tilfeller vil asl./asal. § 3-4 være bedre egnet som alternativ.

5.3.3 Erstatningsregler som alternativ til underkapitalisering

5.3.3.1 Alminnelige erstatningsregler som alternativ til underkapitalisering

Ansvaret for aksjonærer innenfor norsk rett fremgår av asl./asal. § 17-1. Bestemmelsen er en kodifisering av culpanormen.²⁴² Ansvar etter det ulovfestede uaktsomhetsansvar vil derfor normalt føre til samme resultater som etter asl./asal. § 17-1.²⁴³

For å oppstille erstatningsansvar for morselskapet må det utvises skyld. Ettersom morselskapet ikke er en fysisk person, kan det ikke utledes direkte av bestemmelsen at ansvar kan oppstilles for dette jf. "skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende". Bestemmelsen forutsetter imidlertid at morselskapets representant har opptrådt på en slik måte at de erstatningsrettslige vilkårene er oppfylt. Morselskapet vil i så

²⁴⁰ NOU:1996:3, s. 43.

²⁴¹ NOU 1992:29, s. 39, hvor det uttales at "det i enkelte tilfeller kan være berettiget for selskapet å ta en risiko og drive videre med fare for ytterligere tap. Hensynet til arbeidsplasser og andre samfunnsinteresser kan tale for at selskapet tar en slik risiko".

²⁴² Bråthen, styremedlem og aksjonær 2006, s. 161. Aarum, s. 70 om den eldre asl. § 15-1 som tilsvarer dagens asl./asal. § 17-1. Se også Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s 179: "regelen er bare et utslag av den alminnelige regelen om at en må erstatte skader en har voldt uaktsomt, og utelukker ikke andre saksøkte, andre saksøkere og andre ansvarsgrunnlag". At kreditorer kan rette et erstatningsansvar mot morselskapet fremgår av ordlyden, jf. "andre".

²⁴³ Perland, Styreansvar etter de nye aksjelovene, 1999 s. 132.

fall kunne holdes ansvarlig for selskapsrepresentantens feil etter regler om organ- eller arbeidsgiveransvar.²⁴⁴

Grensedragningen mellom organ- og arbeidsgiveransvar kan være vanskelig. Dersom instruksjonen er utferdiget av konsernstyret eller konsernsjefen som daglig leder i morselskapet, vil morselskapet på sin side hefte for sine styremedlemmer eller sin daglige leders feil etter ulovfestede prinsipper om organansvar. Organenes forhold anses som morselskapets forhold i erstatningsrettslig sammenheng.²⁴⁵ Utferdiges instruksjonen av en leder med en mer underordnet stilling i morselskapet, vil morselskapet etter omstendighetene kunne hefte for vedkommendes uaktsomhet på grunnlag av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1.²⁴⁶ Morselskapet har imidlertid ikke et arbeidsgiveransvar for styremedlemmer.²⁴⁷

Ettersom culpanormen er meget fleksibel, vil den omfatte de fleste typesituasjoner som er relevante etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Dette kommer av at en utilbørlig aksjonæropptreden, ofte vil innebære en form for grov uaktsomhet.²⁴⁸ I de tilfeller hvor morselskapet (i) utsetter datterselskapet for aktiviteter som er kontinuerlig tapsbringende, (ii) driver datterselskapet slik at det ikke har noen form for selvstendighet, og (iii) skyter inn ny kapital for å holde datterselskapet kunstig i live til fordel for seg selv, og hvor dette har vært til skade for kreditorer i selskapet, er opptredener der morselskapet vil bryte en norm som vil kunne innebære forsett eller grov uaktsomhet.

Et morselskap som underkapitaliserer datterselskapet, vil derfor kunne pådra seg et erstatningsansvar overfor kreditorerne i datterselskapet. At man benytter alminnelig erstatningsrett for å oppstille aksjonæransvar, vil også være i samsvar med lovgivers ønske om at man må legge vekt på at ansvar som kan følge av annen lovgivning ikke mister sin realitet.²⁴⁹

Asmundsson og Gustavsson argumenterer blant annet for at erstatningsreglene nøytraliserer behovet for ansvarsgjennombrudd ved underkapitalisering. På s. 288 fremgår det at "[d]et er nettopp når selskapet går med tap at ansvarsbegrensningen har en reell funksjon. Et objektivt ansvar ved underkapitalisering vil derfor være et grunnleggende brudd med dette prinsippet. Vi mener derfor at en eventuell utvidelse av aksjonæransvar til fordel for selskapets kreditorer, bør skje gjennom en skjerpelse av aksjonærnormen i culpavurderingen".²⁵⁰ Hagstrøm hevder også dette: "gjennombrudd pga. underkapitalisering har klare forbindelseslinjer til culpasyntesmåter".²⁵¹

Det er derfor først og fremst behov for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd der datterselskapet er utsatt for særlig lav egenkapital, og der alminnelige erstatningsregler ikke strekker til. Dette kan være tilfeller der det er vanskelig å påvise hvilken virkning lav egenkapital har hatt for tapet som er oppstått på kreditorernes side.²⁵² Videre skjer det i stor grad påvirkning fra morselskapets side ved uformell styring av datterselskapene.²⁵³ I disse tilfellene vil det by på utfordringer å påvise skyld hos morselskapet.

²⁴⁴ Aarbakke, m.fl. 941, hvor det uttales at "[o]rganenes forhold anses som selskapets forhold i erstatningsrettslig sammenheng".

²⁴⁵ Normann, Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2), 2010 s. 247.

²⁴⁶ Normann, s. 247.

²⁴⁷ Dette ble slått fast i Rt. 1996 s. 742 "Minnor".

²⁴⁸ Hagstrøm, s. 111-112. Woxholt, s. 117.

²⁴⁹ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117 uttales det at "[v]ed vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet."

²⁵⁰ Asmundsson/Gustavsson, s. 288.

²⁵¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 111.

²⁵² Aarum, s. 49.

²⁵³ Normann, s. 246.

Ansvarsgjennombruddregelen er objektiv, og det er derfor tilstrekkelig å påvise at det foreligger dominerende kontroll fra morselskapet, og at det har foregått en underkapitalisering av datterselskapet for at ansvar skal oppstilles etter denne.²⁵⁴ Dette gjør den til et fleksibelt verktøy ved siden av de alminnelige erstatningsreglene, og taler mot at alminnelige regler om erstatningsansvar for morselskapet, nøytraliserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd.

Videre markerer ansvarsgjennombruddsregelen at ansvar oppstilles ved at man gjør unntak fra asl./asal. § 1-2. Dette perspektivet kommer som nevnt i punkt 2.2.3, i bakgrunnen ved erstatningsreglene. Et ansvar for morselskapet vil stride mot med hovedregelen om at rettssubjektiviteten og det begrensede ansvar danner en "brannmur" mot krav fra kreditorene. Dette gjelder også der ansvar oppstilles på bakgrunn av erstatningsregler. Ansvar bør derfor oppstilles etter den regelen som bygger på at man gjør unntak fra ansvarsbegrensningen som følge av at aksjonæren opptrer på bestemte måter, dette vil si ansvarsgjennombruddsregelen.

Når det gjelder hvor lav egenkapitalen bør være, før den vil ha vekt ved underkapitalisering etter regelen om ansvarsgjennombrudd, kan også erstatningsreglene tale for at den helst bør ha vært lav i et særlig omfang, og over en lengre tidsperiode for at den vil ha vekt etter ansvarsgjennombruddregelen. Erstatningsansvar for aksjonærer kan som oftest kun pålegges morselskapet ved de grovere tilfeller.²⁵⁵ Det er altså en høy terskel for at et morselskap kan ilegges erstatning etter asl./asal. § 17-1 første ledd. Terskelen for hvilken adferd som skal tillegges vekt ved ansvarsgjennombruddsregelen, bør derfor ikke settes lavere enn de alminnelige erstatningsreglene.

5.3.3.2 Medvirkningsansvar som alternativ til ansvarsgjennombrudd

I asl./asal. § 17-1 annet ledd første punktum fremgår det et medvirkningsansvar for aksjonærer. Bestemmelsen annet punktum er av særlig interesse for konsernforhold:

"Erstatning kan kreves av medvirkeren selv om skadevolderen ikke kan holdes ansvarlig fordi han eller hun ikke har utvist forsett eller uaktsomhet."

Etter ordlyden kan altså morselskapet holdes erstatningsansvarlig der et styremedlem ikke har utvist skyld. Bestemmelsen kan ligne på en identifikasjonsregel, men det fremgår klart av forarbeidene at dette ikke har vært meningen:

"[D]epartementet blitt stående ved at det vil være å gå for langt å gi en regel om identifikasjonsansvar for morselskapet som kan bli oppfattet slik at loven i større grad enn i dag legger opp til at morselskapet styrer datterselskapet ved å instruere sine ansatte med verv i datterselskapet til å forvalte dette i samsvar med konserninteressen. Utgangspunktet skal fortsatt være at det enkelte selskap i et konsern utgjør en selvstendig juridisk person, og at personer med tillitsverv i selskapet skal ivareta dette selskapets interesser".²⁵⁶

Debatten som fremgår i forarbeidene til bestemmelsen, gir imidlertid et klart inntrykk av at det er nettopp konserntilfellene bestemmelsen er ment for.²⁵⁷ Der styremedlemmer har utvist uaktsomhet, kan altså morselskapet pådras et erstatningsansvar som følge av dette.

²⁵⁴ Se punkt 2.2.

²⁵⁵ Asmundsson/Gustavsson s. 261 og s. 287.

²⁵⁶ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 124.

²⁵⁷ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 117 flg.

Videre er det også karakteristisk for styremedlemmers ansvar, at de også vil kunne holdes erstatningsansvarlige for unnlattelse i langt større utstrekning enn hva som ellers er vanlig på området for deliktsansvar.²⁵⁸ Normann omtaler blant annet et typetilfelle som kan tenkes å falle innenfor bestemmelsen:

"Det kan [...] tenkes at aksjonæren anmoder datterselskapsstyret om ikke å benytte interne ressurser på selvstendig tilsyn av selskapets virksomhet under henvisning til at dette skal overlates til konsernet sentralt. Dersom konsernet sentralt ikke gjør jobben og styret i datterselskapet heller ikke har ført nødvendig tilsyn, bør det kunne bli tale om medvirkeransvar for aksjeeier."²⁵⁹

Det kan derfor se ut som morselskapet vil kunne bli erstatningsansvarlig, som medvirker, for hovedmannens unnlattelse der konsernledelsen går utenfor sin kompetanse og iverksetter tiltak direkte i datterselskapene.²⁶⁰ Ved medvirkeransvaret kan slike tilfeller vurderes på linje med tilfeller hvor det gis direkte instruks til ledelsen eller styret i datterselskapet om å forholde seg på en bestemt måte.²⁶¹ Et medvirkningsansvar etter asl./asal. § 17-1 annet ledd kan derfor bøyte på at styreansvaret etter asl./asal. § 17-1 ikke strekker til i visse situasjoner.

Videre er det også blitt hevdet at årsakskravet i asl. § 17-1 annet ledd ikke forlanger at medvirkningen har vært en nødvendig betingelse for skaden.²⁶² I tillegg er det også blitt hevdet at asl./asal. § 17-1 annet ledd ikke berører spørsmålet om årsakssammenheng, men at det heller berører spørsmålet om ansvarsgrunnlag der hvor det ikke foreligger et selvstendig ansvarsgrunnlag for medvirker.²⁶³ Dette er blant annet begrunnet med at ansvarsgrunnlaget for medvirker er basert på hovedmannens normbrudd med subjektiv skyld og medvirkning til normbruddet fra medvirkeren.²⁶⁴

Ettersom § 17-1 annet ledd ikke krever skyld hos hovedmannen (som ofte vil være et styremedlem), og det i tillegg kan se ut som om medvirkningen ikke har vært en nødvendig betingelse for skaden, trekker dette i retning av at medvirkningsregelen dekker de situasjoner hvor styremedlemmene ikke er å bebreide, men der morselskapet (i) har utsatt datterselskapet for kontinuerlig tapsbringende aktiviteter, (ii) styrer datterselskapet på en slik måte at det ikke har noen form for selvstendighet, og (iii) holder datterselskapet kunstig i live til fordel for seg selv, men til skade for kreditorene.

Imidlertid vil man, ved å ikke oppstille et krav om at medvirkningen har vært nødvendig for det økonomiske tapet hos kreditorene, likestille årsakskravet med det som følger av medvirkningskravet etter strafferetten. Etter strafferetten er det ikke et krav om at medvirkningen har vært nødvendig for resultatet.²⁶⁵ Dersom hensikten hadde vært å oppstille tilsvarende årsakskrav som i strafferetten, burde dette ha kommet klarere frem, enten i lov eller i forarbeidene. I forarbeidene til asl./asal. § 17-1 annet ledd, fremgår det derimot at:

"Hvorvidt medvirkning har funnet sted, vil bevismessig sett bero på alminnelige bevisregler for erstatningssaker, og rettslig sett på alminnelige erstatningsrettslige vurderinger."²⁶⁶

²⁵⁸ Aarum, s. 88 og s. 235-238.

²⁵⁹ Normann, s. 247-248.

²⁶⁰ Normann, s. 248.

²⁶¹ Normann, s. 247.

²⁶² Normann, s. 238.

²⁶³ Perland, Tilretteleggeransvar. Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner, doktorgrad, 2009, s. 71.

²⁶⁴ Perland, s. 71.

