

“Asl./Asal. § 3-7 Ulovlig utdeling fra aksjeselskap”



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 567

Leveringsfrist: 25. November 2011

Til sammen 15204 ord

21.11.2011

1.	<i>INNLEDNING</i>	3
1.1	Generelt	3
1.2	Forholdet til tidligere aksjelovgivning	3
1.3	Forholdet til tidligere rettspraksis	4
1.4	Forholdet til EØS-retten	4
1.5	Legislative hensyn.....	7
1.5.1	Innledning	7
1.5.2	Kreditor	7
1.5.3	Selskapet	7
1.5.4	Aksjonærer.....	8
1.5.5	Konkursbo.....	8
1.6	Rettslig grunnlag	8
1.7	Avgrensing	9
1.8	Oppgaven videre	9
2.	<i>ULOVLIG UTDELING</i>	10
2.1	Innledning.....	10
2.2	Utdeling.....	10
2.2.1	Når foreligger en overføring av verdier?	11
2.2.2	Hva ligger i kravet til sammenheng mellom aksjeeierens innehav av aksjen og selskapets overføring?	13
2.2.3	Når kommer overføringen aksjeeieren direkte eller indirekte til gode? ...	13
3.	<i>TILBAKEFØRINGSPLIKTEN</i>	14
3.1	Innledning.....	14
3.1.1	Hvem skal tilbakeføre?	15
3.1.2	Aktsom god tro	17
3.1.3	Hva er innholdet i tilbakeføringsplikten?	20
4.	<i>MEDVIRKERANSVARET</i>	21
4.1	Innledning.....	21
4.2	Hvem er omfattet av medvirkeransvaret?	21
4.3	Hvordan gjøres ansvaret gjeldende?	25
4.4	Aktsom god tro.....	27
4.5	Hva er innholdet i tilbakeføringsplikten?.....	29
4.6	Lemping etter skl. § 5-2	30
4.7	Forholdet mellom asl./asal.§ 3-7 annet ledd og medvirkeransvaret etter asl./asal.§ 17-1 annet ledd.....	33

5. FREMSETTELSE AV KRAV SOM GJELDER ULOVLIG UTDELING ETTER ASL./ASAL. § 3-7	38
5.1 Innledning.....	38
5.2 Styret	38
5.3 Kreditor	39
5.4 Den enkelte aksjonær	39
5.5 Aksjonærminoriteten.....	40
5.6 Konkursboet	40
6. BORTFALL AV KRAV SOM GJELDER ULOVLIG UTDELING ETTER ASL./ASAL. § 3-7	41
6.1 Innledning.....	41
6.2 Foreldelse	42
6.3 Bortfall ved beslutning av generalforsamling	45
6.4 Passivitet.....	46
6.5 Andre rettsmidler.....	47
7. Litteraturliste.....	48

1. INNLEDNING

1.1 Generelt

De fleste aksjeselskaper opprettes for å drive virksomheter som har til formål å skape et økonomisk utbytte for eierne. Man går eksempelvis som investor eller gründer inn i selskapet med kapital i håp om at denne kapitalen skal vokse, for så på et senere tidspunkt å kunne få utdelt utbytte på bakgrunn av den investerte kapital.

Hovedelementet i utbyttedefinisjonen er at det er tale om en overføring av verdier fra selskapet til aksjonæren. Typisk består denne overføringen i ordinært utbytte som deles årlig ut til aksjonærene¹. Overføringen kan være penger eller realverdier, men også det at selskapet påtar seg en gjeldsforpliktelse ovenfor aksjonæren eller at selskapet ettergir gjeld ovenfor aksjonæren kan anses som en overføring av verdier, mulighetene er mange. At selskapet oppnår en form for beskyttelse av selskapsmidlene er derfor viktig for at selskapet ikke skal bli tappet for verdier. Gjennom lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper 1997 § 3-7 har lovgiver satt skranker for hvor langt utbytteutdelingen skal kunne gå og videre gitt selskapet mulighet for å få tilbakeført urettmessige utdelinger.

1.2 Forholdet til tidligere aksjelovgivning

Opphavet til bestemmelsen i Lov av 13.juni 1997 nr.44 om aksjeselskaper (aksjeloven-heretter asl./aksjeloven) og Lov av 13.juni 1997 nr.45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven-heretter asal./aksjeloven) § 3-7 er å finne i aksjeloven av 1910 § 38. Bestemmelsen i 1910 loven ble videre fulgt opp i aksjeloven av 1957 § 108 tredje ledd. Både bestemmelsene fra 1910 loven og 1957 loven påla i utgangspunktet aksjeeier en ubetinget plikt til å tilbakeføre utbyttet i tilfeller hvor årsregnskapet ikke var blitt avgitt eller hvor beslutning om utdeling av utbytte ikke var vedtatt i generalforsamlingen. En aksjeeier som var i god tro hadde imidlertid ikke restitusjonsplikt hvor andre utbyttebestemmelser var overtrådt, da forutsatt at den formelle delen av utbytteutdelingen var overholdt.²

Etter aksjeloven av 1957 ble aksjelovgivningen satt under revisjon, hvor utfallet ble

¹ Andenes (2006) s.435

² Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt. 1.4

aksjeloven av 1976. I 1976 loven ønsket lovgiver å styrke godtrovernet for aksjeeieren, se asl. 1976 § 12-8 første ledd, annet punktum jf. NUT-1970-1. Innstilling til lov om aksjeselskaper (Merknad til § 113) *“Utkastet beskytter her den godtroende aksjeeier i noe større grad enn bestemmelsen i nål § 108 tredje ledd.”* Videre ble hovedregelen om aksjeeiers restitusjonsplikt i bestemmelsen utvidet til å gjelde ulovlige utdelinger i forbindelse med eks. kapitalnedsettelse og fusjon i strid med aksjelovens bestemmelser. Derneft ble aksjeloven av 1976 § 12-8 annet ledd utvidet til også å gjelde et subsidiært ansvar for den som medvirket til den ulovlige utdelingen³.

Etter bestemmelsen i asl. § 12-4 er asl. § 3-6 omformulert til å gi en uttømmende regulering i adgangen til å foreta utdelinger fra aksjeselskap jf. NOU-1992-29 side 92, (Merknad til § 3-17) *“Bestemmelsen erstatter gjeldende § 12-4 første ledd, og er omformulert slik at den gir en uttømmende regulering av adgangen til å foreta utdelinger fra aksjeselskap.”* Hvor det videre slås fast at utdeling bare kan skje etter reglene om tilbakebetaling etter oppløsning, kapitalnedsettelse, utbytte, fusjon og fisjon.

Bestemmelsen i asl. § 12-8 er videre i asl. § 3-7 omformulert slik at den gjelder alle legale utdelinger jf. NOU-1992-29 side 92 merknad til § 3-17 *“I utkastet er bestemmelsen omformulert, slik at den gjelder alle legale utdelingsmåter, jf. utkastet § 3-1”*.

Bestemmelsen i asl. § 3-7 svarer fullt ut til asal. § 3-7⁴. Det er således ingen forskjell mellom bestemmelsene hverken i utforming eller innhold. Bestemmelsen i asl. og asal. § 3-7 utgjør dermed samme regel.

1.3 Forholdet til tidligere rettspraksis

Rettspraksis som knyttes til den eldre rettstilstand kan fortsatt være av betydning (se punkt 1.2). Ellers er det særlig lov 4.juni 1976 nr.59 om aksjeselskaper og uttalelser og tolkning av denne loven som er aktuelt å henvise til.⁵

1.4 Forholdet til EØS-retten

Grunnet Norges medlemskap gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å bringe sin

³ I.c.

⁴ Norsk Lov Kommentar 2005 s.2720 (293)

⁵ Andenæs (2006) s.8

selskapslovgivning i samsvar med de selskapsdirektiver som er gitt av EUs lovgivende organer jf. EØS-avtalens art. 77⁶. I EUs annet selskapsdirektiv art 16 jf. art 15 er det gitt bestemmelser om ulovlige utdelinger av selskapsmidler. Artiklene lyder som følger:

Artikkel 15

1. a) Med unntak for nedsetting av tegnet kapital kan utdeling til aksjeeierne ikke foretas når netto aktiva slik de fremtrer i årsregnskapet på avslutningsdatoen for siste regnskapsår, er eller etter en slik utdeling ville bli mindre enn den tegnede kapital tillagt fond som etter lov eller vedtekter ikke kan deles ut.

b) Når den ikke innbetalte del av den tegnede kapital ikke er oppført under aktiva i balansen, skal dette beløpet trekkes fra beløpet til den tegnede kapital nevnt under bokstav a).

c) Beløpet som utdeles til aksjeeierne kan ikke overskride overskuddet for sist avsluttede årsregnskap tillagt overskudd overført fra tidligere år og beløp overført fra fond som kan benyttes til dette formål, fratrukket underskudd overført fra tidligere år og beløp som er avsatt til fond i samsvar med lov eller vedtekter.

d) Utrykket "utdeling" slik det benyttes i bokstav a) og c) omfatter særlig utbetaling av utbytte og renter på aksjer.

2. Når medlemsstatenes lovgivning tillater foreløpig utbetaling av utbytte, skal minst følgende vilkår være oppfylt:

a) det skal settes opp regnskapsoppgjør som viser at midlene som er disponible for utdeling er tilstrekkelige,

b) beløpet som skal deles ut kan ikke overskride det samlede overskudd som er opparbeidet siden avslutningen av det siste regnskapsår som årsregnskapet er vedtatt for tillagt overskudd overført fra tidligere år og beløp som er overført fra reservefond som benyttes til dette formål, fratrukket underskudd overført fra tidligere år og beløp som i henhold til lov eller vedtekt skal overføres til reservefond.

3. Nr. 1 og 2 skal ikke berøre medlemsstatenes bestemmelser om forhøyelse av den

⁶ Ibid. s.7

tegnede kapital ved aktivering av fond.

4. En medlemsstats lovgivning kan fastsette unntak fra nr. 1 bokstav a) når det gjelder investeringselskaper med fast kapital.

Med uttrykket "investeringselskap med fast kapital" menes i dette nummer bare de selskaper -som har som eneste formål å investere sine midler i forskjellige former for verdipapirer, fast eiendom eller andre verdier med det eneste formål å foreta spredning av investeringsrisikoen og å gi sine aksjeeiere fordelene av resultatene av forvaltningen av deres midler, og -som tilbyr sine egne aksjer for offentlig tegning.

I den utstrekning medlemsstatenes lovgivning benytter denne mulighet, skal den:

a) pålegge slike selskaper å sørge for at uttrykket "investeringselskap" fremgår av alle dokumenter angitt i direktiv 68/151/EØF artikkel 4, b) ikke gi et slikt selskap hvis netto aktiva er mindre enn beløpet angitt i nr. 1 bokstav a) tillatelse til å foreta utdeling til aksjeeierne når selskapets samlede aktiva, slik de fremkommer i årsregnskapet på dagen for avslutningen av siste regnskapsår er eller etter utdeling ville bli mindre enn en og en halv gang selskapets totale gjeld til kreditorene, slik det fremgår av årsregnskapet, c) pålegge alle selskaper av denne type som foretar utdeling når selskapets netto aktiva er mindre enn beløpet angitt i nr. 1 bokstav a), å opplyse om dette i en egen merknad til årsregnskapet.

Artikkel 16

Enhver utdeling som er foretatt i strid med artikkel 15 skal tilbakebetales av aksjeeierne som har mottatt den dersom selskapet kan godtgjøre at aksjeeierne kjente til at utdelingen var urettmessig eller at de etter forholdene ikke kunne være ukjent med dette.

I NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper s.170-171 konkluderte Aksjelovgruppen at asl. 1976 § 12-8 ikke var i strid med annet selskapsdirektiv art. 16 jf. art 15. Dette fikk videre tilslutning i Ot.prp. nr.36 (1993-94) Lov om aksjeselskaper (aksjeloven s.18) og antas fortsatt å være rettstilstanden. Forholdet til EØS retten vil ikke bli nærmere drøftet og den videre fremstilling vil således gjelde norsk rett.