²⁶⁵ Matningsdal, medvirkning til straffbare handlinger, JV 2008 s. 363.

²⁶⁶ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 167.

At vurderingene etter asl./asal. § 17-1 annet ledd må baseres på alminnelige erstatningsrettslige vurderinger, bør bety at årsakskravet er det samme ved alminnelige regler. Dette betyr at man også ved medvirkningsregelen i § 17-1 annet ledd vil stå overfor de samme utfordringer når det gjelder å påvise årsakssammenheng der morselskapet på utilbørlig vis har underkapitalisert datterselskapet. Ansvarsgjennombruddsregelen kan derfor utgjøre et fleksibelt verktøy ved siden av dette medvirkningsreglene.

Som ytterligere argument for at medvirkningsregelen i asl./asal. § 17-1 annet ledd ikke nøytraliserer en eventuell ansvarsgjennombruddsregel, kan det vises til at det i forkant av aksjeselskapslovene i 1997 ble foreslått en egen medvirkningsregel i asl./asal. § 17-2. Denne ble imidlertid foreslått med en annen utformning enn dagens asl./asal. § 17-1 annet ledd.²⁶⁷

I en innstilling fra justiskomiteen ble det uttrykt stor skepsis til utformingen av en slik regel.²⁶⁸ Komiteen hevdet at ordlyden i den foreslåtte asl./asal. § 17-2 lignet på hva som ville falle innunder ansvarsgjennombrudd, og stilte spørsmålet om den foreslåtte medvirkningsregel regulerte spørsmålet uttømmende overfor en slik regel:

”... det kan stillast fleire spørsmål ved korleis ordlyden i § 17-2 skal tolkast. Er t.d. ordlyden uttømmende i høve til meir pragmatiske selskapsrettslege synsmåtar om ansvarsgjennombrøt i AS-tilhøve? Står til dømes skadelidte sterkare når begge vilkår som er nemnde i første ledd andre punktum sler til enn når berre det eine sler til? Fleirtalet meiner spørsmålet om medverkaransvar er eit område som må nøye vurderast for å kome fram til reglar som er grensesetjande og som er klare nok til å bli forstått og kan etterlevast utan store tolkingsproblem. Fleirtalet vil difor gå mot § 17-2 i begge lovene, og vil be departementet gjennomføre ei brei vurdering av dette spørsmålet og leggje fram forslag til lovregulering på dette området ved evalueringen av aksjelovene.”²⁶⁹

Denne kritikken ble etterfulgt, og man endte opp med å innplassere medvirkningsbestemmelsen i asl./asal. § 17-1 annet ledd, fremfor en egen bestemmelse i § 17-2. I tillegg landet man også på en annen utformning enn den som egentlig var foreslått. En forklaring på dette kan være at man ikke ønsket at reglene om medvirkning skulle komme i konflikt med anvendelsesområdet til en eventuell regel om ansvarsgjennombrudd. Dette ser ut til å være bekreftet i de nyere forarbeidene til asl./asal. § 17-1 annet ledd;

"Forslaget til en regel om medvirkeransvar innebærer i hovedsak en lovfesting av det prinsipp som allerede er gjeldende rett. Det er derfor uten betydning i forhold til diskusjonen om ansvarsgjennombrudd. Et ansvar for medvirkning er utslag av en alminnelig erstatningsrettslig regel, og departementet kan ikke se at en selskapsrettslig organisering bør gi grunn til å fritta for et medvirkeransvar som ellers vil gjelde."

Dette tyder på at det kan være rom for en regel om ansvarsgjennombrudd ved siden av medvirkningsregelen i asl./asal. § 17-1 annet ledd, der morselskapet ved utilbørlig opptreden underkapitaliserer datterselskapet.

I likhet med de andre erstatningsreglene, tar heller ikke medvirkningsregelen i asl./asal. § 17-1 annet ledd hensyn til at en utilbørlig morselskapsopptreden, også er i strid med hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2. Dette kommer klart frem ved bruk av en regel om ansvarsgjennombrudd. I tillegg kan også medvirkningsregelen i asl./asal. § 17-1 annet ledd, by på visse utfordringer når det gjelder skyld og årsakssammenheng. Imidlertid ser det ut som

²⁶⁷ Nærmere om den foreslåtte asl./asal. § 17-2 på s. 179 i Ot.prp.nr.23 (1996-97).

²⁶⁸ Innst. O. nr. 80 (1996-1997), pkt. 12.2.

²⁶⁹ Innst. O. nr. 80 (1996-1997), pkt. 12.2.

bestemmelsen om medvirkning, er regelen blant de alternative regelsett, som i størst grad er egnet til å nøytralisere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd.

5.3.4 Oppsummering av alternative regelsett til ansvarsgjennombrudd

Gjennomgangen viser at alternative regelsett enkeltvis ikke nøytraliserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd. Dersom man ser på regelsettene samlet, ser det imidlertid ut som reglene i stor grad dekker behovet for en slik regel. Særlig gjelder dette medvirkningsregelen i asl./asal. § 17-1 annet ledd.

Det er imidlertid mulig å påpeke enkelttilfeller hvor ansvarsgjennombruddsregelen kan fremstå som praktisk. Disse tilfellene bør imidlertid begrenses til der morselskapet utsetter datterselskapet for en omfattende underkapitalisering, og der hvor denne skjer over lengre tid.

5.4 UNDERKAPITALISERING SOM SELSVSTENDIG GRUNNLAG?

Dersom man oppstiller en regel om ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag der morselskapet har underkapitalisert datterselskapet, vil man samtidig bryte med det klare utgangspunktet i asl./asal. § 1-2 om at et aksjeselskap har begrenset ansvar. Regelen bør derfor forbeholdes særlige unntakstilfeller der hensynene bak ansvarsbegrensningen står svakt.²⁷⁰ Spørsmålet er tilfellet der morselskapet underkapitaliserer datterselskapet er et slikt særlig unntakstilfelle, og om ansvarsgjennombrudd kan oppstilles der underkapitalisering utgjør et selvstendig grunnlag.

Lovgivers uttalelse om ansvarsgjennombrudd kan tyde på at underkapitalisering er av flere unntakstilfeller som kan utgjøre et selvstendig grunnlag for å oppstille en den ulovfestede regelen;

*"Men om det for eksempel ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets, eller om aksjeeieren har godtatt at selskapet driver uten tilstrekkelig kapital, kan synspunktet ansvarsgjennombrudd tenkes å føre frem."*²⁷¹

Uttalelsen er imidlertid meget knapp, og den gir ikke uttrykk for mer enn at underkapitalisering utgjør et relevant moment ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Videre fremgår det av Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" at underkapitalisering er et eget moment, men at dette er rubrisert under helhetsvurderingen av om det er utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen,

*"Et annet moment i en utilbørighetsvurdering [...], vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert."*²⁷²

Imidlertid er regelen om ansvarsgjennombrudd en helhetsvurdering, der det tas stilling til ulike former for aksjonæropptreden som innebærer et preg av utilbørighet. Det bør derfor ikke ha vesentlig betydning om underkapitalisering som moment, er rubrisert under en slik vurdering slik som Høyesterett kategoriserte momentet i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken".

Frostatings lagmannsrettsavgjørelse 23. desember 2002 kan tas til inntekt for at det bør være mulig å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd der underkapitalisering utgjør det

²⁷⁰ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117.

²⁷¹ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117.

²⁷² Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" s. 679-680.

selvstendige grunnlaget. I avgjørelsen ble sammenblanding avfeid som mulig grunnlag for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd. Retten vurderte deretter om det hadde skjedd en underkapitalisering av aksjeselskapet:

"Det er for så vidt riktig at Stein Haanshus' egenkapitalinvestering var begrenset til daværende aksjelovs minimumsbeløp kr 50.000. På den annen side var det på det rene at de planlagte driftsutgifter i form av lønn m.m. ville være lave ved den driftsform som var forutsatt. Selskapets driftsbygning var finansiert av Soknedal Sparebank som også bisto virksomheten i form av driftskreditt/kassekreditt. Med unntak for omtvistet forleveranse fra Felleskjøpet ble kreditorene dekket ved forfall frem til umiddelbart før selskapet ble tatt under konkursbehandling."²⁷³

Selv om lagmannsretten avvek fra å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av underkapitalisering, illustrerer avgjørelsen at underkapitalisering kan utgjøre et selvstendig grunnlag ved ansvarsgjennombrudd. Dette kommer av at lagmannsretten baserte vurderingen alene på om det var skjedd en underkapitalisering.

For at det skal være grunnlag for ansvarsgjennombrudd, må det imidlertid oppstilles der alternative regelsett ikke er egnet til å verne kreditorinteressene. Som analysen viser i punkt 5.3 ovenfor, kan det se ut som alternative regelsett i stor grad verner disse interessene, og at asl./asal. §§ 3-5, jf. 3-4, alminnelige erstatningsregler, og medvirkningsansvaret etter asl./asal. § 17-1 annet ledd, i stor grad nøytraliserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd i underkapitaliseringstilfellene.

Jeg er derfor til en viss grad enig med Hagstrøm, som uttaler at underkapitalisering helst bør være et moment ved ansvarsgjennombrudd, og ikke et eget vilkår ved vurderingen.

Hagstrøm tfr 1993, s. 261: Hvor han uttaler at det er "sikrest å anta at underkapitalisering alene ikke er tilstrekkelig, men at det må foreligge ytterligere momenter som taler for gjennomskjæring", før han i Obligasjonsrett 2011 s. hevder at "underkapitalisering i seg selv kan være et vilkår for gjennombrudd etter norsk rett, men at underkapitalisering i seg selv kan være et argument for gjennomskjæring og dessuten kan indikere at selskapet ikke har en tilstrekkelig selvstendig stilling i forhold til eierne".

Det kan imidlertid se ut som behovet kan foreligge i de tilfeller hvor det ikke er mulig å påvise verken skyld eller årsakssammenheng etter erstatningsreglene. Der morselskapet har utsatt datterselskapet for en vedvarende og omfattende underkapitalisering, vil selskapet være særlig utsatt for tap, noe som også innebærer at kreditorenes dekningsmuligheter vil være i fare. En slik form for underkapitalisering vil være en utilbørlig handlemåte fra morselskapets side, og bør derfor være tilstrekkelig for å oppstille et aksjonæransvar etter regelen om ansvarsgjennombrudd.

En ansvarsgjennombruddsregel om underkapitalisering, slik den er blitt oppstilt i kapittel 5, vil neppe gå utover den generelle investeringslysten, men vil utelukkende ramme morselskaper som ønsker å misbruke aksjeselskapsformen, ved å bruke ansvarsbegrensningen på andre måter enn det den er tiltenkt. Det er derfor tvilsomt om regelen vil gå utover investeringslysten til morselskap som ikke har uærlige hensikter med selskapsformen aksjeselskap.

Det bør derfor ikke, slik jeg ser det, knyttes store motforestillinger mot å tillate at ansvarsgjennombrudd overfor et morselskap kan anføres, i hvert fall som subsidiært grunnlag, der morselskapet har underkapitalisert datterselskapet ved at det (i) kontinuerlig utsetter

²⁷³ Frostatings lagmannsrettsavgjørelse 2002-12-23 (LF-2002-197)

datterselskapet for tapsbringende selskapsaktiviteter, (ii) driver datterselskapet slik at det ikke har noen form for selvstendighet, og (iii) holder datterselskapet kunstig i live ved å gi kreditt til datterselskapet.

KAPITTEL 6: SAMMENBLANDING MELLOM MOR- OG DATTERSELSKAP

6.1 SAMMENBLANDING SOM RELEVANT MOMENT VED ANSVARSGJENNOMBRUDD

6.1.1 Hva er sammenblanding?

Sammenblanding er behandlet som et relevant moment ved ansvarsgjennombrudd i en rekke fremstillinger i norsk rett. Lovgiver nevner blant annet sammenblanding som et eksempel på ansvarsgjennombrudd:

"[O]m det for eksempel ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets [...] kan synspunktet ansvarsgjennombrudd tenkes å føre frem".²⁷⁴

Videre trekker Høyesterett frem sammenblanding som et av to sentrale moment i helhetsvurderingen i både Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor". Videre går også momentet igjen i flere fremstillinger innenfor juridisk teori. Som eksempler kan det vises til Gustavsson og Asmundsson, Grønlund, Fjørtoft og Nåndal.²⁷⁵

Med sammenblanding menes en sammenblanding mellom aksjonæren og aksjeselskapets midler (enten aktiva eller passiva) og eiendeler, slik at det ikke lenger er mulig å skille mellom aksjonær og aksjeselskap. Det finnes to forskjellige former for sammenblanding. Dette er (i) formuessammenblanding og (ii) virksomhetssammenblanding.²⁷⁶ En formuessammenblanding vil foreligge når man sammenblander aksjonæren og aksjeselskapets passiva og aktiva på en slik måte at det er vanskelig eller umulig å skille mellom morselskapet og datterselskapets formuessfære. En virksomhetssammenblanding vil foreligge når det for utenforstående er umulig å skille mellom morselskap og datterselskap.²⁷⁷

Sistnevnte form for sammenblanding vil særlig være relevant ved ansvarsgjennombrudd overfor kontraktskreditorene. Dette kommer av at en virksomhetssammenblanding vil kunne medføre at man vurderer tilfellet under tilordningssynspunkter. Et eksempel er at noen har levert datterselskapet kreditt, og det fra kreditor sitt ståsted, ikke var noe klart skille mellom mor- og datterselskap. I disse tilfeller kan morselskapet gjøres ansvarlig for å betale leveransen dersom man kommer til at det er morselskapet som i realiteten har bestilt den.²⁷⁸ Se nærmere om dette i punkt X nedenfor.

I likhet med underkapitalisering, er sammenblanding blitt relativt ukritisk lagt til grunn som et relevant moment ved ansvarsgjennombrudd. Relevansen av sammenblanding må derfor forklares nærmere.

Det er særlig to forhold som begrunner hvorfor sammenblanding har relevans ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Det ene er at sammenblandingen kan medføre at datterselskapet mister rettssubjektiviteten. Datterselskapet er en selvstendig juridisk person. Når datterselskapet har en egen formuesmasse oppfyller det også et av grunntrekkene ved aksjeselskapet, ettersom det medfører at datterselskapet er et eget rettssubjekt adskilt fra aksjonærene. For at det skal

²⁷⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

²⁷⁵ Asmundsson/Gustavsson s. 290-293, Grønlund s. 109, Fjørtoft s. 316 og Nåndal s. 315 flg.

²⁷⁶ Nåndal s. 316 flg.

²⁷⁷ Nåndal, s. 317.

²⁷⁸ Eksempel hentet fra forarbeidene, jf. Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

utgjøre et adskilt rettssubjekt fra aksjonærene er det imidlertid viktig at det foreligger et skille mellom morselskap og datterselskap når det gjelder inntekter, utgifter, og eiendeler. Ved å opprettholde et skille, vil man også bidra til at aksjeselskapets kreditorer har dekningsmulighetene i behold.

Det andre forholdet som begrunner hvorfor sammenblanding har relevans ved ansvarsgjennombrudd, er at en sammenblanding mellom aksjonær og aksjeselskap kan føre til at det blir lagt til rette for tapping av aksjeselskapet (såkalt "maskert utbytte"). Der det foreligger en sammenblanding mellom aksjeselskap og aksjonær, taper aksjeselskapet karakter av å være et selvstendig rettssubjekt adskilt fra aksjonæren. Sammenblandingen vil dermed kunne medføre uklare ansvarsforhold, slik at det også vil være uklart hvilken formuesmasse som egentlig tilhører aksjeselskapet, og hvilken formuesmasse som tilhører aksjonæren. Dette åpner for at aksjonæren kan tappe aksjeselskapet. Forskjellen er at en tapping skjer en vei mellom selskapene, mens sammenblandingen skjer ved at midler og eiendeler som oftest går mellom aksjonær og aksjeselskap.

Det kan imidlertid være vanskelig å bevise at tapping har skjedd i sammenblandingstilfellene, ettersom aksjonæren kan argumentere for at midlene fremdeles tilhører aksjeselskapet. I tillegg kan det også være vanskelig å påpeke hvilke midler som er tappet, når disse i stor grad er blitt blandet mellom aksjonær og aksjeselskap. Dette vil igjen kunne være utilbørlig overfor selskapets kreditorer, fordi selskapet vil opptre på en måte hvor dekningsmulighetene til kreditorene blir redusert.²⁷⁹

6.1.2 Den videre fremstilling

Jeg vil i det følgende foreta en undersøkelse av om det er grunnlag for å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd ved sammenblanding der aksjonæren er et morselskap. Ved denne undersøkelsen er det tre spørsmål som må vurderes: Hvilken form for sammenblanding vil utgjøre et relevant moment ved sammenblanding (punkt 6.2)? Dersom det foreligger sammenblanding, hvilken vekt vil dette ha ved vurderingen av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd (punkt 6.4)? Kan ansvarsgjennombrudd oppstilles der sammenblanding utgjør et selvstendig grunnlag (punkt 6.5)?

Etttersom det norske rettskildegrunnlaget om ansvarsgjennombrudd er tynt, vil jeg se hen til fransk rett i punkt 6.2. Fransk rett vil først og fremst bli benyttet som støttemoment for å bekrefte relevante momenter ved sammenblanding i norsk rett.

Det er ikke mulig å liste opp alle sammenblandingsmomenter som vil kunne ha relevans ved regelen om ansvarsgjennombrudd. De kriterier som i størst grad er blitt nevnt i rettspraksis og juridisk litteratur vil bli behandlet.

6.2 RELEVANTE MOMENTER VED SAMMENBLANDING MELLOM MOR- OG DATTERSELSKAP

6.2.1 Innledning: Hensynene som må tas i betraktning ved konsernforhold

En sammenblanding vil kunne ha positive effekter innenfor næringslivet, og da særlig i konserntilfellene. Sammenblanding kan være samfunnsøkonomisk effektivt ved at den kan

²⁷⁹ Asmundsson/Gustavsson, s. 279.

bidra til at ressursene innenfor et konsern blir utnyttet på en kostnadseffektiv måte. I konserntilfeller vil man for eksempel kunne sentralisere visse funksjoner, og på denne måten spare kostnader. Det er her et sentralt hensyn at det skal være mulig å forvalte konsernet, for på denne måten å utnytte ressursene i selskapet. Dersom en hvilken som helst sammenblanding ville kunne tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger ansvarsgjennombrudd, ville frykt for ansvar kunne motvirke en slik effektiv bruk av felles ressurser.

Imidlertid må disse hensynene avveis mot de tilfeller hvor sammenblandingen mellom morselskap og datterselskapet fører til at datterselskapet (i) mister rettssubjektiviteten, slik at det blir (ii) lagt til rette for en tapping av datterselskapet.

6.2.2 Sammenblanding av midler og eiendeler

Aller først må det åpenbare påpekes: Sammenblandingen er først og fremst en sammenblanding av midler og eiendeler mellom mor- og datterselskap, som skjer ved overføringer eller andre disposisjoner mellom selskapene. Dette er en formuessammenblanding, og vil det klareste eksempel på at det er skjedd en sammenblanding mellom selskapene. Slike overføringer vil ofte falle innunder regelsett som er ment å motvirke tapping, ettersom en sammenblanding av midler og eiendeler mellom selskapene, forutsetter at det er foretatt en rekke overføringer mellom disse.

Imidlertid kan det være vanskelig å påpeke konkrete overføringer eller disposisjoner mellom selskaper, og særlig gjelder dette når står overfor et sammensveiset og integrert konsern. I slike tilfeller vil det kunne være hensiktsmessig å peke på ytre forhold, eller andre ytre omstendigheter – slik som virksomhetsammenblanding – som tilsier at det er foregått en sammenblanding mellom mor- og datterselskap. Rt. 1999 s. 353 "HTS" vil her være illustrerende.

I Rt. 1999 s. 353 "HTS" ble et norsk selskap ansett som ansvarlig for et svensk søsterselskap innenfor samme konsern. Det ble fastslått at det norske selskapet hadde gitt et bindende betalingstilsagn til søsterselskapets kreditor i forbindelse med en vareleveranse. Begge selskapene var heleid av et norsk morselskap. Det ble ansett å være av sentral betydning at betalingstilsagnet til daglig leder gjaldt vareleveranser til det ene søsterselskap, samtidig som det ble gitt i en situasjon hvor selgeren samtidig forhandlet om leveranser til begge selskapene. Grunnlaget bygget derfor på avtalerettslige synspunkter, og ikke aksjonæransvar i form av ansvarsgjennombrudd, og kan således ikke benyttes direkte som argumentasjon ved sammenblandingstilfellene etter ansvarsgjennombruddsregelen.

Imidlertid ble det i avgjørelsen vektlagt at avtalen mellom partene var uklar, i tillegg til at Høyesterett foretok en totalvurdering der man så vekk fra den formelle selskapskonstruksjonen når ansvaret skulle plasseres. Ved totalvurderingen ble det vektlagt at det forelå en sammenblanding på en rekke plan mellom søsterselskapene i konsernet. Det ble blant annet vektlagt at (i) den eneste aksjonæren og styremedlemmet i morselskapet også var styremedlem i begge datterselskapene, (ii) det ene datterselskapet i stor grad betalte det andre søsterselskapet sine regninger, (iii) daglig leder ble lønnet av det norske datterselskapet, (iv) og at det i tillegg forelå utstrakt bruk av pantsettelse av det svenske selskapets eiendeler til fordel for det norske søsterselskapet.

I saken forelå det en kvalifisert grad av sammenblanding mellom selskapene. Selv om saken gjaldt tilordningssynspunkter, og er derfor noe annet enn ansvarsgjennombrudd, vil spørsmålet likevel være om datterselskapet er et selvstendig rettssubjekt overfor de plikter som det pådrar seg. Saken illustrerer dermed at sammenblanding innenfor et konsern kan føre til at det formelle skillet mellom selskapene mister sin betydning overfor en kreditor. Dommen kan derfor benyttes som illustrasjon for hva som kan være relevant ved sammenblanding etter ansvarsgjennombruddsregelen.

6.2.3 Nærmere om momenter ved sammenblanding

6.2.3.1 Felles reell styring mellom datterselskap og morselskap

Felles reell styring betyr at de samme styremedlemmer er plassert i både mor- og datterselskap, og vil være en form for virksomhetssammenblanding. Momentet er relevant ved ansvarsgjennombrudd, kommer til uttrykk i rettskilder hvor ansvarsgjennombruddsregelen er blitt behandlet.

I Rt. 1996 s. 742 "Minnor" ble det blant annet vektlagt som et moment for at det ikke forelå sammenblanding av midler, at selskapet hadde eget styre;

"Minnor ble ledet av et styre som tok selvstendige beslutninger innenfor sitt kompetanseområde. Det hadde [blant annet] egen administrerende direktør [...] kan ikke gi grunnlag for å hevde at det har foregått noen utilbørlig sammenblanding av midler eller interesser som skulle kunne begrunne at det kan ses bort fra aksjeselskapsformen"²⁸⁰

Det ble også i Rt. 1999 s. 353 "HTS" vektlagt ved totalvurderingen at den eneste aksjonæren og styremedlemmet i morselskapet, også var styremedlem i begge datterselskapene.

Imidlertid må det tas hensyn til konsernstrukturen ved sammenblanding mellom morselskap og datterselskap. Innenfor konsern er det vanlig at det blir opprettet en felles konsernledelse, der målet vil være å utforme en overordnet konsernpolitikk.²⁸¹ Slik konsernstruktur vil derfor ikke være utilbørlig i seg selv, og taler mot at felles reell styring har noen særlig vekt etter regelen om ansvarsgjennombrudd. I forarbeidene uttales det at:

"Et konsern blir ofte forvaltet som et fellesskap hvor forvaltningen av de enkelte konsernselskapene i større eller mindre utstrekning er samlet i en felles konsernadministrasjon. Konsernet kan f.eks ha felles stabs funksjoner, felles formuesforvaltning, felles innkjøpsordninger, avtaler med bank og forsikringsselskaper som omfatter hele konsernet mv. Aksjeloven er i utgangspunktet ikke til hinder for slike ordninger som ofte vil være administrativt og økonomisk til fordel for konsernet sett under ett og de enkelte konsernselskaper."²⁸²

Også i juridisk teori fremgår det at felles reell styring ikke er uvanlig innenfor konsern, og at slik opptreden ikke nødvendigvis er utilbørlig. Kai Krüger uttaler at:

"Poenget med plassering av egne styremedlemmer i egne datterselskaper er jo nettopp å utøve styring og kontroll, enten gjennom direkte instruks eller gjennom fristilling med henvisning til styremedlemmenes forutsatte plikt til ivaretagelse av morselskapets interesser under utøvelse av sine styreverv. En henvisning til at styremedlemmene bare skal ivareta eget (datterselskapets) interesser

²⁸⁰ Se s. 757.

²⁸¹ NOU:1996:3, s. 87.

²⁸² NOU:1996:3 s. 87.

synes kontrær i forhold til det som er den praktiske virkelighet, siden poenget med styrebemanning jo nettopp er å sikre morselskapets interesser i konsernet."²⁸³

Imidlertid kan det være fare for at datterselskapet blir implementert i en konsernstrategi, der målsetningene i konsernet utelukkende kommer morselskapet til gode, og som fullstendig tilsidesetter datterselskapets interesse, også på lengre sikt. Særlig der det er en felles reell styring mellom et morselskap og flere datterselskap i konsernet, vil integreringen mellom selskapene være større slik at vil være fare for at datterselskapene ikke vil opptre som adskilte rettssubjekter.

I slike tilfeller er det også større fare for at det kan legges til rette for "maskert utbytte" fra datterselskap til morselskap. En slik tapping kan være vanskelig å bevise, særlig der hvor den er fullstendig og uoppløselig mellom selskapene. Når rettssubjektiviteten til datterselskapet er svekket, og dette fører til en risiko for tapping fra datterselskap til morselskap, vil hensynene bak asl./asal. § 1-2 stå svakt, og forklarer hvorfor reell styring mellom konsernselskapene kan få betydning som moment ved vurderingen av om det foreligger sammenblanding ved ansvarsgjennombrudd.

Selv om reell felles styring ikke nødvendigvis er ensbetydende med at det har skjedd en sammenblanding mellom et mor- og datterselskap etter ansvarsgjennombruddsregelen, vil det altså kunne tillegges vekt ved en større helhetsvurdering, der inntrykket er at morselskapet har sammenblandet egne midler med datterselskapet, for å tappe sistnevnte for midler og eiendeler.