1.5 Legislative hensyn

1.5.1 Innledning

De bakenforliggende hensyn til asl./asal. § 3-7 er å søke å beskytte selskapskapitalen, herunder å sørge for at ulovlig utdelinger blir tilbakeført til selskapet. Adressatene for denne kapitalbeskyttelsen er i hovedsak kreditorene, men herunder følger naturlig videre hensynet til selskapet selv og som vi skal se er også aksjonærer og konkursbo i høyeste grad interessenter som har interesse av at selskapskapitalen beskyttes.

1.5.2 Kreditor

Et hensyn som gjør seg særlig gjeldende er hensynet til kreditor. Det er selskapet selv som er ansvarlig for selskapets forpliktelse herunder prinsippet om den indirekte heftelse jf. asl. /asal. § 1-1⁷. Aksjeeierne hefter således ikke ovenfor kreditorene for selskapets forpliktelser. Aksjonærene hefter bare med en begrenset heftelse⁸ jf. asl. /asal § 1-2 annet ledd. Dette innebærer at aksjeeierne ikke blir ansvarlige for selskapsgjelden ut over det beløp som de har tegnet eller kjøpt aksjer for. Enhver utdeling fra selskapet vil bety en reduksjon av selskapets verdier, ved at selskapets verdier overføres ut av selskapet. Et slikt uttak av selskapets verdier vil kunne føre til at selskapet får dårlig likviditet og medføre risiko for at kreditorene ikke får oppfylt sine krav mot selskapet. Da ved at verdigrunnlaget i selskapet blir redusert⁹, dette grunnet det faktum at kreditorene som nevnt bare har selskapet å holde seg til for å få dekket sine krav¹⁰. At selskapets verdier blir beskyttet mot ulovlig utdeling er derfor av særlig viktighet for kreditorene.

1.5.3 Selskapet

Også selskapet selv kan bli skadelidende ved at midler som ikke burde tas ut likevel tas som utbytte. Dette kan være aktiva som selskapet trenger for å videreutvikle eller holde vedlike driften av selskapet. En verdireserve for vanskeligere tider kan også være viktig for selskapets videre eksistens. Tas disse midlene ut som utbytte vil de kunne få alvorlige konsekvenser for selskapet og i verste fall true selskapets eksistens. Det er

⁷ Woxholth (2007) s.60

⁸ Ibid. s.61

⁹ Se. Andenæs (1999) s.7

¹⁰ Ibid. s.22

derfor viktig også for selskapet selv at de verdier som er nødvendige for selskapets eksistens forblir i selskapet og ikke blir ført ut av selskapet gjennom ulovlige utdelinger jf. asl./asal.§ 3-7.

1.5.4 Aksjonærer

Om det foretas en ulovlig utdeling kan det også tenkes at aksjonærene selv vil kunne bli skadelidende. En aksjonær kan eksempelvis få kjøpe en hytte fra selskapet til en meget fordelaktig pris. Dette er en fordel ovenfor de øvrige aksjonærene som ikke får glede av den gevinsten som ligger i den lave prisen for hytten. Man kan således få en situasjon hvor en eller flere aksjonærer oppnår gevinst på bekostning av de andre aksjonærene. En slik fordeling vil kunne være ulovlig jf. asl./asal. §3-7.

1.5.5 Konkursbo

At det foretas transaksjoner ut av selskapet forut for en konkurs er ikke uvanlig. Og det behøver selvsagt ikke å foreligge noe ulovlig av den grunn. Men det er på det rene at dersom selskapet har utdelt utbytte fra selskapet forut for en konkurs, går denne utdelingen naturlig nok ut over selskapets kreditorer. Da det blir mindre igjen av de resterende verdier å fordele på de aktuelle kreditorer. Er denne utdelingen i strid med aksjelovens bestemmelser jf. asl./asal.§ 3-7 er selvsagt konkursboet interessert i å få tilbakeført de verdier som urettmessig er tatt ut av selskapet for dekning av selskapets forpliktelser ovenfor kreditorerne. Det er således på det rene at krav etter asl./asal.§ 3-7 også må tas i betraktning ved bedømmelse av selskapets solvens¹¹.

1.6 Rettslig grunnlag

Lovteksten i lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper § 3-7 er som følger:

(1) Er det skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt. Ved utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning gjelder dette likevel ikke dersom mottakeren, da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig.

¹¹ Aarbakke m.fl. (1999) s.197

(2) Den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning om eller gjennomføring av ulovlig utdeling, og som forsto eller burde ha forstått at utdelingen er ulovlig, er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet. Ansvarer kan lempes etter lov om skadeserstatning § 5-2.

Lovteksten gir utgangspunktet for løsning av de spørsmål som omhandler ulovlig utdelinger i selskapsforhold og som medfører en tilbakeføringsplikt ovenfor selskapet. Videre gir forarbeidene til aksjeloven og allmennaksjeloven av 1997 samt forarbeidene til aksjeloven av 1976 noe støtte ved enkelte tolknings spørsmål som kan gjøre seg gjeldene ved tolkning av bestemmelsen.

1.7 Avgrensing

Oppgaven avgrenses å gjelde de norske reglene for bestemmelsen. Aksjeloven av 1976 ble til gjennom et nordisk samarbeid hvor Norge sammen med Sverige og Danmark utarbeidet selskapslovgivningen. Dette medfører at tolkningsmomenter fra svensk og dansk rett kan være av betydning.

1.8 Oppgaven videre

Jeg vil for det første i punkt 2 ta for meg begrepet “*utdeling*“, herunder hva som er en “*ulovlig utdeling*“ jf. asl./asal.§ 3-7. Begrepet “*utdeling*“ må sees i samhold med asl./asal.§ 3-6 annet ledd. Dette nødvendiggjør en behandling av asl./asal.§ 3-6 annet ledd og bestemmelsen vil bli behandlet i samhold med asl./asal.§ 3-7 under punkt 2.

Videre vil jeg under punkt 3 ta for meg innholdet i tilbakeføringsplikten i asl./asal.§ 3-7 første ledd.

Under punkt 4 vil jeg behandle medvirkeransvaret i asl./asal.§ 3-7 annet ledd, samt gjøre en sammenligning av medvirkeransvaret i asl./asal.§ 3-7 opp mot medvirkeransvaret i asl./asal.§ 17-1 annet ledd. Herunder vil jeg peke på forskjeller og likheter.

Dernest vil jeg behandle fremsettelse av krav etter asl./asal.§ 3-7 under punkt 5. Og endelig under punkt 6 bortfall av krav etter asl./asal.§ 3-7.

2. ULOVLIG UTDELING

2.1 Innledning

For at en utdeling ikke skal være “*i strid med bestemmelsene i loven*”, eller representere en “*ulovlig utdeling*” jf. asl./asal.§ 3-7 må både de materielle og de formelle vilkår i de relevante regelsett være oppfylt¹². De materielle vilkår for hva som kan utdeles fra selskapet fremgår av asl./asal.§ 3-6 som slår fast at “*utdeling*” fra selskapet “*bare kan skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsettelse, fusjon, fisjon og etter reglene om tilbakebetaling etter oppløsning*”. Bestemmelsen er uttømmende og enhver utdeling utenfor asl./asal.§ 3-6 er dermed en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7.

De formelle vilkår knyttet til asl./asal.§ 3-7 og som kan føre til en utdeling fra selskapet i strid med loven er eksempelvis. Dersom det i selskapets vedtekter fastsettes at utdeling fra selskapet ikke skal finne sted, men til tross for at dette er fastsatt i vedtektene blir det likevel foretatt utbytte. Det er da på det rene at man har et brudd på selskapets vedtekter og således her også et brudd på de formelle vilkår for utdeling fra selskapet.

2.2 Utdeling

Det fremgår av asl./asal.§ 3-7 første ledd at bestemmelsen gjelder hvor det har “*skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven*” Ordlyden i første ledd taler dermed for at utdelingen må være ulovlig. Dette følges videre opp av ordlyden i asl./asal.§ 3-7 annet ledd hvor det nettopp er tale om en “*ulovlig utdeling*”. De antas med bakgrunn i dette at det ikke er noen realitetsforskjell i de to uttrykkene.

Uttrykket “*utdeling*” er som nevnt ovenfor ikke nærmere definert i asl./asal.§ 3-7. Bestemmelsen er imidlertid samlet i asl./asal. kapittel 3. Selskapskapitalen, under del III. Utdeling. Bestemmelsen utgjør sammen med asl./asal.§ 3-6 det samlede antall bestemmelser under del III. Utdeling. Dette er et moment som taler for at bestemmelsene i asl./asal.§§ 3-6 og 3-7 bør sees i sammenheng.

Videre inneholder asl./asal.§ 3-6 annet ledd en legaldefinisjon av begrepet utdeling uttalt som “*enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode*”. Det antas derfor at det vil være naturlig at denne legaldefinisjonen også legges

¹²Aarbakke m.fl. (2004) s.191, 197

til grunn for utdelingsbegrepet etter asl./asal.§ 3-7.

Med bakgrunn i denne sammenhengen mellom bestemmelsene i asl./asal.§§ 3-6 og 3-7 vil det være riktig for forståelsen av innholdet i begrepet “*utdeling*” i asl./asal.§ 3-7 at det gis en oversikt over innholdet i asl./asal.§ 3-6 annet ledd. Dette vil bli gjort i det følgende.

Asl./asal.§ 3-6 definerer således “*utdeling*” som “*enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode*”. I dette oppstilles videre tre problemstillinger. For det første gjelder her et krav om det må foreligge en overføring av verdier. For det andre må det være en sammenheng mellom aksjeeierens innehav av aksjen og selskapets overføring. For det tredje foreligger et krav om at overføringen må komme aksjeeieren direkte eller indirekte til gode¹³.

2.2.1 Når foreligger en overføring av verdier?

Ordlyden i asl./asal.§ 3-6 “*overføring av verdier*” taler for at det her er snakk om en vedvarende forflytning av selskapets verdier ut av selskapet og over til aksjonær.

Med verdier forstår vi her enhver form for økonomiske goder. Dette er således ikke bare penger, til tross for at dette er det mest praktiske. Men også fast eiendom¹⁴, løsøre, samt selskapsandeler, fordringer, alle former for verdipapirer og immaterielle eiendeler, ettergivelser¹⁵ omfattes. Også tjenester omfattes både tjenester utført av selskapets ansatte og tjenester i form av bruk av selskapets eiendeler. Eksempelvis at aksjonær låner selskapets firmabil vil således kunne være bruk av selskapets eiendeler¹⁶.

Kravet om “*enhver overføring av verdier*” medfører videre at alle ensidige overføringer fra selskapet omfattes av utdelingsbegrepet.

Hvor overføringen fra selskapet blir imøtekommet av en motytelse eksempelvis gjennom en forretningsmessig transaksjon, må spørsmålet om det foreligger en utdeling eller en gjensidig bebyrdende avtale avgjøres med utgangspunkt i objektive kriterier¹⁷.

¹³ Woxholth s.210

¹⁴ Se Rt 1989 s.545

¹⁵ Se Rt 1993 s.1518

¹⁶ Aarbakke m.fl. (2004) s.192

¹⁷ Aarbakke m.fl. (2004) s.199

Det sentrale i denne avveiningen er differansen mellom verdiene av partenes ytelser.¹⁸

Det er på det rene at når misforholdet mellom ytelsene blir så stort at det reelt sett bare er snakk om en ren verdioverføring fra selskapet over til aksjonæren, og denne verdioverføringen ikke faller inn under aksjelovens regler for utbytte jf. asl./asal.§ 3-6 første ledd, har vi et såkalt maskert utbytte¹⁹ og dermed en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7²⁰.

Eksempel på et maskert utbytte kan være hvor en av selskapets aksjonærer har fått kjøpe selskapets hytte til en meget fordelaktig pris. Differansen mellom aksjonærens ytelse og selskapets ytelse blir således stående i et misforhold. Det store misforholdet må videre regnes som en overføring og faller inn under “*utdeling*” i asl./asal.§ 3-6 annet ledd. Overføringen av hytten fra selskapet til aksjonæren er ikke en lovlig form for utdeling jf. asl./asal.§ 3-6 første ledd grunnet misforholdet mellom ytelsene. Dette medfører at overføringen av hytten fra selskapet til aksjonæren er en “*utdeling i strid med bestemmelsene i loven*” jf. asl./asal.§ 3-7.

At der foreligger et misforhold mellom overføringene trenger ikke uforbeholdent å bety at det foreligger en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7. Misforholdet mellom overføringene kan være grunnet i en forretningsmessig avtale hvor en motytelse som bringer overføringene i balanse først kommer på et senere tidspunkt.

Eksempelvis hvor selskap A er et utbyggerfirma, og gjennom en avtale med selskap B som for øvrig er aksjonær i selskap A inngår en avtale om å kjøpe en eiendomstomt av B. Prisen som selskap A må betale for eiendomstomten ervervet fra selskap B er imidlertid uforholdsmessig høyt priset i forhold til andre eiendomstomter i området. Ved første øyekast kan det her antas at det ligger et misforhold mellom ytelsene. I den videre avtale mellom selskap A og selskap B ligger det for selskap A derimot en opsjon på å få kjøpe resterende eiendomstomter i området av selskap B for en forholdsmessig mye lavere pris. Innholdet i avtalen fjerner således misforholdet som foreligger mellom partene og sikrer utbygger i selskap A tilgang på flere eiendomstomter og selskap B sikres å få solgt det resterende areal. Hadde selskap A imidlertid ikke hatt en slik opsjon

¹⁸ Ibid. s.193, Rt 2008 s.385 avsnitt 67

¹⁹ Ibid. s.193

²⁰ NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper s.173

på kjøp av de resterende eiendomstomter ovenfor selskap B vil det være rimelig å anta at transaksjonen inneholdt et såkalt maskert utbytte og således representerte en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7.

2.2.2 Hva ligger i kravet til sammenheng mellom aksjeeierens innehav av aksjen og selskapets overføring?

I både rettspraksis og teori er det oppstilt et krav om at det må foreligge en sammenheng mellom aksjeinnehavet og selskapets ytelse for at det skal være snakk om en utdeling i lovens forstand. Dette var i aksjeloven 1976 § 12-4 første ledd første punktum uttrykt ved formuleringen *“utbetaling på aksjer“*, vilkåret må fortsatt gjelde selv om loven ikke lenger inneholder noe tilsvarende uttrykk, jf. Andenæs s.434. I dette ligger en sondring mellom på den ene siden overføringer til aksjeeieren i hans egenskap som aksjeeier og på den annen side overføringer til aksjonæren i hans egenskap av å være en medkontrahent²¹. Bare i det første nevnte tilfellet kommer utdelingsreglene til anvendelse jf. Rt 1995 s.1026 hvor førstvoterende uttalte følgende: *“For at det skal være et utbytte må det foreligge en «utbetaling på aksjer». I dette ligger at det må være en sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen“*. Det fremheves for øvrig i dommen at hvor det foreligger et misforhold mellom selskapets ytelse og en aksjeeiers ytelser, må det stilles strenge krav til sannsynliggjøringen av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets ytelse²²

2.2.3 Når kommer overføringen aksjeeieren direkte eller indirekte til gode?

Asl./asal. § 3-6 annet ledd inneholder videre et krav om at *“utdelingen“* må komme aksjeeieren *“direkte eller indirekte til gode“*.

At utdelingen kommer aksjeeieren *“direkte“* til gode må anses for å være oppfylt ved at utdelingen foretas direkte til aksjeeieren. Dette må også være den mest vanlige form for overføring, da gjerne gjennom en utbytteutdeling jf. asl./asal.§ 3-6 jf. asl./asal.§ 8-1 til aksjeeieren.

²¹ Woxholth s.210

²² Aarbakke m.fl. (2004) s.195

Her er det viktig å understreke at overføringer som en aksjonær mottar i egenskap av eksempelvis medkontrahent eller ansatt ikke nødvendigvis er å anse som utbytte jf. asl./asal. § 3-6 første ledd. Lønn i fra selskapet er utelukkende et gode som kommer aksjonæren direkte til gode, men like fullt er lønnsutbetalinger ikke å anse som utbytte og faller derfor utenfor bestemmelsen. Når det oppstår et misforhold mellom arbeidsinnsats og lønn, eksempelvis at aksjonæren i egenskap av å være arbeidstaker mottar en uforbeholden høy lønn for sitt arbeide, kan det stilles spørsmål om den delen av lønnen som overstiger «normal lønn» er å anse som en utdeling fra selskapet.

Når det gjelder spørsmål som omhandler misforhold mellom ytelsene fra selskapet til aksjonæren, skal det stilles strenge krav til sannsynliggjøringen av det ikke er en sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets ytelse. Dette følger videre av rettspraksis jf. Rt 1995 s.1026“ *For at det skal være et utbytte etter § 12-4, må det foreligge "utbetaling på aksjer". I dette ligger at det må være en sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen*“ og Rt 2008 s.385 avsnitt 72.“ *Det følger av dette at det ikke nødvendigvis er tale om utdeling selv om en aksjeeier nyter godt av selskapets disposisjoner. Der det ikke er rimelig balanse mellom det som ytes og det som mottas, må det imidlertid stilles strenge krav til sannsynliggjøring av manglende sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen.*“

Videre når det gjelder vilkåret “*indirekte*“ taler ordlyden for at det ligger det en forutsetning om at overføringen til tross for at den er overført til andre enn aksjonæren selv, kommer aksjonæren til gode. De vanligste tilfellene er gjerne ved utdeling til aksjonærens nærstående, som eksempelvis ektefelle, barn o.l. eller gjennom utdelinger som omfatter overføringer til selskap som aksjonæren eier fullt. Dette må følgelig kunne sies å komme aksjeeieren “*indirekte*“ til gode²³.

3. TILBAKEFØRINGSPLIKTEN

3.1 Innledning

Dersom det er foretatt en ulovlig utdeling, fremgår det av asl./asal. § 3-7 1.ledd 1.punktum at “*mottakeren skal tilbakeføre det som er mottatt*”.

²³ Andenæs s.438

For at denne tilbakeføringsplikten skal kunne gjøres gjeldene oppstiller asl./asal. § 3-7 tre problemstillinger. For det første må det avgjøres hvem som skal tilbakeføre (pliktsubjektet). For det andre må det avgjøres hvor langt tilbakeføringsplikten gjelder i forhold til godtro reservasjonen som oppstilles i asl./asal. § 3-7 1.ledd 2.punktum og endelig må innholdet i tilbakeføringsplikten fastsettes.

3.1.1 Hvem skal tilbakeføre?

Det fremgår av asl./asal. § 3-7 første ledd at dersom det er foretatt en *“ utdeling fra selskapet i strid med loven, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt.”*

Ut fra bestemmelsens ordlyd er det *“mottaker“* som har tilbakeføringsplikt. En naturlig språklig forståelse av ordet *“mottaker“* vil naturlig være den som tar i mot utdelingen, altså adressaten for utdelingen. I og med at det er snakk om en utbetaling på aksjer vil mottakeren normalt være aksjonæren.

Etter asl. 1976 § 12-8 fulgte denne forutsetningen direkte av ordlyden *“Er utbetaling til aksjeeier skjedd i strid med bestemmelsene i denne lov, skal aksjeeieren tilbakebetale det han har mottatt. Dette gjelder dog ikke dersom utbetalingen skjedde som utdeling av utbytte og aksjeeieren, da han mottok beløpet, ikke forsto og heller ikke burde ha innsett at utdelingen var ulovlig“*.

Tilbakeføringsplikten etter ordlyden lå således her på *“aksjeeieren“* og ordlyden isolert sett taler her imot at tredjeperson kan kreves.

Videre var det i den første odelstingsproposisjonen om ny aksjelov, Ot.prp.nr 36 (1993-1994) lagt frem forslag om at ordlyden skulle endres fra «aksjeeier» til *“den som har mottatt utdelingen“*. Selv om også denne ordlyden taler for at det er aksjeeier som må kreves, åpnes det samtidig her for at også mottaker som kan identifiseres med aksjeeieren kan kreves. Slik vil det eksempelvis være hvor verdioverføringen er skjedd til aksjonærens ektefelle, hvor det er klart at verdioverføringen vil komme aksjonæren indirekte til gode og således være en utdeling jf. asl./asal. § 3-6 annet ledd. Dette lovforslaget ble imidlertid ikke vedtatt.

Ot.prp.nr 36 (1993-1994) ble dermed sendt tilbake til regjeringen, og det ble utarbeidet nytt utkast til aksjelov i NOU 1996:3, hvor den nå gjeldende ordlyd ble fremmet. I

merknad til bestemmelsen redegjøres det på dette punkt at en ønsker en videreføring av aksjeloven 1976 § 12-8 første ledd. Jf. NOU 1996:3 side 149 “ *Første ledd viderefører § 12-8 første ledd, bortsett fra at vernet om godtroende mottaker av en ulovlig utdeling i annet punktum er utvidet til å omfatte alle former for utdelinger som loven åpner for*”.

Dette er videre fulgt opp i Ot.prp.nr.23 (1996-1997) “ *Paragrafen regulerer plikten til å tilbakeføre til selskapet ulovlige utbetalinger. Bestemmelsen avløser gjeldende lov § 12-8, og stemmer med Aksjelovutvalgets utkast § 6-5*”. Således uten noen nærmere kommentar.

Denne behandlingen av spørsmålet om hvem som er å anse for et pliktsubjekt i forhold til tilbakeføringsplikten, taler for at lovgiver ikke har ønsket å utvide bestemmelsen til å gjelde enhver mottaker av verdier fra selskapet, som representerer en utdeling for aksjeeier.

En løsning hvor bare «aksjeeier» er restitusjonspliktig jf. aksjeloven 1976 § 12-8 ville medføre at den direkte mottaker hvor denne ikke var aksjonæren selv ikke har restitusjon plikt. Selskapet ville i så måte antagelig bare kunne støtte seg på de alminnelige prinsipper om ubegrunnet berikelse²⁴ for å få tilbakeført verdioverføringen til selskapet. En slik løsning vil harmonisere dårlig med tanke på hensynene bak asl./asal.§ 3-7 hvor vern av selskapskapitalen står sterkt.

Om vi ser nærmere på hvordan spørsmålet er behandlet i juridisk teori finner vi følgende oppfatninger om hvem som inngår i begrepet “*mottaker*”. Mads Henry Andenæs skriver i *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper* (2006) på s. 453 at det forekommer at **selskapet inngår avtale med tredjeperson, som samtidig innebærer en utdeling i forhold til aksjonæren**(min utheving). Selskapets oppfyllelse gjør imidlertid ikke tredjeperson til “*mottaker*” med plikt til å tilbakeføre selskapets ytelse. Det er aksjonæren som anses som “*mottaker*” og plikten til å foreta tilbakeføringen til selskapet påligger dermed aksjonæren selv. Denne løsningen er videre i overensstemmelse med hva lovgiver angivelig har ment jf. aksjeloven 1976 §12-8.

Et annet tilfelle blir behandlet i Andenæs og Aarbakke m.fl. «*aksjeloven og allmennaksjeloven* (2004) s.198. Hvor **utdelingen har tilfalt en som ikke er aksjeeier,**

²⁴ Hagstrøm s.672

men utdelingen kommer aksjeeieren indirekte til gode(min utheving) jf. asl./asal.§ 3-6 annet ledd legges det til grunn at det er den direkte mottakeren som må anses som “mottaker” i bestemmelsens forstand. Denne løsningen går ut over hva lovgiver angivelig har ment jf. aksjeloven § 12-8, ved at også andre enn aksjonæren selv kan anses som “mottaker”. Rettstilstanden på området gir støtte for en slik løsning jf. Rt 2008 s.385 hvor høyesterett slår fast at hvor utdelingen kommer aksjeeieren indirekte til gode er det den “direkte mottakeren av verdiene fra selskapet” som må tilbakeføre det som er mottatt i medhold av asl./asal.§ 3-7.