6.2.3.2 Felles regnskapsføring mellom datterselskap og morselskap

At det foreligger felles regnskapsføring mellom selskapene, ser ut til å være et relevant moment ved ansvarsgjennombrudd. Momentet er et eksempel på virksomhetssammenblanding, og kom til uttrykk i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken":

"[I] utgangspunktet har Kongeparken AS vært behandlet som et selvstendig selskap med et skille mellom dette og Park Holding AS. Det har ikke skjedd felles regnskapsførsel for selskapene..."²⁸⁴

Også i Rt. 1996 s. 742 "Minnor" blir dette trukket frem som et relevant moment:

"Minnor ble ledet av et styre som tok selvstendige beslutninger innenfor sitt kompetanseområde. Det hadde [...] egne budsjetter og særskilt regnskapsførsel."²⁸⁵

Felles regnskapsføring mellom morselskap og datterselskap bør imidlertid ikke være ensbetydende med at det foreligger sammenblanding ved regelen om ansvarsgjennombrudd. Eksempelvis kan det eksistere et styringssystem mellom et morselskap og datterselskap for å kontrollere økonomien i datterselskapet, og dermed lette den økonomiske styringen. Dette kommer blant annet frem av regnskapsloven § 3-6. Etter bestemmelsens første ledd fremgår det at "[k]onsernregnskapet skal bygge på de konsoliderte foretakenes selskapsregnskaper".²⁸⁶ I utgangspunktet er det derfor ikke utilbørlig at det foreligger et felles regnskapssystem mellom mor- og datterselskap.

²⁸³ Kai Krüger, Eieransvar i konsernforhold, Juristkontakt nr. 3 1997 side 11.

²⁸⁴ Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" på s. 679. Se også Asmundsson og Gustavsson, s.

²⁸⁵ På s. 757.

²⁸⁶ Aarbakke i konsernrett, s. 65. Et konsernregnskap er en beskrivelse av det økonomiske resultat og den økonomiske stilling for den gruppe av selskaper som danner konsernet.

Imidlertid må det ved konsernregnskapet tas forbehold om at hvert selskap er en egen juridisk person. Selv ved et konsolidert konsernregnskap etter regnskapsloven § 3-6, må det være mulig å skille mellom utgiftene og inntektene til de forskjellige selskapene i konsernet.²⁸⁷ Der regnskapene er fullstendig sammenblandet, og ikke foretatt regelmessig slik at det ikke er mulig å skille mellom utgifter og inntekter, kan mye tyde på at disse behandles tilfeldig mellom datterselskap og morselskap etter hvem som har behov for likvider.

Når morselskapet ikke skiller mellom egen og datterselskapets økonomi, vil ikke selskapene fremstå som to forskjellige og selvstendige rettssubjekter slik som ansvarsbegrensningen forutsetter. I en slik situasjon vil det bli lagt til rette for at morselskapet kan ta ut "maskert utbytte" fra datterselskapet. Dekningsobjektet for kreditorene vil dermed kunne svekkes, og hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2 vil som følge av dette stå svakt.

Selv om felles regnskapsføring ikke nødvendigvis er ensbetydende med at det har skjedd en sammenblanding mellom mor- og datterselskap, vil det altså kunne tillegges vekt ved en større helhetsvurdering, der inntrykket er at morselskapet har sammenblandet egne midler med datterselskapet for å tappe sistnevnte for midler og eiendeler.

6.2.3.3 Utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse mellom selskapene

At det foreligger utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse mellom selskapene innenfor et konsern kan både være virksomhetssammenblanding og formuessammenblanding, ettersom lån og til andre selskaper vil kunne medføre en sammenblanding der man blander midler i et annet selskaps formuessfære, i tillegg til at slike lån og sikkerhetsstillelser vil kunne være en del av den vanlige virksomhet i selskapet. Det kan se ut som dette er et relevant moment ved sammenblanding etter regelen om ansvarsgjennombrudd i norsk rett, jf. Rt. 1999 s. 353 "HTS". Det ble her vektlagt at det forelå utstrakt bruk av mellomregnskap mellom de to søsterselskapene, og at det norske søsterselskapet i stor grad hadde betalt det svenske selskapets regninger.

Imidlertid fremgår det et viktig unntak for konsern i asl./asal. § 8-7 tredje ledd fra asl./asal § 8-7 første ledd. Første ledd begrenser aksjeselskapets adgang til å yte lån til en aksjeeier eller stille sikkerhet for en aksjeeiers forpliktelser. Etter tredje ledd er derimot lån til et annet selskap og sikkerhetsstillelse for annet selskap i samme konsern unntatt fra disse begrensningene. Begrunnelsen er at slike lån regelmessig vil være forretningsmessig begrunnet.²⁸⁸ Midler kan på denne måten lettere overføres mellom selskaper innenfor konsernet for å få en bedre ressursutnyttelse. Videre kan morselskapet inngå avtale om konsernkontoordning og pålegge et datterselskap med god likviditet i å delta i ordningen for å bedre likviditeten i øvrige konsernselskaper.²⁸⁹

Som utgangspunkt vil det derfor ikke være utilbørlig at det foreligger utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse mellom et morselskap og datterselskap, og vil dermed ikke være ensbetydende med at det er skjedd sammenblanding etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Dette kan Rt. 1996 s. 742 "Minnor" tas til inntekt for:

²⁸⁷ Se Aarbakke i konsernrett, s. 65 hvor det fremgår at "[e]t konsernregnskap må som andre regnskaper leses med en del forbehold. Det sentrale forbehold er det rettslige utgangspunkt som er angitt foran: At hvert selskap er en egen juridisk person".

²⁸⁸ Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 192

²⁸⁹ NOU:1996:6 s. 24.

"Eierselskapenes støtte til Minnor, [...] ved lån [...] kan ikke gi grunnlag for å hevde at det har foregått noen utilbørlig sammenblanding av midler eller interesser som skulle kunne begrunne at det kan ses bort fra aksjeselskapsformen".²⁹⁰

Imidlertid stiller lovgiver opp et krav om at det må foreligge en forretningsmessig begrunnelse bak slike disposisjoner. Det ligger i dette at disposisjoner som utelukkende er til gode for morselskapet, og som ikke tjener datterselskapet – og som til og med er til skade for datterselskapets kreditorer – bør være disposisjoner som faller utenfor unntaksbestemmelsen i asl./asal. § 8-7 tredje ledd. Unntaket sikter kun til at det legges til rette for lån eller sikkerhetsstillelser som har en saklig sammenheng med konsernvirksomheten.

Unntaksbestemmelsen bør for eksempel ikke gjelde der kreditt er gitt fra datterselskap til morselskap, og det ikke skjer noen tilbakebetaling til datterselskapet. Morselskapets opptreden vil i slike tilfeller medføre at dekningsmulighetene til datterselskapets kreditorer er i fare. I tillegg vil det kunne være et tegn på at det er likegyldig hvem midlene tilhører, og at morselskapet ikke respekterer datterselskapet som et uavhengig rettssubjekt. I så fall vil hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2 første ledd svekkes, og forklarer dermed hvorfor momentet har relevans ved sammenblanding av midler.

Selv om felles utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse mellom selskapene, ikke nødvendigvis er ensbetydende med at det har skjedd en sammenblanding mellom mor- og datterselskap, vil det altså kunne tillegges vekt ved en større helhetsvurdering, der inntrykket er at morselskapet har sammenblandet egne midler med datterselskapet for å tappe sistnevnte for midler og eiendeler.

6.2.3.4 Felles arbeidspersonell i datterselskap og morselskap

At arbeidstakere flyttes rundt på i konsernet, vil være en virksomhetssammenblanding. Momentet ser ut til å kunne være et relevant sammenblandingmoment i norsk rett, jf. Rt. 1999 s. 353 "HTS". I avgjørelsen ble det vektlagt at det svenske søsterselskapet sin daglige leder ble lønnet av det norske selskapet, i stor grad arbeidet for det andre selskapet.

Imidlertid vil ikke det å plassere samme arbeidspersonell i de ulike selskapene i konsernet være ensbetydende med at det er skjedd en sammenblanding. Der mor- og datterselskap kan ha felles produksjonsressurser vil dette kunne føre til reduserte kostnader og effektiv ressursutnyttelse. At arbeidstakere flyttes rundt på forskjellige selskaper innenfor konsernet, kan derfor være saklig begrunnet, og må ikke nødvendigvis tyde på at morselskapet ønsker å skjule seg bak ansvarsbegrensningen i datterselskapet. Rt. 1996 s. 742 "Minnor" kan trekke i denne retning:

"Eierselskapenes støtte til Minnor, [...] gjennom å la Minnor bruke selskapenes ansatte i visse sammenhenger, kan ikke gi grunnlag for å hevde at det har foregått noen utilbørlig sammenblanding av midler eller interesser som skulle kunne begrunne at det kan ses bort fra aksjeselskapsformen".

Imidlertid åpner Høyesterett for at saken kunne ha stilt seg annerledes, dersom Minnor i stor grad hadde benyttet seg av andre ansatte, jf. uttalelsen om "i visse sammenhenger". Der de ansatte er i kontrakt hos datterselskapet, men i utstrakt grad arbeider for morselskapet, vil dette kunne være en form for "maskert utbytte" ved at morselskapet tapper datterselskapet for midler. En slik adferd vil medføre at dekningsmulighetene til kreditorene er i fare, og vil

²⁹⁰ Se s. 757.

dermed være i strid med hensynene bak asl./asal. § 1-2. Videre vil det kunne være en indikasjon på at datterselskapet ikke er et selvstendig rettssubjekt slik som aksjelovgivningen forutsetter, og forklarer derfor hvorfor momentet har relevans ved regelen om ansvarsgjennombrudd.

6.2.4 Sammenblanding i fransk rett

Når det gjelder sammenblanding mellom mor- og datterselskap i fransk rett, er høyesterettsavgjørelsen "Metaleurop" fra 2005 illustrerende. I saken hadde datterselskapet "SAS Metaleurop Nord" påtatt seg en omfattende gjeldsforpliktelse som følge av at selskapet hadde utsatt nærmiljøet for forurensningsskader.²⁹¹ Inntrykket i saken var at morselskapet Metaleurop SA gjemte seg bak datterselskapet for å unngå prinsippet om at "forurenseren betaler".²⁹²

Før saken kom opp for Cour de cassation, hadde Cour d'appel i Douai (tilsvarende lagmannsretten i norsk rett) kommet frem til at det forelå en sammenblanding av midler mellom morselskap og datterselskap.²⁹³ Underretten la blant annet lagt vekt på at soliditeten i datterselskapet var avhengig av den finansielle kapasiteten til morselskapet. Videre ble det vektlagt at datterselskapet var avhengig av morselskapet sine betalinger og vilje til å innvilge, eller avslå ytterligere kreditt. Videre vektla lagmannsretten at enkelte av de ansatte i datterselskapet arbeidet med tekniske funksjoner i alle produksjonsenhetene i konsernet. Det ble derfor argumentert for at dette var en form for indirekte støtte, ved at lønnet arbeid var fordelaktig for morselskapet. Videre, og dette var det argumentet som synes å bli tillagt størst vekt av Cour d'appel i Douai, var at kontantbeholdninger i datterselskapet ble overtatt av morselskapet, men at morselskapet aldri betalt disse tilbake. Dette på tross av at fristen for tilbakebetaling hadde gått ut. Underretten viste til at i utgangspunktet kan det tillates at et datterselskap gir morselskapet kreditt, eller at gjelden til morselskapet slettes. Imidlertid må en slik enveisbegunstigelse mellom selskapene ha en forretningsmessig begrunnelse.²⁹⁴ Dette kommer av at mangel på krav fra datterselskapet kan tyde på at er likegyldig hvem eiendelene eller midlene tilhører, og at selskapene derfor utgjør en enhet.²⁹⁵

Da saken kom opp for Cour de cassation (tilsvarende Høyesterett i norsk rett), introduserte retten to kriterier ved vurderingen av om det er skjedd en sammenblanding. Det første kriteriet er at selskapenes eiendeler og gjeld er blandet på en slik måte at det ikke lenger er mulig å peke ut hvilket selskap som er den rette eier.²⁹⁶ Det andre kriteriet er at det foreligger et unormalt økonomisk forhold mellom de involverte selskaper.²⁹⁷ I avgjørelsen ble det uttalt at vilkårene ikke nødvendigvis var kumulative, men at de ofte kumuleres ved denne vurderingen.²⁹⁸ Cour de cassation kom imidlertid frem til at ingen av disse kriteriene forelå, og landet dermed på motsatt resultat av Cour d'appel i Douai. Saken ble sendt tilbake til Cour d'appel i Paris som deretter konstaterte at morselskapet og datterselskapet hadde holdt bokføring og regnskap adskilt, i tillegg til at det heller ikke kunne påvises at morselskapet systematisk hadde forsøkt å forhindre datterselskapets uavhengighet.²⁹⁹ Selv om en rekke omstendigheter tilsa at man skulle behandle morselskap og datterselskap som enhet, kom altså retten frem til at terskelen for sammenblanding ikke var oppfylt.

²⁹¹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 avril 2005, pourvoi n° 05-10094, publisert i JCP 2005, II, 10088 ; JCP E 2005, I, 721, side 796. Den er også gjengitt i sin helhet i Revue des sociétés 2006, s. 897 (med kommentarer av Marotte og Robine). Videre kan dommen finnes i sin helhet på Cour de cassation sin hjemmesider; http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/financi_re_574/arr_ts_575/arr_ecirc_866.html

²⁹² Robine/Marotte, avsnitt 4.