Det må derfor være rimelig å konkludere med at ved spørsmålet hvor utdelingen kommer aksjonæren indirekte til gode. Gjerne ved at det ikke er aksjonæren men aksjonærens ektefelle, eller eventuelt et aksjeselskap som aksjonæren eier fullt ut, som er “mottaker” for utdelingen. Er løsningen den at det er den “direkte mottaker” jf. Rt 2008 s.385 som er “mottaker” jf. asl./asal.§ 3-7 første ledd. Her vil således ektefellen eller selskapet som aksjonæren eier fullt ut dermed være “mottaker” og den restitusjonspliktige.

Ved spørsmål som vedgår avtale som selskapet har inngått med tredjeperson og som samtidig innebærer en utdeling i forhold til aksjeeieren er “mottaker” av utdelingen aksjeeieren, og plikten til å tilbakeføre verdien av det mottatte påligger således aksjeeieren jf. Mads Henry Andenæs «Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper (2006) på s. 453 og Andenæs og Aarbakke m.fl. «aksjeloven og allmennaksjeloven (2004) s.198.

3.1.2 Aktsom god tro

Dersom de materielle reglene for utdeling jf. asl./asal.§ 3-6, se ovenfor under punkt 2.2 er overholdt, oppheves mottakerens tilbakeføringsplikt gjennom reglene i asl./asal. § 3-7 om aktsom god tro²⁵. Det fremgår av asl./asal. § 3-7 første ledd annet punktum at “mottakeren” av en ulovlig utbytteutdeling ikke har tilbakeføringsplikt dersom vedkommende “*verken forstod eller burde ha forstått at den [utdelingen](min utheving) var ulovlig*”. Meningen med bestemmelsen er å beskytte den aktsomt godtroende

²⁵ Se Falkanger, God tro (1999)

mottaker når utdelingen formelt fremstår som en lovlig utbytte utdeling²⁶

Det fremgår av ordlyden at det er “*mottakeren*” jf. asl./asal. § 3-7 første ledd som må være i god tro.

Videre følger det av ordlyden at “*mottakeren*”, “*hverken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig*”. Dette taler for at “*mottakeren*” må ha vært aktsomt uvitende om den aktuelle overtredelsen av lovens utdelingsregler jf. NOU 1996:3 s.149 “*Gjeldende lov verner bare den som har mottatt en utbetaling i aktsom god tro når utdelingen har skjedd som utbetaling av utbytte*”.

Forarbeidene sier ingenting om man skal legge en streng holdning til grunn ovenfor mottakeren eller om det er tilstrekkelig for at ond tro foreligger, at mottakeren kjente eller burde kjenne til de faktiske omstendigheter som leder til ulovligheten, for eksempel at regnskapet er galt oppstilt²⁷ Ordlyden og rimelighetshensyn taler imidlertid for at mottakerens manglende kompetanse til å vurdere foreliggende fakta opp mot reglene for ulovlig utdeling, likevel i prinsippet kan medføre at mottakeren var i aktsom god tro til tross for hans kjennskap til de faktiske omstendigheter.

Forhold som kan være av stor betydning er hvor detaljert kjennskap mottakeren har til selskapet²⁸. Dersom mottakeren har inngående kjennskap til selskapet, skal det nok mye til for å kunne anse hans aktsomhetsplikt for oppfylt. Hans kjennskap eller stilling burde da vakt tvil om lovligheten og medført at han som mottaker forvisset seg om at utdelingen var lovlig.²⁹

Størrelsen på selskapet vil også kunne ha en viss betydning. Særlig vil det i mindre selskaper med få aksjonærer skulle mye til for at aktsomhetsplikten anses for oppfylt, da det antas at hver av aksjonærene her har godt innblikk i selskapsforholdene. I motsetning til større selskaper hvor aksjonærens tilknytning, som et ytterpunkt bare kan være en ren handelstransaksjon gjennom kjøp og salg av aksjer.

Et ytterligere moment i aktsomhetsvurderingen er hvilke bestemmelser som er overtrådt

²⁶ Andenæs (2006) s.453

²⁷ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt 3.41

²⁸ Andenæs (2006) s 453

²⁹ Se RT 1929 s.503 (aktsomhetsplikten ble under tvil ansett som oppfylt selv om aksjonæren var styremedlem.)

ved utdelingen. Dersom det er bestemmelser i aksjelovene som alle aksjonærer har muligheten til å kontrollere, som eksempelvis om utdelingen har grunnlag i årsregnskapet jf. asl./asal. § 8-1 første ledd, taler dette muligens for at aktsomhetsplikten er overtrådt.

Er årsregnskapet satt feilaktig opp, vil mottakerne som ikke forstod dette måtte kunne anses å være i god tro³⁰.

Det fremgår videre av asl./asal. § 3-7 at den gode tro må være til stede "*da utdelingen ble mottatt*". Dette var også utgangspunktet for de tidligere aksjelovene. Ordlyden taler her for at den gode tro bare må bestå på tidspunktet for når utdelingen mottas.

Aarbakke m.fl. går i mot en slik forståelse av ordlyden og legger til grunn at den gode tro må bestå fra beslutning om utdeling ble fattet og til selve utbetalingen finner sted. Går den gode tro tapt mellom disse ytterpunktene faller beskyttelsen som bestemmelsen gir bort³¹. Denne forståelsen bør videre legges til grunn, da det må være på det rene at dersom man skal kunne påberope seg den gode tro ved mottagelsen av utdelingen, ligger det her en forutsetning om at ond tro ikke har oppstått i tiden forut for utdelingen. Får derimot mottakeren kjennskap til at utdelingen var ulovlig etter at utdelingen er mottatt og at mottakeren således på dette tidspunkt blir i ond tro er dette uten betydning for hans rettsstilling.

Som vi har vært inne på ovenfor er det ikke et krav at aksjonæren selv mottar utdelingen. Hvor utdelingen er mottatt av en representant eller en som ikke er aksjonær, må både mottakeren og aksjonæren være i god tro for at godtrovernet etter asl./asal. § 3-7 skal anses for oppfylt³².

Følgene av at mottakeren har mottatt utdelingen i god tro innebærer naturlig at det som er mottatt ikke trenger å tilbakebetales til selskapet. Selskapet har imidlertid mulighet til å rette kravet på tilbakebetaling mot den som har medvirket til utdelingen, jf. asl./asal. § 3-7 annet ledd (se nedenfor under punkt 4).

Det er klart at hvor man er utenfor reglene som fritar for restitusjon jf. asl./asal. § 3-7

³⁰ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt 3.42

³¹ Aarbakke m.fl. (2004) s.199

³² Andenæs (2006) s.453

første ledd annet punktum er restitusjonsplikten ubetinget. Tilfeller hvor dette gjør deg gjeldende er ved maskert utbytte jf. NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper s.173, NOU 1996:3 s. 149“ *I denne forbindelse må man for øvrig være oppmerksom på at vederlag som utbetales for tjenester til selskapet, kan tenkes å være så urealistiske at det kan foreligge en omgåelse av de bestemmelser i aksjeloven som gjelder utbetalinger til aksjeeierne og dermed en maskert utdeling*“.

3.1.3 Hva er innholdet i tilbakeføringsplikten?

Dersom det er på det rene at det er foretatt en ulovlig utdeling fra selskapet blir spørsmålet videre hva som skal tilbakeføres selskapet. Tilbakeføringsplikten etter asl./asal. § 3-7 omfatter “*det mottakeren har mottatt*”.

Ordlyden jf. asl./asal.§ 3-7 “*det mottakeren har mottatt*“, taler således for en fullstendig restitusjonsplikt, det som mottakeren har mottatt skal tilbakeføres. Enklest blir dette hvor det er et pengebeløp som er utbetalt, men hvor det er utbetalt realverdier som eksempelvis fast eiendom må utgangspunktet være at disse tilbakeføres in natura.³³ Det kan imidlertid tenkes at slik restitusjon ikke kan gjennomføres, utdelingen kan eksempelvis ha omfattet en bestemt gjenstand og denne er nå videresolgt eller tapt. Når dette er tilfelle omgjøres restitusjonskravet således til en verdierstatningsplikt for mottakeren³⁴. Når det gjelder hvilken verdi som skal legges til grunn er det verdien på utbetalingstidspunktet som vil trolig vil være avgjørende for verdifastsettelsen av gjenstanden.

Et sentralt punkt under tilbakeføring in natura blir således tidspunktet for verdifastsettelsen. Når det gjelder verdien på en naturalytelse kan det være flere tidspunkt som kan være aktuell for verdsettelsen.

Om man tenker seg at det er en fast eiendom som skal tilbakeføres kan denne både stige og falle i verdi alt ettersom hvordan markedet er på det gitte tidspunkt. Er det således verdien ved beslutningen om utdelingen som skal legges til grunn, eller er det verdien på gjennomføringstidspunktet som skal legges til grunn. Ordlyden i asl./asal.§ 3-7 første ledd første punktum taler for at det er gjennomføringstidspunktet som er avgjørende for

³³ Krokeide i TfR 1982 s.353 flg.

³⁴ Andenæs (2006) s.454

verdsettelsen av naturalytelsen. Støtte for dette finnes videre i RG 1992 s.707 hvor en forretningsseiendoms verdi ble beregnet ut fra verdien på overdragelsestidspunktet.

Dersom flere aksjonærer har mottatt ulovlige utdelinger, kan de ikke gjøres solidarisk ansvarlig for det samlede beløp. Hver aksjonær er således kun ansvarlig for det de har mottatt jf. Rt 1929 s.503“ *Efter det anførte finnes innstevnte ikke at kunne gjøres ansvarlig for mere av utbyttet enn han selv har mottatt*“.

4. MEDVIRKERANSVARET

4.1 Innledning

Etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd fremgår at “*Den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning om eller gjennomføring av ulovlig utdeling*” kan bli ansvarlig for at utdelingen “*blir tilbakeført til selskapet*”. Som for asl./asal.§ 3-7 første ledd ligger det her en forutsetning om at medvirkeren “*forstod eller burde forstått at utdelingen er ulovlig*”.

Medvirkeransvaret etter als./asal.§ 3-7 annet ledd reiser med utgangspunkt i lovtekstens ordlyd dermed følgende fire problemstillinger. For det første, hvem er omfattet av medvirkeransvaret? For det andre, hvordan gjøres ansvaret gjeldende? For det tredje, hva blir virkingen av medvirkeransvaret hvor medvirker har vært i aktsom god tro? Og endelig, hva er innholdet i tilbakeføringsplikten?

4.2 Hvem er omfattet av medvirkeransvaret?

Etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd fremgår det av ordlyden at det er “*Den som på selskapets vegne medvirker*“ som blir ansvarlig etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd.

Asl./asal.§ 3-7 annet ledd svarer til asl. 1976 § 12-4 annet ledd “*Den som forsettlig eller uaktsomt medvirker til beslutningen om eller gjennomføringen av utbetalingen er ansvarlig for tap selskapet lider ved at uriktig utbetalte beløp ikke blir tilbakebetalt.*“

Når ordlyden bruker ordet “*Den*“ taler dette for at ansvaret omhandler «enhver» som på selskapets vegne medvirker³⁵. Medvirkeransvaret er naturlig nok først og fremst aktuelt for selskapets ledende organer herunder da særlig styremedlem, daglig leder o.l. jf.

³⁵ Andenæs (2006) s.454

NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper s.173 da det er styret som legger frem forslag for utbytteutdelingen jf. asl./asal.§ 8-2 og på denne måte har nær befatning med det som er utbytteforeliggende. Denne personkretsen har også beslutningsmyndighet hva angår den daglige drift og står således sentralt i forhold til forvaltning av selskapets verdier.

Videre taler en presiserende fortolkning³⁶ av ordlyden “*Den*“ isolert sett for at hvor flere omfattes av medvirkeransvaret samtidig, rammer ansvaret proratarisk³⁷ og ikke slik at de blir solidarisk ansvarlige³⁸. Men tolket utvidende³⁹ og bestemmelsen sett under ett, taler “*Den*“ for at ansvaret blir solidarisk mellom de ansvarlige, nettopp fordi at både en beslutning og gjennomføring av utdeling fra selskapet i de fleste tilfeller skjer gjennom flere personer. Videre at hensynet til selskapskapitalen følgelig oppnår et bedre vern ved at de ansvarlige dersom de er flere, hefter solidarisk.

Til illustrasjon kan vi tenke oss at medvirkeransvaret utløses ved at styret jf. asl./asal. § 8-1 har lagt frem forslag om en utbytteutdeling jf. asl./asal.§ 3-6 som er ulovlig jf. asl./asal.§ 3-7. Det er her den samlede styrebeslutningen som er avgjørende for om forslaget til utdelingen finner sted, ikke hva styremedlemmene isolert sett har stemt hver for seg. Slik var også rettstilstanden etter asl. 1976 § 12-8 annet ledd, hvor det ble antatt i teorien at medvirkerne var solidarisk ansvarlig⁴⁰ i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige regler jf. skl.§ 5-3⁴¹.

Det er ingenting som tyder på at rettstilstanden har endret seg og man må derfor kunne legge til grunn et solidarisk ansvar hvor flere er ansvarlige etter medvirkeransvaret jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd.

Det er etter ordlyden i asl./asal.§ 3-7 annet ledd ingenting i veien for at “*Den som på selskapets vegne medvirker*“ kan være aksjonær. Støtte for dette finnes videre i NUT-1970-1 Innstilling til lov aksjeselskaper, under merknader til § 113 hvor det fremgår at “*Det er i prinsippet ikke utelukket at også den enkelte aksjonær blir ansvarlig*“.

³⁶ Fleischer s.141

³⁷ Hagstrøm (2004) s.106

³⁸ Ibid. s.103

³⁹ Fleischer s.142

⁴⁰ Andenæs (1992) s.351, Aarbakke m.fl. (1999) s.169

⁴¹ Om skl.§ 5-3 se. Lødrup (1999) s.389

Aksjonæren kan både være ansvarlig for det vedkommende har mottatt etter asl./asal.§ 3-7 første ledd og ansvarlig som medvirker etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd for utdeling til de øvrige aksjonærer som har mottatt en ulovlig utdeling. I et slikt tilfelle må tilbakesøkningskravet etter første ledd rettes mot aksjonæren før det kan bli tale om ansvar etter annet ledd. For aksjonærer vil dette ansvaret likevel først og fremst være aktuelt for aksjonærer som samtidig er medlem av styret.

At også revisor vil kunne omfattes av ansvaret etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd fremgår av NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper s.173⁴². Det er da revisors medvirkning til opprettelse eller fastsettelse av regnskap man antar å legge vekt på. Bakgrunnen for denne tolkningen er at både den svenske ABL 12:5 2st. og den danske aksjeloven § 113, stk. 2 inneholder et tredje alternativ til medvirkeransvaret. Dette tredje alternativet omfatter medvirkning til og godkjenning av regnskapet som ligger til grunn for utdelingen.

Det fremstår som uklart hvorfor de norske lovgivere ikke har tilført dette tredje alternativ når det vises til at revisorer kan bli å anse for medvirker i forarbeidene⁴³.

Legger man således det svensk-danske alternativet til grunn. Taler dette videre for at bestemmelsen tolkes utvidende til å gjelde også andre enn revisor hva gjelder medvirkning til og godkjenning av regnskapet. Således slik at også eksempelvis administrerende direktør omfattes.

Dette anses også å være i tråd med hva Andenæs (2006) mener, hvor han på side 454 anfører at medvirkeransvaret “*rammer enhver (min utheving) som på selskapets vegne medvirker til en beslutning eller gjennomføring av ulovlig utdeling*”. Andenæs tilføyer derimot på s. 455 at “*det må anses å ligge en begrensning i at medvirkeren må opptre på selskapets vegne, men hva som nærmere ligger i begrensningen er usikkert*”.

Keiserud (Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) mener under punkt 4.35.6 at rettsstilstanden er uklar og at lovgiver med fordel kan rydde opp i denne uklarheten. Man kan her med fordel slutte seg til Keiseruds standpunkt.

⁴² Aarbakke (2004) s.201

⁴³ I.c.

Videre fremgår av ordlyden jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd at det er den som på *“selskapets vegne medvirker“* som rammes av medvirkeransvaret bestemmelsen oppstiller. Ordlyden taler her for at det må foreligge en tilknytning mellom medvirker og selskapet jf. *“på selskapets vegne“*.

Til illustrasjon for når vi klart er innenfor ordlyden kan vi nevne følgende. Et styremedlem som stemmer for en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7 medvirker til at det blir foretatt en ulovlig utdeling fra selskapet dersom forslaget får oppslutning. Det enkelte styremedlem handler således i sin egenskap av å være styremedlem nettopp *“på selskapets vegne“*. Det kan her understrekes at forslaget om ulovlig utdeling må gjennomføres for at medvirkeransvaret skal få virkning. Det er med andre ord et krav om at selskapet lider et tap for at medvirkeransvaret skal kunne gjøres gjeldende.

Videre må det være riktig å legge til grunn at en handling som medfører medvirkeransvar på *“selskapets vegne“* forutsetter forsett eller uaktsomhet⁴⁴. I dette ligger således en avgrensning for hvor langt man kan strekke medvirkning på *“selskapets vegne“*. En slik avgrensning legges også til grunn av Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2006 s. 455 *“Det må antas å ligge en begrensning i at medvirkeren må opptre på selskapets vegne, men hva som nærmere ligger i begrensningen er usikkert“*.

Om vi tenker oss en forretningsbank som overfører penger mellom selskapet og aksjonærer ved en ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd, må denne kunne sies å være medvirker jf. ordlyden i loven. Forretningsbanken som overfører pengene til aksjonæren ved en ulovlig utbytteutdeling jf. asl./asal.§ 3-6 må kunne sies å handle på *“selskapets vegne“* ved å overføre selskapets penger til aksjonæren.

Å pålegge banken et medvirkeransvar her ville imidlertid fremstå som meget urimelig, med mindre banken var gjort kjent med at utbetalingen omhandlet en ulovlig utbytteutdeling jf. asl./asal.§ 3-7. Selv da ville det virke urimelig å pålegge banken noe medvirkeransvar. Banken har ingen formell innflytelse på selve beslutningen om utbytteutdelingen.

Eksempelet ovenfor illustrerer at det er usikkert hvor langt vilkåret *“på selskapets vegne*

⁴⁴ Aarbakke m.fl. (2004) s.201

medvirker“ rekker.

4.3 Hvordan gjøres ansvaret gjeldende?

Det fremgår av ordlyden jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd at det er den som har medvirket gjennom en *“beslutning om eller gjennomføring“* av en ulovlig utdeling som kan bli ansvarlig etter bestemmelsen. Bestemmelsens ordlyd taler i så måte for at det er to alternativer handlemåter hvor man kan falle inn under medvirkeransvaret på. For det første gjennom *“beslutning“* og for det andre ved *“gjennomføring“*.

Ordlyden asl./asal.§ 3-7 annet ledd *“beslutning“* taler for at det er tilstrekkelig for å bli ansvarlig etter medvirkeransvaret i asl./asal.§ 3-7 annet ledd at man deltar og fatter beslutningen om å foreta en ulovlig utdeling. Man trenger således ikke å besørge at utdelingen blir gjennomført, selv om det er en forutsetning for ansvar etter første alternativ at den ulovlige utdelingen blir gjennomført. Da det som nevnt ovenfor ligger et krav om at selskapet må lide et tap, for at ansvaret skal tre i kraft.

Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennselskaper s. 454-455 sier at *“en aksjonær kan således være ansvarlig...etter annet ledd for utdelingen til de øvrige aksjonærer. Det vil dog først og fremst være aktuelt for aksjonærer som samtidig er medlem av styret“*. Medvirkning til beslutning om utdeling er med andre ord også etter annet ledd aktuelt for aksjonæren, eksempelvis hvor aksjonæren under generalforsamling har stemt for en beslutning om utdeling i strid med aksjeloven.

I motsatt fall hvor aksjonæren stemmer i mot en ulovlig utdeling må aksjonæren naturlig falle utenfor medvirkeransvaret, da følgene av at aksjonærens stemme ville blitt fulgt, ville være at den ulovlige utdelingen jf. asl./asal.§ 3-7 ikke fant sted.

Etter asl./asal.§ 8-2 fremgår det av ordlyden at *“ Beslutning om utdeling av utbytte treffes av generalforsamlingen etter at styret har lagt frem forslag om utdeling“*. Styret har dermed forslagsrett for hva som skal utdeles. Det er derfor klart at hvor styret fremmer et forslag om ulovlig utdeling fra selskapet og forslaget får flertall, vil styret kunne bli ansvarlig etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd.

Løsningen for det enkelte styremedlem som har stemt i mot den ulovlige utdelingen fra selskapet på styremøte, må være at det eller de styremedlemmer må fritas for ansvar hva

angår ansvar etter asl./asal.§ 3-7 om beslutning. Dette standpunktet begrunnes med at dersom mindretallet som var mot utdelingen fikk «flertall» ville den ulovlige utdelingen ikke ha forekommet.

Hvor et styremedlem forholder seg passiv til forslaget om ulovlig utdeling, og hverken stemmer for eller i mot forslaget, kan man også tenke at ansvar vil kunne inntreffe. Dette vil særlig kunne tenkes å gjøre seg gjeldende der hvor styremedlemmet ved å stemme i mot forslaget om utdeling kunne forhindre den ulovlige utdelingen. For øvrig vil erstatningsansvar for styremedlemmer etter asl./asal.§ 17-1 kunne komme til anvendelse (se punkt 4.7).

Det fremmes videre av Mads Henry Andenæs 2006 s. 454 at *“ansvaret er først og fremst aktuelt for selskapets ledende organer, men ikke begrenset til disse“*. Med bakgrunn i dette utsagnet vil det være riktig å anta at også administrerende direktør omfattes av ansvar etter beslutningsalternativet. Da gjerne ved at adm. Dir. har inngått en avtale som kan anføres som en ulovlig utdeling etter asl./asal.§ 3-7. Her ved at adm. Dir. eksempelvis har avtalt kjøp av en aksjonærs hytte til overpris. Dette er en disposisjon som strider imot reglene for utdeling jf. asl./asal.§ 3-6 og anmerkes som et maskert utbytte ved at aksjonærens fordel «maskeres» i overprisen som betales for hytten.

Det andre alternativet som oppstilles i asl./asal.§ 3-7 annet ledd er medvirkning til *“gjennomføring“* av en ulovlig utdeling. Ordlyden taler her for at ansvaret løper når selve utdelingen blir satt i verk. Typisk vil dette være for vedtak fattet i generalforsamlingen. Selskapet blir gjennom vedtaket bundet til å etterfølge og gjennomføre det som har blitt vedtatt. For eksempel er det på generalforsamling vedtatt at det skal foretas en utbytteutdeling jf. asl./asal.§ 3-6 jf. asl./asal.§ 8-1.

Som nevnt ovenfor gjør medvirkeransvaret seg for aksjonærens vedkommende først og fremst gjeldende ved beslutningsalternativet. Men for at utdelingen skal kunne gjennomføres er generalforsamlingens vedtak som nevnt påkrevet. Man kan således hevde at aksjonæren gjennom sin stemmegiving også har medvirket til at den ulovlige utdelingen kan gjennomføres. Dette medfører således at hvor aksjonæren gjennom sin stemmegiving på generalforsamlingen har medvirket til at en ulovlig utdeling finner sted også har sørget for at den ulovlige utdelingen kan gjennomføres.

Etter asl./asal.§ 6-28 fremgår det at *“Styret og andre som etter §§ 6-30 til 6-32 representerer selskapet, må ikke foreta noe som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning”*. Det foreligger dermed en plikt ovenfor styret og daglig leder til å forhindre at ulovlig utdeling gjennomføres. Etterkommer styret og/eller daglig leder ikke denne plikten blir de å anse for å ha medvirket til en gjennomføring av en ulovlig utdeling⁴⁵

4.4 Aktsom god tro

For at ansvar etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd skal inntre ligger det et krav i bestemmelsen om at medvirker *“forstod eller burde forstått”* at utdelingen var ulovlig. Ordlyden etter bestemmelsen taler i så måte isolert sett for at det skal foretas en aktsomhetsvurdering for å avdekke om medvirker er skyldig. Aabakke m.fl. Aksjeloven og allmennaksjeloven 2.utg 2004 s. 201 sier videre *“Ansvar er betinget av forsett eller uaktsomhet”*. Dette er i tråd med ordlyden etter aksjeloven av 1976 § 12-8 annet ledd *“Den som forsettlig eller uaktsomt medvirker til beslutningen om eller gjennomføringen av utbetalingen er ansvarlig for tap selskapet lider ved at uriktig utbetalte beløp ikke blir tilbakebetalt”*.