²⁹³ CA Douai 16 déc. 2004, publisert i D. 2005, p. 216 ; RJDA mai 2005, n° 587.

²⁹⁴ Robine/Marotte, avsnitt 11.

²⁹⁵ Robine/Marotte, avsnitt 11.

²⁹⁶ Se Robine/Marotte, avsnitt 8; " les éléments d'actif et les éléments de passif sont mélangés de telle façon qu'on ne peut les rattacher à l'un ou l'autre des patrimoines"

²⁹⁷ Se begrepsbruken i avgjørelsen, jf. "des relations financières anormales".

²⁹⁸ Robine/Marotte, avsnitt 8.

²⁹⁹ Vandekerckhove, s. 438-439.

Dommen er ikke et eksempel på ansvarsgjennombrudd i snever forstand. Dersom kriteriene for sammenblanding hadde vært oppfylt ("confusion de patrimoines"), ville rettsvirkningene ført til at morselskap og datterselskap ville blitt samme rettssubjekt overfor kreditorene i begge selskapene i en konkursbehandling.³⁰⁰ Den franske regelen har derfor andre bakenforliggende hensyn enn ansvarsgjennombruddsregelen, ettersom det er en konkursregel. På den annen side illustrerer avgjørelsen at en sammenblanding mellom selskapene kan medføre ansvar for morselskapet, der man ser vekk fra det formelle skillet mellom selskapene. Avgjørelsen kan derfor benyttes som støttemoment ved en sammenligning med norsk rett.

Dommen støtter opp om at relevante kriterier, i stor grad vil være momenter som utgjør virksomhetssammenblanding: (i) Felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap, (ii) utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse, (iii) felles arbeidstakere i de ulike selskapene, (iv) lån til morselskapet uten at dette betaler datterselskapet tilbake. Videre ser det også ut som at det i fransk rett oppstilles et krav til "forretningsmessig begrunnelse" der det er gitt kreditt til fordel for morselskapet, og der morselskapet ikke foretar en tilbakebetaling.

Videre illustrerer også den franske avgjørelsen den vanskelige grensedragningen man har ved sammenblanding i konserntilfeller. Lagmannsretten kom for eksempel til at kriteriene for sammenblanding var oppfylt, mens fransk høyesterett landet på motsatt resultat. Dette kommer av at sammenblandingen i flere konsernforhold kan være naturlig, og ikke nødvendigvis en utilbørlig opptreden. "Metaleurop" kan tas til inntekt for at der sammenblandingen er delvis, og hvor det er opprettholdt en viss grad av skille mellom mor- og datterselskap (for eksempel ved adskilt bokføring), skal det mye til før man opphever ansvarsbegrensningen og oppstiller et aksjonæransvar for morselskapet.

En lagmannsrettsavgjørelse fra Cour d'appel fra 1982, illustrerer hvor mye som skal til i fransk rett før sammenblandingen kan anses for å ha relevans i de tilfeller man opphever det formelle skillet mellom selskapene i et konsern.

I avgjørelsen hadde en selskapsgruppe på 43 selskap etterfulgt de samme kommersielle mål.³⁰¹ I disse selskapene satt de samme styremedlemmer i samtlige selskap. Videre var bokføringen av selskapene delvis sentralisert. I tillegg fungerte eiendelene til et av selskapene som sikkerhet for kreditt som ble ytet til de øvrige selskapene. Midler som ble hentet ved hjelp av kreditt av et selskap ble senere overført til andre selskap i gruppen. Det var derfor ikke mulig å skille mellom selskapenes eiendeler og midler. Selskapene ble derfor identifisert med hverandre, og ansett for å være en enhet. Det har imidlertid vært hevdet at resultatet ikke ville vært det samme, om regnskapene og bokføringen hadde vært foretatt både regelmessig og adskilt, dette på tross av at det forelå en særlig nærhet mellom de berørte selskapene.³⁰²

Resultatet i saken er imidlertid ikke aksjonæransvar, men at selskapsgruppen på 43 selskap ble identifisert med hverandre, og ansett for å være en enhet i konkursbehandlingen. Det er derfor ikke tale om ansvarsgjennombrudd i snever betydning, og rettsavgjørelsen har dermed begrenset verdi ved sammenligning av den norske regelen. Avgjørelsen illustrerer likevel at momenter der det er skjedd en virksomhetssammenblanding, vil ha vekt ved en slik vurdering. Retten la blant annet vekt på de samme momenter som fremgår i norsk rett: (i) Felles reell styring, (ii) felles

³⁰⁰ Det er rettsvirkningen av en sammenblanding ("confusion de patrimoines") etter fransk rett, jf. Vandekerckhove, s. 42.

³⁰¹ Paris, 14 juni 1982, publisert i Banque 1982, avsnitt 1142. Se nærmere om denne i Vandekerckhove, s. 438.

³⁰² Vandekerckhove, s. 438 hvor det uttales i sammenheng med avgjørelsen at "as long as the group members' books are regular and clearly kept separate, a close intermingling of affairs will not lead to identification."

regnskapsføring mellom selskapene, (iii) utstrakt bruk av lån og sikkerhetsstillelse til fordel for et annet selskap.

6.2.5 Oppsummering

Etter en gjennomgang av sammenblanding i norsk rett, ser det ut som de relevante momenter er at (i) midler og eiendeler er sammenblandet på en slik måte at det er vanskelig å skille mellom mor- og datterselskap (ii) det foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (iii) felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iv) det gis i utstrakt grad kreditt mellom mor- og datterselskap uten at tilbakebetaling kreves, (v) det skjer en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og datterselskap, (vi) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap.

Gjennomgangen viser også at de samme momentene i stor grad finnes i fransk rettspraksis der sammenblanding har skjedd mellom et mor- og datterselskap. Fransk rett underbygger derfor at disse momentene vil ha relevans ved en vurdering av om morselskapet har sammenblandet midler og eiendeler med datterselskapet. Videre kan fransk rett også benyttes som illustrasjon for å vise den vanskelige grensedragningen i konserntilfellene, der det kan være vanskelig å påvise at sammenblandingen er utilbørlig. I slike tilfeller blir momenter som er relevante ved virksomhetssammenblanding i stor grad benyttet.

6.3 ALTERNATIVE REGELSETT TIL SAMMENBLANDING

6.3.1 Kort om vekten av sammenblanding ved ansvarsgjennombrudd

For å finne frem til om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd, må man ta stilling til hvor stor grad av sammenblanding som må foreligge for at sammenblandingen kan tillegges vekt ved regelen. Der morselskapet sammenblander egne midler og eiendeler med datterselskapet, eller der det skjer en virksomhetssammenblanding, kan dette være utøvd i forskjellig grad. Grovt skissert kan en sammenblanding enten skje ved at morselskapet enten sporadisk eller tilfeldig sammenblander med datterselskapet, slik at sammenblandingen er delvis, eller den kan ha skjedd vedvarende og i et særlig omfang, slik at resultatet er en fullstendig og uoppløselig sammenblanding.

I et tilfelle hvor sammenblandingen er fullstendig og uoppløselig, vil det ikke være mulig å skille mellom inntektene, utgiftene og aktiva til morselskap og datterselskap.³⁰³ Dersom overføringene eller disposisjonene mellom morselskap og datterselskap til en viss grad kan identifiseres, på tross av sammenblandingen, vil det være tale om delvis sammenblanding.³⁰⁴

Når det gjelder hvilken vekt sammenblanding kan tillegges ved vurderingen, er dette blant annet styrt ut i fra hvilke andre regelsett som eksisterer og som verner om kreditorinteressen. Et argument som har gått igjen i både forarbeider og juridisk teori mot å oppstille en regel om ansvarsgjennombrudd, er at det finnes andre regelsett som ivaretar aksjonærene og kreditorene.³⁰⁵ Man må derfor ta hensyn til slike regelsett for å finne frem til om det er grunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd, og i hvor stor grad de nøytraliserer virkeområdet for en slik regel. Hvilken vekt sammenblandingen vil ha ved regelen om

³⁰³ Nåmdal, s. 317.

³⁰⁴ Nåmdal, s. 322.

³⁰⁵ I Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

ansvarsgjennombrudd, og vurderingen av om det er behov for en ansvarsgjennombruddsregel, vil derfor gli noe over i hverandre.

Det er ikke mulig å behandle alle grunnlag som kan utgjøre et alternativ for aksjonæransvar etter regelen om ansvarsgjennombrudd. Jeg vil her redegjøre for de regelsett som i størst grad er egnet til å motvirke sammenblanding mellom morselskapet og datterselskapet.

6.3.2 Reglene som skal motvirke tapping som alternativ til sammenblanding

Hensikten med å opprette et aksjeselskap er blant annet å ta ut gevinsten som er et resultat av aksjeselskapets aktiviteter. Den gevinst som er mulig å ta ut av aksjeselskapet, kalles for utbytte.³⁰⁶ Det er imidlertid ikke ubegrensede muligheter for morselskapet til å ta ut utbytte til seg selv. Det er en forutsetning for aksjeselskapsformen at aksjeselskapet har en formuesmasse, hvor aksjeselskapet sine kreditorer kan søke dekning.³⁰⁷ Reglene om utdelinger og utbytte balanserer dermed både hensynet til aksjonærer som ønsker å ta ut utbytte, og samtidig hensynet til kreditorene ved å sikre at disse fremdeles vil ha dekningsmuligheter i selskapet etter at aksjonærene har tatt ut utbytte.³⁰⁸

Utbyttebegrepet er definert i asl./asal. § 3-6 annet ledd som en ”utdeling som kommer aksjeeier indirekte eller direkte til gode”.³⁰⁹ Videre fremgår det av bestemmelsens annet punktum at verdien skal beregnes etter "virkelig verdi" på dagen for overføringen. En utdeling kan altså også skje i form av gjenstander, fordringer eller immaterielle rettigheter. I slike tilfeller er det den virkelige verdien av det som deles ut som er avgjørende, og ikke bokført verdi.³¹⁰ Også konsernbidrag fra datter- til morselskap omfattes av utbyttebegrepet, jf. asl./asal. § 8-5 annet ledd.

Ettersom det er den virkelige verdi som må legges til grunn, må det for eksempel ved et salg mellom morselskap og datterselskap av eiendom til overpris, eller kjøp til underpris, differansen til markedspris regnes som utbytte.³¹¹ Tilsvarende gjelder urimelig høy lønn eller pensjon, hvor differansen mellom faktisk utbetalt og rimelig lønn regnes som utbytte. Avtaler som er formet som forretningsavtaler mellom datterselskap og morselskap kan altså inneholde et utbytteelement.

Dersom utdelingen ikke faller innenfor vilkårene i disse bestemmelsene, vil utdelingen anses for å være ulovlig etter asl./asal. § 3-7 første ledd, og mottakeren er da forpliktet til å tilbakeføre det mottatte.³¹² For at morselskapet skal kunne sammenblende midler eller eiendeler med datterselskapet, må det foreta overføringer. Reglene om utbytte i asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6 setter dermed begrensninger for morselskapets muligheter til å foreta overføringer fra datterselskapet, og forhindrer derfor samtidig mulighetene for en sammenblanding mellom

³⁰⁶ Utbyttebegrepet i norsk rett er definert i asl./asal. §3-6 første og annet ledd

³⁰⁷ Nåmdal, s. 150

³⁰⁸ Andenæs (2006), s. 452.

³⁰⁹ For at utbytte skal tillates, må vilkårene være oppfylt i asl./asal. §§ 8-1 – 8-4. Det oppstilles en rekke absolutte begrensninger i asl./asl. § 8-1, første ledd til tredje ledd, mens det angis en relativ begrensning i bestemmelsens fjerde ledd jf. begrepene "Det kan ikke besluttes utdelt mer enn hva "forenlig med forsiktig og god forretningskikk".³⁰⁹ Bestemmelsene i §§ 8-1 til 8-4 gjelder tilsvarende for utdeling av konsernbidrag jf § 8-5 annet ledd, og gjelder dermed tilsvarende for et morselskap som ønsker å ta ut utbytte fra datterselskapet.

³¹⁰ NOU:1996:3 s. 102.

³¹¹ Asmundsson/Gustavsson, s. 249.

³¹² I asl./asal. § 3-7 annet ledd er det innført en medvirkningsregel til den som medvirker til en ulovlig utdeling. I følge forarbeidene er dette en ansvarsregel, men ikke en regel om erstatningsansvar.³¹² Regelen pålegger kun et ansvar for selskapets krav på tilbakeføring av det beløp som er ulovlig utdelt.

et morselskap og datterselskap. Ved å forhindre en slik sammenblanding, vil det også hindre at morselskapet tapper datterselskapet for midler.

Videre følger det av asl./asal. § 3-8 første ledd at en avtale mellom et datterselskap og et morselskap ikke gjelder for datterselskapet, uten at avtalen godkjennes av generalforsamlingen i datterselskapet.³¹³ Vilkåret er at selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over "en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen" jf. bestemmelsens første ledd. I asl./asal. §3-8 første ledd annet punktum listes det opp en rekke transaksjoner som i ethvert tilfelle vil være tillatt.

Asl./asal. § 3-8 bidrar derfor også til at det er vanskeligere for morselskapet å omgå utbytteregele i asl./asal. § 3-7, jf. § 3-6, og dermed til å motvirke at morselskapet utbetaler "skjult utbytte" fra datterselskapet til seg selv, ved å sammenblande egne midler med datterselskapets midler. Dette fremgår blant annet av forarbeidene:

”[Asl./asal. §3-8] vil etter utvalgets mening være en viktig side av selve sikringen av selskapskapitalen mot utilbørlige disposisjoner fra aksjeeiernes side som kan være til skade for de øvrige aksjeeierne eller kreditorene.”³¹⁴

Asl./asal. § 3-9 regulerer konserninterne transaksjoner.³¹⁵ Det fremgår av denne bestemmelsen at transaksjoner i et konsern skal grunnes på "vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper", jf. bestemmelsens første ledd. Asl./asal. § 3-9 bidrar er derfor også egnet til å motvirke sammenblanding mellom selskaper innenfor konsern, ettersom overføringene mellom selskapene, der de bærer preg av å være et "maskert utbytte", vil stride mot "vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper" etter asl./asal. § 3-9 første ledd. Regelen vil i slike tilfeller aktivere en tilbakebetalingsplikt.

Det kan dermed se ut som om reglene i asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6, 3-8 og 3-9 i stor grad forhindrer mulighetene for sammenblanding av midler og eiendeler mellom mor- og datterselskap.

Imidlertid må det være mulig å påvise konkrete overføringer mellom morselskap og datterselskap for å kunne påvise at det er foretatt en ulovlig utdeling etter reglene om utbytte i asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6. I praksis har det vist seg at det byr på store bevisvansker ved reglene i asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6, 3-8 og 3-9.³¹⁶ Særlig i sammenblandingstilfellene knytter det seg bevisvansker der sammenblandingen har vært så fullstendig og uoppløselig at det er praktisk umulig å skille mellom eiendelene og forpliktelsene til morselskap og datterselskap.³¹⁷ Videre kan det også være vanskelig å bevise hvilke konsekvenser bruddet på asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6, 3-8 og 3-9 har hatt for tapet som har oppstått på kreditorenes side i en situasjon der midlene mellom selskapene er fullstendig sammenblandet.

Det kan derfor se ut som reglene om tapping ikke er egnet til å motvirke en fullstendig sammenblanding av midler og eiendeler mellom mor- og datterselskap, i tillegg til den situasjonen der det foreligger en fullstendig sammenblanding av virksomheten ved at (ii) det foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (iii) det foreligger felles

³¹³ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

³¹⁴ NOU:1996:3 s. 149. Se også Andenæs 2006, s. 427.

³¹⁵ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 135 hvor det uttales at ”paragrafen innebærer en lovfesting av prinsipper for fordeling av rettigheter og plikter, inntekter og utgifter i konsernforhold.”

³¹⁶ Nåmdal, s. 335.

³¹⁷ Asmundsson/Gustavsson, s. 290.

regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iv) det er i utstrakt grad blitt gitt kreditt mellom mor- og datterselskap, uten at det har blitt fremmet krav om tilbakebetaling, (v) det skjer en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og datterselskap, (vi) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap.

Imidlertid fremgår det av asl./asal. § 3-9 annet ledd at "kostnader, tap, inntekter og gevinster som ikke kan henføres til noe bestemt konsernselskap, skal fordeles mellom konsernselskapene slik god forretningsskikk tilsier". Bestemmelsen ordlyd kan tale for at man ikke må skille mellom midler og eiendeler i et konsern for å fordele midlene mellom selskapene, og at den dermed er egnet til å bøte på bevisvanskene ved en fullstendig og uoppløselig sammenblanding, ettersom bestemmelsen angir en skjønnsmessig fordeling til fordel for kreditorene. Av forarbeidene fremgår det også at bestemmelsen er ment å forhindre en sammenblanding mellom selskaper innenfor et konsern:

"Felles konsernadministrasjon medfører fare for en sammenblanding av de enkelte konsernselskapers eiendeler, rettigheter og forpliktelser."³¹⁸

På den annen gis det også i forarbeidene klart uttrykk for at midlene må holdes atskilt fra hverandre, og at midlene må kunne identifiseres for at bestemmelsen kan komme til anvendelse:

"Annet ledd bygger på en forutsetning om at konsernselskapers midler holdes atskilt fra hverandre og kan identifiseres. Dette er bl.a av den største betydning ved en konkursbehandling. Krav om atskillelse ligger både på det faktiske og regnskapsmessige plan. Det må føres særskilte regnskaper for hvert enkelte konsernselskap som viser tilordningen av eiendeler og forpliktelser, inntekter og utgifter til de enkelte selskaper innen konsernet."³¹⁹

Det ser derfor ut som asl./asal. § 3-9 heller ikke er særlig egnet til å motvirke sammenblanding mellom konsernselskaper i der sammenblandingen har skjedd i en slik grad at det er umulig å skille mellom "eiendeler og forpliktelser, inntekter og utgifter til de enkelte selskaper innen konsernet" (jf. forarbeidsuttalelsen ovenfor).

Reglene i asl./asal. §§ 3-7 jf. 3-6, 3-8, 3-9 tar heller ikke hensyn til at brudd på reglene om vern av selskapskapitalen, samtidig også er en grov overtredelse av en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen. Der sammenblandingen er fullstendig og uoppløselig, vil den ha lagt til rette for skjult tapping av datterselskapet. Slik tapping vil utgjøre et massivt brudd på reglene som skal verne kreditorene. Ved brudd på slike regler vil det også være behov for en kraftig reaksjon. Morselskapet kan for eksempel tenkes å blande egne midler med datterselskapet i viten om at sanksjonen kun vil være en tilbakeføring til datterselskapet.

Der et morselskap viser total respektløshet overfor selskapsformen til datterselskapet, vil en tilbakebetaling av "maskert utbytte", anses for å være en altfor mild reaksjon. Prevensjonshensyn tilsier derfor at det er behov for en regel om ansvarsgjennombrudd ved siden av asl./asal. §§ 3-7 jf. 3-6, 3-8 og 3-9.

Når reglene som tar sikte på å verne kapitalen i aksjeselskapet ikke er egnet til å motvirke eller sanksjonere en fullstendig og uoppløselig sammenblanding mellom mor- og datterselskap, vil reglene heller ikke nøytralisere behovet for en ansvarsgjennombruddsregel. Dette ser også ut til å fremgå av forarbeidene til asl./asal. § 3-9:

³¹⁸ NOU:1996:3 s. 193

³¹⁹ NOU:1996:3 s. 193.

"[asl./asal. § 3-9] som utvalget foreslår om transaksjoner i konsernforhold, tar ikke sikte på å endre reglene om ansvar i konsernforhold, herunder prinsippene om ansvarsgjennombrudd".³²⁰

Uttalelsen er meget kort, og lovgiver forklarer ikke hvorfor det bør være rom for en ansvarsgjennombruddsregel ved siden av reglene i asl./asal. § 3-9. Imidlertid gir lovgiver uttrykk for at ansvarsgjennombrudd kan eksistere ved siden av reglene om konserninterne transaksjoner, og uttalelsen kan dermed utgjøre et støttemoment for at asl./asal. § 3-9 ikke nøytraliserer behovet for en ansvarsgjennombruddsregel.

Imidlertid er reglene i asl./asal. §§ 3-7 jf. 3-6, 3-8 og 3-9 egnet til å motvirke en delvis sammenblanding. Ved en slik sammenblanding vil det ikke knytte seg de samme utfordringer som ved fullstendig sammenblanding, ettersom det kan være mulig å identifisere de ulike disposisjonene som er foretatt mellom selskapene. Ved delvis sammenblanding vil heller ikke morselskapet i stor grad utsette kreditorenes dekningsmuligheter for en økonomisk tapsrisiko. Det skal derfor mer til for å karakterisere en slik opptreden som utilbørlig.

Ved en omfattende og vedvarende sammenblanding vil imidlertid morselskapet i stor grad utsette kreditorenes dekningsmuligheter for en økonomisk tapsrisiko, og dermed også bryte en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen. Dette taler for at det først og fremst er den fullstendige og uoppløselige sammenblandingen, som vil kunne tillegges vekt etter ansvarsgjennombruddsregelen.

6.3.3 Erstatningsregler som alternativ til sammenblanding

6.3.3.1 Alminnelige erstatningsregler som alternativ til sammenblanding

Det vises her til fremstillingen i punkt 5.3.3 om erstatningsregler ved underkapitalisering. Redegjørelsen som er foretatt der, vil i stor grad gjøre seg gjeldende ved momentet sammenblanding. Imidlertid er det noen viktige nyanser som må fremheves.

Et morselskap som i utilbørlig grad sammenblander egne midler med datterselskapet, slik at det er vanskelig å skille mellom formuesmassene til selskapene, vil typisk være en aksjonæropptreden som er egnet til å falle innunder culpanormen.³²¹ Dette kommer av at en sammenblanding enten er utøvd for å tappe, eller legge til rette for en tapping av datterselskapet på en skjult måte.

Ved uoppløselig og fullstendig sammenblanding vil det imidlertid være vanskelig å påvise konkrete disposisjoner som er foretatt, og det vil derfor også være vanskeligere å knytte ansvar til adferden eller handlingene bak disse. Dersom det foreligger en fullstendig virksomhetssammenblanding, der (i) det foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (ii) det foreligger felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iii) det er i utstrakt grad blitt gitt kreditt mellom mor- og datterselskap uten at tilbakebetaling kreves for dette, (iv) det er skjedd en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og

³²⁰ NOU 1996:3 s. 87

³²¹ Se Asmundsson/Gustavsson, s. 292 som uttaler at "Sammenblanding kan [...] lede til et utvidet aksjonæransvar, men forholdet mellom de tradisjonelle grunnlag og en eventuell lære om ansvarsgjennombrudd er i disse tilfellene uklar. Vi mener at de tilfeller av sammenblanding som vi har behandlet, bør ses som et utvidet aksjonæransvar som ikke omfattes av det som kan betegnes som ansvarsgjennombrudd.

datterselskap, (v) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap, vil det ytterligere forverre mulighetene til å knytte ansvar til adferden bak denne sammenblandingen.

Hvilken virkning sammenblandingen har hatt for tapet som er oppstått på kreditorenes side vil også være vanskelig å påvise i et slikt tilfelle. Erstatningsregler vil derfor ikke være egnet til å motvirke eller sanksjonere en utilbørlig aksjonæropptreden fra morselskapets side.

Ansvarsgjennombruddsregelen er objektiv, og det er derfor tilstrekkelig å påvise at det er foretatt en sammenblanding mellom datterselskapet og morselskapet, og at morselskapet har utøvd en dominerende rådighetsutøvelse. Dette gjør at regelen i sammenblandingstilfellene vil kunne utgjøre et fleksibelt verktøy ved siden av erstatningsreglene, og at det bør være rom for en regel om ansvarsgjennombrudd.

Som nevnt ovenfor i punkt 5.3.3.1, vil erstatningskrav etter asl./asal. § 17-1 i de fleste tilfeller reserveres for der det foreligger grov aksjonæropptreden. Ettersom en delvis sammenblanding ikke i like stor grad vil gå utover dekningsmulighetene til kreditorene, skal det også mer til for at en slik morselskapsopptreden vil kunne sanksjoneres etter reglene om erstatning. Terskelen for hva som kan sanksjoneres etter regelen om ansvarsgjennombrudd bør ikke settes lavere enn erstatningsrettslige regler. Dette taler for at det først og fremst er den fullstendige og uoppløselige sammenblandingen som vil ha vekt ved regelen om ansvarsgjennombrudd.

6.3.3.2 Regler om erstatningsrettslig identifikasjon som alternativ til sammenblanding

Når det i stor grad skjer en sammenblanding mellom mor- og datterselskap, vil datterselskapet bli identifisert med morselskapet. Dette kan føre til at selskapene blir ansett for å være ett rettssubjekt eller en enhet overfor et bestemt krav. Et regelsett som har slike virkninger er reglene om erstatningsrettslig identifikasjon.³²² Etter reglene om identifikasjon behøves det ikke å påvise konkrete overføringer mellom mor- og datterselskap. Det vil være tilstrekkelig at selskapene fremstår som en enhet, noe som ofte vil være tilfellet etter en fullstendig og uoppløselig sammenblanding. En identifikasjonsregel mellom mor- og datterselskap, vil derfor kunne nøytralisere noe av behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd. I forarbeidene ble identifikasjonsansvar diskutert som mulig alternativ til medvirkning i asl./asal. § 17-1 annet ledd. I denne diskusjonen ble konserntilfellene nevnt som et tilfelle der identifikasjon kunne fremstå som praktisk virkemiddel:

"En regel om identifikasjonsansvar for arbeidstakere og oppdragsgivere i konsernforhold kan være egnet rent regelteknisk [...] [S]om begrunnelse for [identifikasjon, legges det] vekt på synspunktet om økonomisk sammenheng mellom virksomhetene. Når dette ikke er brukt som avgrensningskriterium i bestemmelsen, skyldes det at et slikt kriterium vil være vanskelig å praktisere. Å knytte en regel om identifikasjonsansvar til konsernforhold har dermed en regelteknisk begrunnelse. Departementet legger til grunn at det uansett er den økonomiske sammenheng mellom virksomhetene som man gjerne finner i konserner, som utgjør den særlige interessen som kan begrunne en regel om identifikasjon mellom styremedlemmet eller den daglige lederen og morselskapet."³²³

³²² Nåmdal, s. 319. Se for øvrig Fjørtoft, s. 314 som etter en gjennomgang av Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" og Rt. 1996 s. 742 "Minnor", konkluderer med at det etter norsk rett ikke eksisterer en regel om aksjeselskapsrettslig identifikasjon. Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 117: "Begrepet identifikasjonsansvar brukes gjerne om situasjoner der arbeidsforhold, annen tilknytning eller andre omstendigheter danner grunnlag for solidaransvar mellom den som forvolder skaden, og den som står bak skadevolderen, uten at sistnevnte anses å ha medvirket til det ansvarsbetingende forholdet".