Endringen av bestemmelsen fra 1976 loven til gjeldende lov i asl./asal.§ 3-7 innebærer således ingen realitets forskjell men legger i større grad jf. NOU-1996-3 Ny aksjelovgivning s.136 (kommentar til § 6.5 [lovens § 3-7]) *“opp til vurdering av om den ansvarlige burde vært klar over at selve utdelingen var ulovlig”*. Forarbeidene sier imidlertid ingen ting om hva som skal legges til grunn ved denne vurderingen.

Videre kan det dermed være rimelig å slå fast at godtro regelen i asl./asal.§ 3-7 første ledd således er identisk med bestemmelsen i asl./asal.§ 3-7 annet ledd. Og at de momenter som gjør deg gjeldene for vurderingen av asl./asal.§ 3-7 første ledd også gjør seg gjeldende for annet ledd.

Det kan dernest spørres om det endog ville være rimelig å legge en enda strengere aktsomhetsnorm til grunn i asl./asal.§ 3-7 annet ledd enn for bestemmelsens første ledd. Da asl./asal.§ 3-7 annet ledd gjelder et medvirkeransvar og at vedkommende i så måte gjennom sin handlemåte enten ved beslutning eller ved gjennomføring har medvirket til

⁴⁵ Keiserud (Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt 4.35.4

at den ulovlige utdelingen i det hele tatt finner sted. I motsetning til asl./asal.§ 3-7 første ledd hvor det ikke er tale om noen form for medvirkning, men et ansvar grunnet i mottak av en ulovlig utdeling. Selv i ond tro vil ikke mottaker etter asl./asal.§ 3-7 første ledd, normalt inneha noen reell innflytelse på om utdelingen fra selskapet vil finne sted. Dette taler således for et noe strengere ansvar etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd.

Videre er det gjerne medlemmer av selskapets ledelse som faller inn under medvirkeransvaret etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd. Herunder styremedlem, daglig leder, osv. Etter asl./asal.§ 17-1 oppstilles et erstatningsansvar hvor *“Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende.”* Som for asl./asal.§ 3-7 er vurderingskriteriene *“forsett eller uaktsomhet”*. Det vil derfor være naturlig at også rettspraksis og juridisk litteratur jf. asl./asal.§ 17-1 har betydning for tolkningen av asl./asal.§ 3-7 annet ledd. Keiserud (Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) anfører således også under punkt 4.42.3 at det er grunnlag for å hevde at normen i asl./asal.§ 3-7 annet ledd er strengere enn etter første ledd. Han siterer videre: I RG 1992 s 707 hvor retten uttalte at *“det i utgangspunktet [må] gjelde en streng aktsomhets norm. Denne normen er heller blitt strengere enn mildere med tiden”*. Det må dermed være anledning for å fremme at medlemmer av selskapets ledelse skal vurderes strengere enn hva aktsomhetsnormen etter asl./asal.§ 3-7 første ledd tilsier.

Når det gjelder medvirkeransvar for aksjonær etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd fremgår det av NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper (Merknad til § 113) *“Det er i prinsippet ikke utelukket at også den enkelte aksjeeier blir ansvarlig etter § 113 annet ledd. Det kan tenkes f.eks. når det gjelder en dominerende aksjeeier, som av en eller annen grunn foretrekker å stå utenfor styret. Men regulært må det forutsettes at de subjektive vilkår for ansvar bare i sjeldne tilfeller vil være til stede for den enkelte aksjeeiers vedkommende”*. Medvirkeransvaret kan således også ramme aksjonæren, men her vil det således være grunnlag for å legge en høyere aktsomhetsterskel til grunn jf. forarbeidene.

Hvor det blir tale om medvirkeransvar etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd for utenforstående

som egentlig faller utenfor bestemmelsenes anvendelsesområde, bør det muligens oppstilles som krav at handlingen innebærer forsett eller i det minste grov uaktsomhet⁴⁶.

4.5 Hva er innholdet i tilbakeføringsplikten?

Det oppstilles av bestemmelsen i asl./asal.§ 3-7 annet ledd et krav om at den som har medvirket til at den ulovlige utdelingen har funnet sted *“er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført”* til selskapet. Ordlyden taler her for at det er *“utdeling”* etter bestemmelsens første ledd det siktes til. Medvirkeransvaret blir således subsidiært i den forstand at det faller bort dersom mottakeren etter bestemmelsens første ledd tilbakefører utdelingen i sin helhet⁴⁷.

Videre fremgår av bestemmelsen at den ansvarlige skal *“tilbakeføre det som er mottatt”* jf. asl./asal. § 3-7 annet ledd. Ordlyden taler her for at medvirkeren jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd skal besørge at det som er utdelt ulovlig, i sin helhet blir tilbakeført til selskapet. Det er med andre ord tale om en restitusjonsplikt for medvirkeren. Innholdet i denne restitusjonsplikten må antas å være den samme som for asl./asal.§ 3-7 første ledd. Således at hvor restitusjon ikke er mulig, gjøres kravet om til en verdierstatningsplikt⁴⁸.

Det vil være naturlig å legge til grunn at det for medvirker vil være en større grad av restitusjon i form av verdierstatningsplikt enn for den som tilbakefører jf. asl./asal.§ 3-7 første ledd. Da tilbakefører jf. asl./asal.§ 3-7 første ledd har i større grad har mulighet til å tilbakeføre det mottatte in natura. Støtte for et slikt standpunkt kan man finne i RG 1999 s.707 hvor en forretningseiendom ble overdratt i strid med utbyttereglene. Det var ikke mulig å tilbakeføre eiendommen og herredsretten konkluderte dermed at i *“Overensstemmende med juridisk teori ble derfor B pålagt verdirestitusjon av det han indirekte hadde mottatt som aksjonær i A Eiendom A/S.”*

Videre fremgår av juridisk litteratur jf. Aarbakke m.fl. s.198 at verdierstatningsplikt *“Iallfall gjelder når det mottatte er forbrukt eller anvendt på annen måte av mottakeren”*, og videre gjelder verdierstatningsplikten tilsvarende hvor *“restitusjon er umulig på grunn av ytelsens art, f eks når den er en tjenesteytelse”*.

⁴⁶ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt.4.42.3

⁴⁷ Andenæs s.455

⁴⁸ Aarbakke m.fl. 2004. s.198

Det er således mulig for medvirker både å foreta en restitusjon in natura, og hvor dette ikke er mulig, en ren verdirestitusjon.

Når det gjelder tidspunktet for verdifastsettelsens vises det her til punkt 3.1.3 ovenfor.

4.6 Lemping etter skl. § 5-2

Det er på det rene at dersom det er foretatt ulovlig utdelinger jf. asl./asal.§ 3-7 av store verdier fra selskapet kan medvirkeransvaret ramme meget hardt. Asl./asal.§ 3-7 annet ledd har derfor åpnet for at *“Ansvaret kan lempes etter lov om skadeserstatning § 5-2“*. Ordlyden gir dermed en anvisning om at lemping av ansvar skal vurderes etter Lov om skadeserstatning 13.juni 1969 nr.26(heretter skl.)§ 5-2.

Det fremgår videre av skl. § 5-2 at *“Erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden“*.

Bestemmelsen oppstiller således to lempingsalternativer med forskjellige vurderingstemaer. Etter første alternativ spørres det om ansvaret vil virke *“urimelig tyngende“* mens det i andre alternativ bare spørres om det vil være *“rimelig“* om skadelidte i *“særlige tilfelle“* helt eller delvis bærer tapet. Felles for begge alternativer er at det må foretas en samlet vurdering av partenes interesser, og at det endelige resultatet må bero på en rimelighetsvurdering, hvor imidlertid hovedregelen om full erstatning vil veie meget tungt.⁴⁹

Etter første lempingsalternativ jf. skl.§ 5-2*“urimelig tyngende“* taler ordlyden her for at dersom kravet etter medvirkeransvaret jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd gjøres gjeldende ovenfor medvirkeren, blir det meget vanskelig for medvirker å etterkomme kravet. Dette samsvarer også med hva Justisnemnda sier i Innst.O.nr. 92 (1984-85)s. 2: *“For å unngå usikkerhet i rettsanvendelsen om hva som er «urimelig» bør det bare lempes der hvor full erstatningsplikt vil ramme den ansvarlige meget hardt ut fra slike hensyn som er nevnt ovenfor. Lempningsregelen åpner ikke adgang til nedsettelse eller bortfall av*

⁴⁹ Lødrup s.383

ansvaret etter konkret billighet.“

Videre fremgår det av Ot.prp.nr.75 (1983-1984) s.65 *“ Men vilkåret « urimelig tyngende » er strengt (jf. bl.a. Rt-1978-1062 for så vidt gjaldt bestemmelsen i § 2-2). Ved anvendelsen av lempningsregelen skal både skadevolderens og skadelidtes forhold vurderes. Hva som er « urimelig tyngende » for skadevolderen, vil bero på hva som er rimelig også i forhold til skadelidte. Det å gi skadelidte en rimelig erstatning er et hovedformål. Jo mer det er tale om å redusere en full erstatningsdekning, jo sterkere grunner må det kreves. Det kan ikke i noe høve godtas å sette erstatningen så langt ned at den etter forholdene gir skadelidte en urimelig lav behovsdekning.“* Retten må således avgjøre om ansvaret i det konkrete tilfellet er *“urimelig tyngende“* ut fra de momenter som oppstilles i bestemmelsen.

Ordlyden i skl.§ 5-2 taler om at det er *“Erstatningsansvaret“* som kan lempes. Ordlyden sammenholdt med medvirkeransvaret i asl./asal.§ 3-7 annet ledd taler her for at det er selskapets krav etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd som kan lempes.

Videre fremgår av bestemmelsen at erstatningsansvaret *“kan“* lempes. *“kan“* må her bety at dersom rimelighetskravene for lemping er oppfylt, er det opp til rettens skjønn å avgjøre om lemping skal skje eller ikke. Og i tilfelle hvor lemping blir vedtatt, hvor meget av kravet som skal kunne lempes.

Når det gjelder begrepet *“lemping“* i skl.§ 5-2 skriver Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s.380 at *“Ordet lemping brukes fortrinnsvis om situasjoner hvor retten på skjønnsmessig grunnlag kan redusere erstatningsplikten eller la den bortfalle helt“*. I forhold til asl./asal.§ 3-7 annet ledd betyr dette dermed at selskapets krav mot medvirkeren kan settes ned eller falle helt bort.

Dernest oppstiller skl.§ 5-2 en rekke med momenter som skal tas med i rimelighetsvurderingen herunder *“skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers“*. Ordlyden taler her for at det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Videre fremgår av Rt 2009-1235 *“Utgangspunktet må på denne bakgrunn være at det skal svært mye til for at lemping av ansvaret kan foretas“* Rettspraksis taler dermed for at det skal stilles strenge krav til de enkelte momenter for at de skal tale for

en eventuell lemping av ansvaret. Videre fremgår det av Rt 2009-1235 at *“Hovedregelen er imidlertid at skadelidte skal ha full erstatning og at lempningsregelen skal ha en snever rekkevidde“*. Lemping er således unntaket fra hovedregelen, det er dermed klart at hvor medvirker jf. asl./asal.§ 3-7 annet ledd kan dekke selskapets krav innenfor rammene av hovedregelen skal selskapets krav dekkes fullt ut av medvirker. Når det gjelder *“skadens størrelse“* taler ordlyden sammenholdt med bestemmelsen i asl./asal.§ 3-7 her for at det er størrelsen på selskapets krav mot medvirkeren det her siktes til. Således at dersom selskapet har et krav mot medvirker på kr 100.000.- vil *“skadens størrelse“* således være kr 100.000.-.