³²³ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 123.

Videre er det i juridisk teori blitt argument for at reglene om identifikasjon vil utgjøre et egnet verktøy for å sanksjonere sammenblanding mellom morselskap og datterselskap, og at slike regler vil være fordelaktige fremfor en regel om ansvarsgjennombrudd.

Asmundsson og Gustavsson argumenterer for at sammenblanding bør som et utvidet aksjonæransvar ikke omfattes av det som kan betegnes som ansvarsgjennombrudd. De viser til Gomard fra dansk rett, som blant annet fremhever at sammenblanding kan lede til et utvidet aksjonæransvar uavhengig av regler om gjennomskjæring. I deres artikkel fremgår det at "et praktisk fellesskap mellom aksjonær og selskap kan øke effektiviteten og spare omkostninger. Slike fellesskap vil ikke bli rammet av et felles ansvar. Annerledes er situasjonen hvor det ikke kan konstateres hva som tilhører selskapets formue på grunnlag av regnskaper, merking eller på annen måte fordi selskapets formue er blandet sammen med andre selskapers eller personers formuer. Av nødvendighetsgrunner må alle kreditorer i slike tilfeller kunne få dekning i de samlede formuer. Etter vår oppfatning kan de samme synspunkter anføres for norsk rett".³²⁴

Ved å anvende identifikasjonsregler, vil man unngå bevisvanskene som oppstår når det foreligger en fullstendig formuessammenblanding mellom mor- og datterselskap, og en virksomhetssammenblanding ytterligere forverrer denne vurderingen ved at det (i) foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (ii) det foreligger felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iii) det er i utstrakt grad blitt gitt kreditt mellom mor- og datterselskap uten at tilbakebetaling kreves for dette, (iv) det er skjedd en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og datterselskap, (v) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap.

Imidlertid har identifikasjonsreglene enkelte av de samme svakhetene som regelen om ansvarsgjennombrudd. Deler av kritikken som er rettet mot ansvarsgjennombrudd, er at virkeområdet for regelen er uklar, og at den i stor grad er knyttet til skjønnsmessige og usikre kriterier.³²⁵ Den samme argumentasjonen gjør seg imidlertid gjeldende overfor identifikasjonsreglene. I tillegg til at identifikasjonsreglene ikke er klarlagt i norsk rett, er de også langt på vei bøyelige og lite forutsigbare.³²⁶ Forskjellen mellom regelsettene er at de erstatningsrettslige reglene om identifikasjon, til en viss grad, er blitt nedfelt i lov. Både arbeidsgiversansvaret i skl. § 2-1 første ledd og kontraktshjelperansvaret i kjl. § 27 annet ledd er utslag av identifikasjonsregler.³²⁷ Identifikasjonsreglene er derfor noe lovgiver har tatt stilling til, i motsetning til regelen om ansvarsgjennombrudd. Dersom man benytter erstatningsrettslig identifikasjon fremfor ansvarsgjennombrudd, vil man derfor, til en viss grad, legge vekt på å unngå at ansvaret som følger av annen lovgivning, mister sin realitet.³²⁸

Imidlertid markerer heller ikke reglene om identifikasjon, at en utilbørlig morselskapsopptreden samtidig er et brudd på hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2. Når valget står mellom to regelsett, der både virkeområdet for reglene og innholdet i reglene ikke er helt klarlagt, bør regelsettet som er ment å verne hensynene bak ansvarsbegrensningen gå foran det andre.

Et annet poeng i denne sammenheng, er at de erstatningsrettslige vilkår må være tilstede ved identifikasjon. Der sammenblandingen er fullstendig og uoppløselig, vil det også by på bevisvansker og utfordringer ved reglene om identifikasjon. Reglene om identifikasjon vil

³²⁴ Asmundsson/Gustavsson, s. 293.

³²⁵ Det er en slik kritikk som er blitt rettet mot å lovfeste en ansvarsgjennombruddsregel, jf. NOU:1992:29 s. 44-45.

³²⁶ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 117-118..

³²⁷ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 117..

³²⁸ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

derfor heller ikke nøytralisere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd. At det først og fremst er den fullstendige og uoppløselige sammenblandingen, som identifikasjonsreglene vil være lite egnet til å motvirke, taler for at det er en slik grad av sammenblanding som vil ha særlig vekt ved ansvarsgjennombruddsregelen.

6.3.4 Omstøtelsesreglene som alternativ til ansvarsgjennombrudd

Dekningsloven kapittel 5 gir en samlet regulering av omstøtelsesreglene. Reglene gir muligheter for å skjære gjennom kreditorskadelige disposisjoner som datterselskapet har foretatt til fordel for morselskapet, og kan dermed kreve at disse blir tilbakeført boet.³²⁹

Omstøtelsesreglenes hovedformål er å omfatte disposisjoner som etter sitt innhold antas å være illojale overfor kreditorene, og dermed motvirke at boet tømmes for aktiva forut for den formelle boåpning.³³⁰ Etter dekl. § 5-2 kan eksempelvis gaver som er gitt fra datterselskapet til morselskapet omstøtes. Videre kan ekstraordinære betalinger mellom datterselskap og morselskap omstøtes etter dekl. § 5-5. Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld kan omstøtes etter dekl. § 5-7, mens utilbørlige disposisjoner mellom datterselskap og morselskap kan omstøtes etter den objektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9.

Omstøtelsesreglene medvirker dermed til at morselskapet ikke kan tømme aksjeselskapet for midler forut for en konkursåpning ved å sammenblande egne midler med datterselskapets midler. Omstøtelsesreglene nøytraliserer dermed også noe av behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd, særlig der det i utstrakt grad er gitt kreditt fra datterselskapet til morselskapet, uten at det stilles krav om tilbakebetaling, jf. dekl. § 5-5, og der det skjer en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse for hverandres gjeld, jf. dekl. § 5-7). Den objektive regelen i dekl. § 5-9 er også egnet til å omfatte en restkategori av ulike overføringer og disposisjoner mellom mor- og datterselskap, der disse bærer preg av å skade kreditorene i datterselskapet på en utilbørlig måte.

Imidlertid vil omstøtelsesreglene heller ikke være effektive der sammenblandingen av midler mellom mor- og datterselskap er fullstendig og uoppløselig, være vanskelig å påvise disposisjoner etter dekl. kapittel 5. Særlig gjelder dette der virksomhetssammenblandingen er total ved at (i) det foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (ii) det foreligger felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iii) det er i utstrakt grad blitt gitt kreditt mellom mor- og datterselskap uten at tilbakebetaling kreves for dette, (iv) det er skjedd en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og datterselskap, (v) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap. I slike tilfeller vil det være svært vanskelig, om enn ikke umulig, å påvise omstøtelige overføringer eller andre former for disposisjoner mellom mor- og datterselskap.

Videre gjelder omstøtelsesreglene kun i konkurs.³³¹ Der det ikke er åpnet konkurs som følge av at det ikke er midler i boet, eller der kreditorene ikke har midler til konkursbehandling, er ikke omstøtelsesreglene tilfredsstillende som vern for kreditorene.³³² Selv om konkurs åpnes, er det også langt fra sikkert at kreditorene får dekket kravene sine. I praksis har det derfor vist seg at omstøtelsesreglene i svært liten grad har vært i stand til å sikre kreditorinteresser.³³³

³²⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157.

³³⁰ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157 og Andenæs Konkurs, s. 286

³³¹ Jfr. Deknl. §5-1 og Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 159

³³² Nåmdal, s. 150

³³³ Fjørtoft, s. 305, som igjen viser til NOU:1993:16.

Ineffektiviteten til reglene i dekningsloven kapittel 5, styrker derfor isolert sett behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd, og særlig gjelder dette når sammenblandingen har vært uoppløselig og fullstendig.

I tillegg tar heller ikke omstøtelsesreglene hensyn til at et brudd på reglene om vern av selskapskapitalen, samtidig også er en overtredelse av en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen. Dersom disposisjonen mellom datterselskapet og morselskapet faller innunder omstøtelsesreglene vil virkningene være at disposisjonen må tilbakebetales eller erstattes til boet jf. §§ 5-11 og 15-12, som regulerer virkningene av omstøtelse. Når morselskapet sammenblander egne midler med datterselskapet slik at sammenblandingen er uoppløselig og fullstendig, vil morselskapet samtidig svekke dekningsmulighetene til kreditorene. Dette vil være et massivt brudd på forutsetningene for selskapsformen og ansvarsbegrensningen som følger med denne. Det vil derfor også være behov for en kraftig reaksjon.

6.3.5 Tilordningssynspunkter som alternativ til sammenblanding

I konsernforhold er det ikke uvanlig at den sentrale ledelse i morselskapet handler på vegne av sine datterselskap i kontraktsforhold med tredjeparter, og at oppfyllelse av avtaler plasseres i datterselskap etter hva som er forretningsmessig hensiktsmessig. Dersom medkontrahenten har fått en berettiget forventning om at denne har inngått kontrakt med morselskapet, og ikke med datterselskapet, vil morselskapet etter tilordningssynspunkter kunne hefte på vegne av datterselskapet.³³⁴ Vurderingen vil i så fall være om det for kreditor, var morselskapet som fremstod som den egentlige debitor for den enkelte forpliktelse. Ved vurderingen av hvem som har oppfordring til å få klarlagt partsforholdet, må utgangspunktet være at plikten påhviler den som opptrer.³³⁵

I de tilfeller hvor morselskapet (i) sammenblander egne midler med datterselskapet, slik at det er sammenblandingen er fullstendig, slik at det er umulig å skille mellom formuesmassene til selskapene, og der det også foreligger en fullstendig virksomhetssammenblanding hvor (ii) det foreligger en felles reell styring mellom mor- og datterselskap (iii) det foreligger felles regnskapsføring mellom mor- og datterselskap (iv) det er i utstrakt grad blitt gitt kreditt mellom mor- og datterselskap uten at tilbakebetaling kreves for dette, (v) det er skjedd en utstrakt bruk av sikkerhetsstillelse mellom mor- og datterselskap, (vi) de samme arbeidstakere er plassert i både mor- og datterselskap, vil dette kunne behandles etter tilordningssynspunkter. Dette kommer av en slik virksomhetssammenblanding kan ha gitt kreditor en berettiget forventning om at denne inngikk kontrakt med morselskapet, og ikke med datterselskapet.

I følge lovgiver vil slike tilordningssynspunkter kunne utgjøre et effektivt middel ved siden av en regel om ansvarsgjennombrudd:

"I praksis kan ofte forskjellige tilordningssynspunkter føre til samme resultat som ansvarsgjennombrudd".³³⁶

³³⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 99.

³³⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 99.

³³⁶ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

Rt. 1999 s. 353 "HTS" som er behandlet nærmere ovenfor, er også et eksempel på dette. I denne saken kom Høyesterett frem til at det for kreditor fremstod slik at søsterselskapet var den egentlige debitor for den enkelte forpliktelse.

Imidlertid er også tilordningssynspunkter, i likhet med ansvarsgjennombruddsregelen, et område som ikke er klarlagt i norsk rett.³³⁷ Kritikken mot det uklare anvendelsesområdet som følger med ansvarsgjennombruddsregelen, kan derfor også gjøres gjeldende overfor tilordningssynspunkter. Videre tar heller ikke tilordningssynspunkter hensyn til at en utilbørlig morselskapsopptreden, også er et brudd på hensynene bak ansvarsbegrensningen i asl./asal. § 1-2 første ledd.

I tillegg kan regelen om ansvarsgjennombrudd, se ut til å være praktisk der kreditor er ufrivillig. Tilordningssynspunktene i konsernforhold bygger på at den frivillige kreditor har fått en berettiget forventning om at denne har inngått kontrakt med morselskapet. Dette vil ikke være tilfelle ved den ufrivillige kreditor. Denne har som nevnt i punkt 2.4, fått et krav mot datterselskapet uten at dette var hensikten. Tilordningssynspunkter vil derfor heller ikke nøytralisere behovet for en ansvarsgjennombruddsregel, der hvor det er skjedd en fullstendig sammenblanding mellom mor- og datterselskap.

6.3.6 Oppsummering av alternative regelsett til sammenblanding

Gjennomgangen viser at de alternative regelsett verken enkeltvis, eller samlet, nøytraliserer behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd der det er skjedd en fullstendig sammenblanding mellom mor- og datterselskap. Dette er begrunnet ut i fra at den fullstendige sammenblandingen mellom mor- og datterselskap, særlig der den er skjedd ved formuessammenblanding og virksomhetssammenblanding, medfører at det er svært vanskelig å vise til de konkrete disposisjonene og overføringene som er foretatt mellom selskapene, og at det som følge av dette er vanskelig å bevise at det er skjedd en sammenblanding. En regel om ansvarsgjennombrudd vil bøte på disse utfordringene, særlig der sammenblandingen er fullstendig.