Med *“den ansvarliges økonomiske bæreevne“* taler ordlyden for at det er grensen for hvor stort krav medvirkers økonomi kan klare å bære, det her siktes til. Etter Ot.prp.nr.75 (1983-1984) s.66 fremgår av med bæreevne forstår man den ansvarliges formue, inntektsforhold, forsørgingsbyrde mv. For å fastslå denne grensen må det foretas en avveining mellom av *“skadens størrelse“* og *“den ansvarliges økonomiske bæreevne“*.

Når det gjelder innholdet i ordlyden jf. *“foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter“* vil det hvor medvirker har dekket seg ved å tegne forsikring, sjeldent kunne tenkes at ansvaret vil virke *“urimelig tyngende“* for skadevolderen. Når det gjelder medvirkers mulighet til å tegne forsikring fremgår av Ot.prp.nr.75(1983-1984) s.67 at *“Det sentrale moment i denne forbindelse må være hvor nærliggende det vil være for skadevolder å tegne ansvarsforsikring“*. Om man tenker at medvirker er aksjonær eller styremedlem vil det i så måte vær mer nærliggende for styremedlemmet å ha tegnet forsikring. Enn hva det ville være for aksjonæren, da styremedlemmet som en del av selskapets ledelse naturlig løper en mye større risiko for å komme i erstatningsansvar enn hva det vil være for aksjonæren.

Videre når det gjelder momentet *“skyld“* fremgår videre av Ot.prp.nr.75. (1983-1984) s.67 at *“Graden av skyld som er utvist fra skadevolders side, vil få betydning for om lempningsreglene skal anvendes. Har skadevolder t d voldt skaden ved forsett eller grov uaktsomhet vil det være et moment som taler mot at lemping skjer.“* Den nedregrensen for hvor skyldmomentet inntreer i forhold til medvirkeransvaret jf. asl./asal. 3-7 vil

naturlig være hvor medvirker ikke lenger er dekket at god tro reservasjonen jf. "forstod burde forstått" jf. asl./asal. § 3-7 annet ledd.

Endeling når det gjelder momentet "*forholdene ellers*" taler ordlyden for at opplistingen av momenter ikke er uttømmende og således at også andre momenter kan komme i betraktning. Da innenfor grensen av hva som er formålet med lempingsreglen. Fra rettspraksis kan eksempelvis nevnes hvor det i Rt 1978 s.1062 ble lagt vekt på at skaden ble gjort i næring.

Når det gjelder annet lempingsalternativ hvor det spørres om det er "*rimelig*" at medvirker helt eller delvis bærer tapet jf. skl. § 5-2 taler ordlyden her for at det er riktig at medvirker bærer tapet helt eller delvis. Eksempel på et slikt tilfelle fremgår av Ot.prp.nr.75 (1983-1984) s.67 "*Regelen vil særlig være aktuell i tilfelle hvor det er rimelig at skaden dekkes av forsikring på skadelidtes hånd. Dette kan særlig være aktuelt dersom skaden har rammet store verdier som generelt er sterkt utsatt for skade.*"

Når det gjelder ordlyden "*særlig tilfelle*" gir dette uttrykk for at dette er en klar unntaksregel jf. Ot.prp.nr.75 (1983-1984). Det er med andre ord strenge krav som må være oppfylt før regelen får anvendelse.

Når det gjelder vurderingen av om medvirkeransvaret skal lempes etter annet alternativ vil de samme momenter som gjør seg gjeldende under første lempings alternativ "*urimelig tyngende*" gjøre seg gjeldende. Igjen er det opp til retts skjønn å avgjøre om lemping er aktuelt.

4.7 Forholdet mellom asl./asal. § 3-7 annet ledd og medvirkeransvaret etter asl./asal. § 17-1 annet ledd.

Som for asl./asal. § 3-7 annet ledd oppstiller asl./asal. § 17-1 annet ledd et medvirkeransvar. Til tross for at begge ansvarene omhandler medvirkning og restitusjon er det viktige forskjeller mellom de to bestemmelser. Mens asl./asal. § 17-1 hjemler et alminnelig erstatningsansvar (culpa ansvar), er asl./asal. § 3-7 annet ledd ikke en regel om erstatningsansvar jf. NOU-1996-3 "*Ansvarsregelen er ikke en regel om erstatningsansvar, men pålegger et ansvar for selskapets krav på tilbakeføring av det beløp som er ulovlig utdelt.*". At asl./asal. § 3-7 annet ledd ikke er et erstatningskrav er ytterligere fastslått i rettspraksis tilknyttet asl. av 1976 § 12-8 jf. Rt 1998 s.1042 "*Dette*

kan nok sies å omfatte omstøtelseskrav etter dekningsloven § 5-9, som er et erstatningskrav, jf § 5-12. Kravet etter aksjeloven § 12-8 derimot, er et tilbakesøkningskrav. Spørsmålet er om dette kravet er identisk med det påberopte erstatningskrav. Utfisjoneringsen påberopes som grunnlag for begge krav, men det er den viktige forskjell at erstatningskravet bestemmes av det økonomiske tap på boets hånd, mens tilbakesøkningskravet bestemmes av hva aksjonærene har mottatt ulovlig.“ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt 4.21 betegner ansvaret etter asl./asal.§ 3-7 som et restitusjonssviktansvar, begrepet benyttes i det følgende.

Bestemmelsen i asl./asal.§ 17-1 annet ledd er som følger: *“Selskapet, aksjeeier eller andre kan også kreve erstatning av den som forsettlig eller uaktsomt har medvirket til skadevolding som nevnt i første ledd. Erstatning kan kreves av medvirkeren selv om skadevolderen ikke kan holdes ansvarlig fordi han eller hun ikke har utvist forsett eller uaktsomhet“.*

Når det gjelder hvilke personer/organer som kan gjøre krav gjeldende, taler bestemmelsen i asl./asal.§ 17-1 for at krav kan gjøres gjeldende av *“Selskapet, aksjeeier eller andre“* Med *“selskap“* må det her være riktig å forstå av ordlyden at det er de som kan gjør krav gjeldene på selskapets vegne bestemmelsen taler om, herunder styret jf. asl./asal.§ 6-12 første ledd at *“Forvaltningen av selskapet hører under styret“*. Dette er i tråd med asl./asal. § 3-7 annet ledd hvor det også her er mulig for styret å fremme krav, da etter samme bestemmelse som for asl./asal.§ 17.1 annet ledd.

Videre taler bestemmelsen om at *“aksjeeier“* også kan gjøre krav gjeldende. Etter en naturlig forståelse av ordlyden taler *“aksjeeier“* for at enhver aksjeeier kan gjøre krav gjeldende etter bestemmelsen. Dette tilsier dermed en videre adgang for *“aksjeeier“* å gjøre krav gjeldende etter asl./asal.§ 17-1 enn etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd, hvor den enkeltstående aksjeeier ikke kan gjøre selvstendig krav gjeldende på selskapets vegne (se. punkt 5.4)

Dernest taler bestemmelsen i asl./asal.§ 17-1 annet ledd om at også *“andre“* kan gjøre krav gjeldende mot medvirker. Ordlyden favner vidt, man kan eksempelvis tenke at *“andre“* således kan være selskapets kreditorer, men forarbeidene taler for at man ikke

er begrenset til disse jf. Ot.prp.nr.55 (2005-2006) kap. 20. s 167. Begrepet “andre“ mangler sidestykke i asl./asal.§ 3-7. Men som for asl./asal.§ 17-1 kan bla. kreditor også fremme krav etter asl./asal.§ 3-7 (se punkt 5.3)

Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) mener at det er neppe grunnlag for å oppstille ulike aktsomhetsnormer for de personer/organer som omfattes av begge bestemmelsene, for eksempel styremedlem, og at rettspraksis som knytter seg til de to ulike regelsett vil derfor kunne være av betydning for hverandre⁵⁰.

Videre fremgår av asl./asal.§ 17-1 annet ledd hvem ansvaret kan gjøres gjeldende mot. Bestemmelsen taler om “den“ som forsettlig eller uaktsomt medvirker til den skadevoldende handling. Ordlyden taler for at medvirker ansvaret ikke bare omfatter aksjonærer eller andre som har en selskapsrettslig egenskap eller funksjon. Etter Ot.prp.nr.55. (2005-2006) s 167 fremgår at “Også andre med en relasjon til selskapet, herunder en finansinstitusjon eller en kommune (som ikke er aksjeeier i selskapet), kan være medvirker etter forslaget.“ Bestemmelsen favner således videre enn asl./asal.§ 3-7 annet ledd som således begrenser seg til “den som på selskapets vegne“ medvirker.

Når det gjelder ansvarenes omfang fremgår av asl./asal.§ 17-1 at dem som har et krav mot medvirker etter bestemmelsen kan “kreve erstatning“. Ordlyden sett i samhold med bestemmelsens utforming taler i så måte for at “erstatning“ omfatter det tap selskapet lider i sedvanlig erstatningsrettslig forstand. Dette medfører at dersom selskapets likviditet har blitt svekket gjennom den ulovlige utdelingen slik at det har oppstått et inntektstap, vil inntektstapet kunne kreves erstattet med bakgrunn i asl./asal.§ 17-1.

Når det gjelder restitusjonsansvaret etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd innebærer ansvar etter bestemmelsen her bare restitusjonssvikt ansvar, som videre bare krever av medvirker at “utdelingen blir tilbakeført“ til selskapet. Har selskapet her måtte ta tap som følge av den ulovlige utdelingen, må selskapet således her selv bære tapet.

Asl./asal.§ 17-1 gir dermed selskapet bedre dekning enn dekning etter asl./asal.§ 3-7 hvor selskapet påføres merkostnader knyttet til den ulovlige utdelingen.

⁵⁰ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt.4.21

Videre fremgår av asl./asal.§ 17-1 hva som skal legges til grunn for avgjøre om det foreligger en ansvarsbetingende medvirkning. Bestemmelsen viser her til den *“som forsettlig eller uaktsomt har medvirket til”*. Ordlyden taler i så måte for at medvirker her ikke har vært aktsomt uvitende. Forarbeidene sier i Ot.prp.nr.55 (2005-2006) *“Hvorvidt medvirkning har funnet sted, vil bevismessig sett bero på alminnelige bevisregler for erstatningssaker, og rettslig sett på alminnelige erstatningsrettslige vurderinger”*. Videre viser forarbeidene til følgende eksempel på når medvirkning typisk kan sies å foreligge jf. Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.168 *“Medvirkning kan typisk anses å foreligge « hvis en aksjeeier eller en annen direkte og konkret har påvirket den daglige leders eller vedkommende tillitspersons konkrete skadevoldende forhold. Relevant påvirkning kan være en tilskyndelse, typisk en instruks, som den daglige leder eller tillitspersonen har fulgt eller i all fall lagt vesentlig vekt på ved sine vurderinger. Relevant medvirkning kan også være konkret bistand til det skadevoldende forhold på annen måte »”*.

Tilfellene for når medvirkning kan anses for å foreligge vil kunne være likt for både asl./asal.§ 3-7 og asl./asal.§ 17-1. Det vil i begge bestemmelsene kunne foreligge medvirkning hvor eksempelvis aksjeeier i egenskap av styremedlem har stemt for en ulovlig utdeling og videre at vedtak om ulovlig utdeling blir fattet ved styrets flertall.

Ved at asl./asal.§ 17-1 har en videre krets for hvem som kan falle inn under medvirkeransvaret, vil det ikke være riktig å hevde at alle tilfeller av medvirkning passer begge bestemmelsene.