6.4 KAN SAMMENBLANDING UTGJØRE ET SELVSTENDIG GRUNNLAG?

Dersom man oppstiller en regel om ansvarsgjennombrudd på ulovfestet grunnlag, der sammenblanding er skjedd mellom mor- og datterselskap, vil man samtidig bryte med det klare utgangspunktet i asl./asal. § 1-2 om at et aksjeselskap har begrenset ansvar. Regelen bør derfor forbeholdes særlige unntakstilfeller der hensynene bak ansvarsbegrensningen står svakt.³³⁸

Spørsmålet er om sammenblandingen mellom et mor- og datterselskap er et slikt særlig unntakstilfelle, og om ansvarsgjennombrudd kan oppstilles der underkapitalisering utgjør et selvstendig grunnlag. Lovgivers uttalelse om ansvarsgjennombrudd kan tyde på at sammenblanding er et unntakstilfelle, som kan utgjøre et selvstendig grunnlag for å oppstille en den ulovfestede regelen:

³³⁷ Ot.prp.nr.23 (2005-2006) s. 125: "Departementet mener fortsatt at spørsmål om [...] tilordningssynspunkter inntil videre best løses i praksis".

³³⁸ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 117.

"[O]m det [...] ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets, eller om aksjeeieren har godtatt at selskapet driver uten tilstrekkelig kapital, kan synspunktet ansvarsgjennombrudd tenkes å føre frem."³³⁹

Høyesterett gir i Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken" uttrykk for at sammenblanding er særlig relevant ved ansvarsgjennombrudd, ved å oppstille det som to av de overordnede momenter:

"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 opprett holde 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."³⁴⁰

Kildene kan derfor tas til inntekt for at en regel om ansvarsgjennombrudd kan oppstilles der sammenblanding mellom mor- og datterselskap utgjør det selvstendige rettsgrunnlaget.

Analysen som er foretatt i kapittel 6, tyder nettopp på at det er rom for å oppstille en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i et tilfelle hvor det foreligger en sammenblanding mellom datterselskapet og morselskapet. I motsetning til underkapitalisering, kan det se ut som de alternative regelsett ikke er egnet til å nøytralisere behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd, der det foreligger en fullstendig sammenblanding mellom mor- og datterselskap. Dette kommer av en fullstendig og uoppløselig sammenblanding i en rekke tilfeller er umulig å bevise. Særlig gjelder dette ved større og sammensveisede konsern, der det kan være en rekke overføringer mellom konsernselskapene daglig.

Der sammenblandingen er fullstendig, bør det derfor kunne oppstilles en regel på selvstendig grunnlag. I en slik situasjon vil hensynene bak ansvarsbegrensningen stå svakere, ettersom datterselskapet ikke vil utgjøre en (i) selvstendig juridisk person, i tillegg til at det vil bli lagt til rette for (ii) tapping av datterselskapet.

En ansvarsgjennombruddsregel om sammenblanding, slik den er blitt oppstilt i kapittel 5, vil neppe gå utover den generelle investeringslysten, men utelukkende ramme morselskaper som ønsker å misbruke aksjeselskapsformen. Det er derfor tvilsomt om regelen vil gå utover investeringslysten til morselskap som ikke har uærlige hensikter med selskapsformen aksjeselskap.

I likhet med regelen om underkapitalisering, kan jeg ikke se store motforestillinger mot å anføre en regel om ansvarsgjennombrudd subsidiært ved siden av erstatningsregler, der hvor det er usikkert om vilkårene for erstatning er oppfylt.

³³⁹ Ot.prp.nr.23 (1996-97) s. 117.

³⁴⁰ Rt. 1996 s. 672 på s. 678-679

KAPITTEL 7: KONKLUSJON

Gjennomgangen bekrefter at ansvarsgjennombrudd oppstilles der alternative regelsett ikke er egnet til å sikre interessene til kreditorene i aksjeselskapet. Videre bekrefter også gjennomgangen at hensynene bak ansvarsbegrensningen utgjør de sentrale hensyn der spørsmålet er om en ansvarsgjennombruddsregel skal oppstilles. Der aksjonæren handler på bestemte måter, og da helst ved en utilbørlig opptreden, ser regelen ut til å ha et klart anvendelsesområde. Gjennomgangen av både underkapitalisering og sammenblanding bekrefter nettopp dette - Ved å påvise konkrete momenter, i tillegg til å oppstille ulike scenario, var det mulig å komme frem til konkrete situasjoner der alternative regelsett ikke strekker til.

Gjennomgangen viser også ansvarsgjennombruddsregelen i stor grad er blitt influert av utenlandsk rett. De samme momenter og vurderingstemaer som er oppstilt etter den norske ansvarsgjennombruddsregelen, var mulig å identifisere i regler som i stor grad hadde likhetstrekk med den norske regelen. Fransk rett kunne derfor utgjøre støttemoment for å bekrefte hvilke momenter som vil kunne ha relevans ved en ansvarsgjennombruddsregel i norsk rett.

Etter en gjennomgang kan man stille seg spørsmålet – "Hva er gjeldende rett, er det mulig å utlede noe her?" Spørsmålet er ikke enkelt å besvare, ettersom de fleste av synspunktene som kommer til uttrykk i norske rettskilder, aldri tar klart stilling til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd eksisterer i norsk rett.

Det er imidlertid klart at den kan begrenses til særlige unntakstilfeller, der momentene ved vurderingen er mer eller mindre faste: (i), utilbørlighet (ii) morselskapets rådighetsutøvelse, (iii) tapping, (iv) underkapitalisering, og (v) sammenblanding.

Særlig ved sammenblanding kan det se ut som regelen kan ha et praktisk virkeområde, ettersom bevisvansker knyttet til de alternative regelsett, ikke er egnet til å sanksjonere eller motvirke en fullstendig sammenblanding. At det er vanskelig å påvise både (i) skyld og (ii) årsakssammenheng hos morselskapet som driver datterselskapet på en utilbørlig måte, bidrar til at regelen utgjør et fleksibelt verktøy ved siden av erstatningsreglene.

At temaet fremdeles er aktuelt, er ikke tvilsomt. Så sent som 22. mai 2012, kom spørsmålet om ansvarsgjennombrudd, nok en gang opp for retten (Hålogaland lagmannsretts dom). Også denne gangen unngikk retten å svare på spørsmålet om det eksisterer en slik regel. Dette viser klart at diskusjonen rundt regelen ikke er lagt død. Den viser at det fremdeles er et vakuum, der hensynet til kreditorene ikke er beskyttet på en tilfredsstillende måte fra deres ståsted, det å gå på morselskapet i den konkrete saken, var eneste måten kreditorene kunne få dekket sine krav.

En ting er klart. Lovgiver ønsker ikke å ta stilling regelen. I tillegg har også domstolene foreløpig avstått fra å "ta opp stafettpinnen". Imidlertid er det nok domstolene som før eller siden blir tvunget til å avklare dette spørsmålet en gang for alle - om en slik regel skal oppstilles eller ikke.

Etter mitt standpunkt, foreligger det et behov for å avklare spørsmålet rundt regelens eksistens. Jeg vil gå så langt som å hevde at en slik regel bør aksepteres i norsk rett. En regel

om ansvarsgjennombrudd, slik den er blitt oppsilt i fremstillingen, vil neppe gå utover den generelle investeringslysten. Dette kommer av at regelen er reservert for den utilbørlige aksjonæropptreden. Aksjonæren som tar en akseptert risiko, vil være langt unna fra å bli oppstilt et ansvar etter en slik ansvarsgjennombruddsregel.

Jeg kan ikke se at det bør være noen store motforestillinger til at den kan benyttes som et subsidiært grunnlag, i hvert fall der man er usikker på om vilkårene for erstatningsrett er oppfylt eller ikke.

LITTERATURLISTE

Norske forarbeider

NOU:1992:29

NOU:1996:3

NOU:1996:6

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

Ot.prp.nr.33 (1988-89)

Ot.prp.nr.36 (1993-94)

Ot.prp.nr.23 (1996-97)

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

Aksjelovkomiteen sin innstilling fra 1947

Innstilling til lov om aksjeselskap 1971

Innst.O.nr.80 (1996-1997)

Norsk rettspraksis

Rt. 1979 s. 81 "NBBL"

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1993 s. 20 "Sjødal"

Rt. 1994 s. 1584

Rt. 1996 s. 672 "Kongeparken"

Rt. 1996 s. 742 "Minnor"

Rt. 1999 s. 353 "HTS"

Frostatings lagmannsrettsavgjørelse 23. desember 2002 (LF-2002-197)

RG-2007-411

LH-2011-206280, Hålogaland lagmannsrett dom 5. mai 2012

Norsk litteratur

Aakvaag, Thorsen, Aarbakke, Knudsen, Lilleholt, Noen sentrale emner innen norsk konsernrett, Oslo 1994

Aarbakke m.fl., Aarbakke, Magnus/Skåre, Jan/Knudsen, Gudmund/Ofstad, Tone/Aarbakke, Asle, Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer, 2. utgave Oslo 2004

Aarum, Kristin Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994 Oslo

Andenæs, Mads Henry, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2. utgave, Oslo 2006

Andenæs, Mads Henry, Selskapsrett, Oslo 2007

Andenæs, Mads Henry, Konkurs 3. Utgave, Oslo 2010

Augdahl, Per, Rettskilder. Andre utgåve, Trondheim 1961

Asmundsson/Gustavsson, Steffen Asmundsson og Geir Gustavsson, Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd, JV 1995 s. 189-298

Boe, Erik, Innføring i juss, Oslo 2010

Brockner/Grapat, Ansvarsgjennombrudd, 1996

Brunsvig, Per, Hva er en aksjeeier? Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus, Oslo 1988 s. 67-84.

Bugge, Forurensningsansvaret, Oslo 1999

Bråthen, Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett,

Bråthen, Tore, Styremedlem og aksjonær 2. utgave, 2009 Oslo

Bråthen, Moderne forretningsjus II, Oslo 2010

Hagstrøm Obligasjonsrett, Viggo, Obligasjonsrett 2. utgave, 2011 Oslo

Hagstrøm tfr 1993, Viggo, Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett, Tidsskrift for rettsvitenskap 1993 s 250

Fjørtoft, Tore, Ansvarsgjennombrudd – eit spørsmål om selskapsrettslig identifikasjon?, JV 1997 s. 300-317.

Grønland, Karl-Anders, Aksjeeiers ansvar for selskapets forpliktelser – etter to dommer avsagt av Høyesterett 8. og 29. mai 1996, Tidsskrift for forretningsjus, s.101-110.

Knudsen 30. NJM Del II: Gudmund, 30. Nordiske juristmøte Del II s. 194-196

Krüger, Kai: Eieransvar i konsernforhold – Quo Vadis?, Juristkontakt nr. 3 1997 s. 4-11.

Lando: Lando, Indføring i komparativ ret, 2009

Lowzow/Reed: Aksjonæravtaler, Oslo 1993.

Matningsdal, Magnus: Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter, Jussens Venner 2008 s. 357.

Normann, Kristin: Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2), 2010. Publisert i festskrift til Mads Henry Andenæs, s. 232-252.

Nygaard, Nils: Rettsgrunnlag, Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgave, Bergen 2004

Nåmdal, Endre: Ansvarsgjennombrudd som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar

Perland, Olav: Styreansvar etter de nye aksjelovene, 1999 s. 132, Tidsskrift for forretningsjus 1999 s 125

Perland, Olav: Tilretteleggeransvar. Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner, doktorgrad, Bergen 2009

Røsæg: Garantier eller fattigmanns trøst? Oslo 1992

Vatne, Liv Cecilie Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 annet ledd, publisert i NTS 2010:1

Werlauff, Erik, Selskabsmasken, København 2011.

Woxholth, Geir, Selskapsrett 3. utgave, Oslo 2010

Fransk litteratur

David Robine og Julien Marotte, L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés, Note sous Cour de cassation (com.) 19 avril 2005, publisert i Revue des sociétés 2006 s. 897.

Bernard Grelon og Carole Dessus-Larrivé, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, publisert i Revue des sociétés 2006 s. 281.

Philippe Roussel Galle, Confusion de patrimoines, relations financières anormales, fraude. A propos de l'affaire AOM Air Libertém, Note sous Cour de cassation (com.) 10 janvier 2006, publisert i Revue des sociétés 2006 s. 629.

Didier Poracchia, Retour rapide sur la figure bien connue de la confusion des patrimoines Bulletin Joly Sociétés, 01 juillet 2011 n° 7, s. 586

Marc Sénéchal, Entreprise en difficulté, confusion de patrimoine et convention non autorisée, publisert i Bulletin Joly Sociétés, 01 septembre 2007 n° 9, s. 941

Fransk rettspraksis

CA Douai 16 déc. 2004, publisert i D. 2005, p. 216 ; RJDA mai 2005, n° 587 (Underrettens avgjørelse i "Metaleurop").

"Metaleurop", Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 avril 2005, pourvoi n° 05-10094, publisert i JCP 2005, II, 10088 ; JCP E 2005, I, 721, side 796. Den er også gjengitt i sin helhet i Revue des sociétés 2006, s. 897 (med kommentarer av Marotte og Robine). Videre kan dommen finnes i sin helhet på Cour de cassation sin hjemmesider;
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/financi_re_574/arr_ts_575/arr_ecirc_866.html

CA Paris, 14 juni 1982, publisert i Banque 1982, avsnitt 1142

Komparative fremstillinger

Andenæs/Wooldridge, Mads Andenæs og Frank Wooldridge, European Comparative Company Law, 2009

Kraakman, The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach, 2009

Loose/Griffiths/Impey, The company director 8th edition, 2000

Vandekerckhove, Karen, Piercing the corporate veil, 2007, Kluwer Law International, European Company Law Series Volume 2