Vurderingstemaet for om medvirker oppfyller vilkårene for ansvar er i asl./asal.§ 3-7 *“forstod eller burde ha forstått”* og legger således opp til en aktsomhetsvurdering (se punkt 4.4). Vurderingstemaet for asl./asal.§ 17-1 er videre den *“som forsettlig eller uaktsomt har medvirket til”*. Ordlyden i asl./asal.§ 17-1 svarer således til aksjeloven av 1976 § 12-8 annet ledd *“Den som forsettlig eller uaktsomt medvirker til (min utheving)beslutningen om eller gjennomføringen av utbetalingen er ansvarlig for tap selskapet lider ved at uriktig utbetalte beløp ikke blir tilbakebetalt”*. Som vi har vært inne på ovenfor har det ikke vært meningen å gjøre noen realitetsendringer i asl./asal.§ 3-7 i forholdt til asl. 1976 § 12-8, dette fremgår således også av forarbeidene jf. NOU-

1996-3 (Merknad til § 6-5 [asl./asal.§ 3-7]) “ *Annet ledd svarer stort sett til Ot.prp.nr.36 (1993-1994) § 3-20, NOU 1992:29 § 3-18 og gjeldende lov § 12-8 annet ledd, bortsett fra at henvisningen til lempningsreglene i gjeldende lov § 15-3 erstattes med en direkte henvisning til lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2* “. Det må derfor antas å være riktig å konkludere med at rettspraksis vedrørende aktsomhetsvurderingen i asl./asal.§ 3-7 annet ledd også vil kunne være relevant ovenfor bestemmelsen i asl.§ 17-1 og visa versa for de tilfeller hvor de samme personer kan bli ansvarlige etter begge bestemmelsene.

Medvirkningsansvaret etter asl./asal.§ 17-1 er videre betinget av at det foreligger et ansvarsgrunnlag hos “ *daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier* “ jf. asl./asal.§ 17-1 første ledd. Men det foreligger ikke noe krav om at medvirkeren selv trenger å ha brutt noen regel eller norm jf. Ot.prp. nr.55 (2005-2006) kap. 20 pkt.20.1 s168 “ *Medvirkeransvar er betinget av at det foreligger et ansvarsgrunnlag i forhold til hovedmannen, jf. henvisningen til første ledd (« skadevolding som nevnt i første ledd »). Medvirkeren selv trenger ikke å ha brutt noen regel eller norm. I stedet er medvirkeransvaret direkte knyttet til erstatningsansvaret i forslaget til aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 første ledd.* “

Bestemmelsen i asl./asal.§ 17-1 er således ikke sammenfallende med bestemmelsen i asl./asal.§ 3-7 annet ledd hva gjelder skyld hos skadevolder/mottaker. Etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd blir medvirkeren ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet uavhengig av skyld hos “ *mottaker* “ i asl./asal.§ 3-7 første ledd. Det er her tilstrekkelig at det er foretatt en ulovlig utdeling fra selskapet i strid med loven.

Videre ligger det et krav for medvirkeransvaret etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd, at ansvaret bare utløses hvor medvirker enten gjennom beslutning eller gjennomføring medvirker til den ulovlige utdelingen. Slike betingelser for at medvirkeransvaret utløses foreligger heller ikke for asl./asal.§ 17-1.

Som en har sett av sammenligningen ovenfor har bestemmelsene flere sammenfallende likheter, og rettspraksis knyttet til bestemmelsene vil kunne ha relevans ovenfor hverandre. I prinsippet vil det derfor være rimelig å anta at medvirkeransvar for ulovlige utdelinger også kan ilegges etter asl./asal.§ 17-1 annet ledd. Dette grunnet i at

asl./asal.§ 3-7 må anses for å være en spesiell regel⁵¹, må denne kunne sies gå fremfor den mer generelle regel i asl.§ 17-1 annet ledd. Videre må det likevel være anledning for selskapet å fremme krav etter asl./asal.§ 17-1 annet ledd i de tilfeller selskapet lider tap utover den ulovlige utdelingen, som for eksempel renter på låneopptak som gjorde seg gjeldene på bakgrunn av den ulovlige utdelingen jf. asl./asal.§ 3-7. Støtte for dette standpunkt er videre å finne hos Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) hvor han under punkt 4.22 sier *“Så lenge det ikke foreligger sikre holdepunkter for noe annet i lovteksten, må man derfor legge til grunn at bestemmelsene eksisterer side om side. Det kunne kanskje hevdes at selskapet ikke har lidt noe tap så lenge det ikke er sannsynliggjort at tilbakeføringskravet etter asl./aasl. § 3-7 første ledd ikke fører frem, men argumentet er neppe holdbart de lege lata.”*

5. FREMSETTELSE AV KRAV SOM GJELDER ULOVLIG UTDELING ETTER ASL./ASAL. § 3-7

5.1 Innledning

Det er nå på det rene at det er foretatt en ulovlig utdeling, og for at kravet ikke skal foreldes eller falle bort på annet vis (se nedenfor under punkt 6.)må kravet forfølges rettslig. Retten til å kunne fremme krav etter asl./asal.§ 3-7 hører først og fremst inn under styret, men også den enkeltforfølgende kreditor, konkursboet og aksjonærminoriteten kan fremme krav.

5.2 Styret

Det fremgår av asl./asal.§ 6-12 første ledd at *“Forvaltningen av selskapet hører under styret”*. Ordlyden taler i så måte for at styrets kompetanse i utgangspunktet omfatter all ledelse av selskapet som ikke i medhold av lov, vedtekter eller beslutning av generalforsamlingen hører under andre selskapsorganer⁵². Forfølging av selskapets krav etter asl./asal.§ 3-7 må derfor anses for å falle inn under styrets ansvar, da slik at det ikke er nødvendig med beslutning fra generalforsamlingen om å forfølge kravet⁵³. Videre støtte for dette finnes hos Mads Henry Andenæs, aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2.utg 2006 på s.455 der det under punkt 33.6.3 uttales at

⁵¹ Fleischer s.208

⁵² Om styret oppgaver se. Tore Bråthen, Selskapsrett s.99 flg.

⁵³ Andenæs (2006) s.455

“Forfølging av selskapets krav etter § 3-7 første og annet ledd hører inn under styret, dvs. uten at det er nødvendig med beslutning av generalforsamlingen.” Slik også hos Aarbakke m.fl. Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave 2.utg 2004 s. 201 hvor det uttales “Kompetansen til å fremme krav etter annet ledd hører i utgangspunktet under styret”. At styret således kan fremme krav på vegne av selskapet må anses som klart.

Regelen i asl./asal.§ 6-21 første ledd forutsetter imidlertid at generalforsamlingen ikke har besluttet at kravet ikke skal fremmes jf. asl./asal.§§ 17-4, 17-5.

5.3 Kreditor

Den enkeltforfølgende selskapskreditor kan som utgangspunkt ikke gjøre krav gjeldende etter asl./asal.§ 3-7. Dette til tross for at utdelingen vil være i strid med kreditors interesser (se punkt 1.5.2). Bestemmelsen i asl./asal.§ 17-7 annet ledd viser ikke til asl./asal.§ 17-6 og kreditors beskyttelsesbehov blir dermed ikke utløst før selskapet eventuelt misligholder den aktuelle fordringen⁵⁴. Selskapets enkeltforfølgende kreditor kan imidlertid ta utlegg jf. dekl. Kap 5⁵⁵ i selskapets krav etter asl./asal.§ 3-7 og få det anvist til innkreving⁵⁶. En slik utleggsforretning forutsetter at kreditor da har tvangsgrunnlag⁵⁷.

5.4 Den enkelte aksjonær

Den enkelte aksjonær kan ikke forfølge krav mot selskapet grunnet kravet om rettslig interesse⁵⁸. Hvis aksjonæren likevel pretenderer å gjøre sitt krav gjeldende, kan søksmålet kanskje ikke avvises på grunn av manglende rettslig interesse, men vil resultere i frifinnelse fordi den enkelte aksjonær ikke materielt sett har noe eget krav å gjøre gjeldende.⁵⁹ Heller ikke på vegne av selskapet kan den enkelte aksjonær fremme krav jf. Rt 1990 s.1203 hvor søksmålet gjaldt tilbakebetaling av påståtte urettmessige uttatte beløp fra et aksjeselskap. Høyesterett uttalte “Lagmannsrettens avvisning av kjæremålet fra Knut Lefstad og Kjell Lefstad er begrunnet med at de ”alene som

⁵⁴ Keiserud(Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper) punkt 6.4

⁵⁵ Falkanger (2004) s.15

⁵⁶ Andenæs (2006) s.456

⁵⁷ Falkanger (2004) s.28

⁵⁸ Om rettslig interesse, se Robberstad s.82

⁵⁹ Andenæs (2006) s.456

aksjonærer ikke har rettslig interesse i tvisten". Utvalget kan ikke se at lagmannsretten ved denne avgjørelse har bygget på en feil lovtolkning eller at det foreligger noen saksbehandlingsfeil. Man peker på at det ikke foreligger opplysninger som ga grunn til å vurdere om søksmålsvilkårene i aksjeloven § 15-5 var oppfylt.“

5.5 Aksjonærminoriteten

Etter asl./asal § 17-4 fremgår at *“Har selskapets generalforsamling truffet beslutning om ansvarsfrihet eller forkastet forslag om å kreve erstatning mot noen som er nevnt i § 17-1, kan aksjeeiere som eier minst en tidel av aksjekapitalen, gjøre erstatningsansvar gjeldende på selskapets vegne og i dets navn“*. Ordlyden taler således for at hvor generalforsamlingen har truffet beslutning om ansvarsfrihet eller forkastet forslag om å fremme krav, er aksjonærminoriteten gitt minoritetsrettigheter⁶⁰ med adgang til å fremme krav på selskapets vegne når minst en tidel av aksjonærene krever det. Dette innebærer således at hvor generalforsamlingen har truffet beslutning om ikke å forfølge krav etter asl./asal. § 3-7 kan aksjonærene med en tiendedel av aksjekapitalen likevel gjøre kravet gjeldende på selskapets vegne.

5.6 Konkursboet

Hovedregelen om beslagsretten er fastslått i dekl. § 2-2⁶¹. Det fremgår av bestemmelsen at *“Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger“*. Ordlyden taler således for at konkursboet trer inn i selskapets sted og kan innfordre alle selskapets krav. Etter juridisk litteratur fremgår av Aarbakke m.fl. (2004) s.197 *“Går selskapet konkurs, vil konkursboet kunne gjøre selskapets restitusjons- eller erstatningskrav gjeldende“*. Dette understøttes videre av rettspraksis herunder for restitusjonskrav jf. RG 1992 s.707 *“Ettersom eiendommen var overført til A Eiendom A/S, var det ikke mulig å pålegge B å tilbakeføre eiendommen slik § 12-8 forutsetter. Overensstemmende med juridisk teori ble derfor B pålagt verdirestitusjon av det han indirekte hadde mottatt som aksjonær i A Eiendom A/S.“* og for erstatningskrav jf. Rt

⁶⁰ Woxholth (2007) s.65 se Bråthen s.52

⁶¹ Andenæs (1999) s.46

1993 s.1399“*Lovens ordning er altså at kreditorene i og med registreringen får selskapformuen, og bare den, å holde seg til. Motstykket er at aksjekapitalen skal være tilført selskapet, i den utstrekning dette er angitt ved registreringen. Jeg ser det da slik at revisor Ytternes, ved den uriktige og subjektivt klanderverdige erklæring om aksjekapitalens innbetaling, har medvirket til at G-F Eiendom A/S ble registrert, med de nevnte rettsvirkninger, uten at aksjekapitalen var blitt tilført selskapet. Ved dette har han etter min oppfatning rettsstridig krenket selskapets og derigjennom kreditorenes interesser, og må være erstatningsansvarlig inntil aksjekapitalens beløp, som konkursboets krav er begrenset til.*“

Videre vil konkursboet også kunne omstøte utbetalinger til både aksjonærer og andre etter dekl. Kap.5⁶²jf. RG 1992 s.707 Kristiansand.

Dersom generalforsamlingen har truffet en beslutning etter asl./asal. § 17-4 om å ikke gjøre krav etter asl./asal. § 3-7 gjeldende, følger det nå av dekl. § 5-3 at “*Vedtak i foretaksorganer om ansvarsfrihet eller om at erstatningskrav ikke skal reises, binder ikke foretakets konkursbo dersom foretaket må antas å ha vært insolvent da vedtaket ble truffet eller konkurs ble åpnet innen ett år etter vedtaket*“. Av ordlyden fremgår dermed en mulighet for konkursboet til tross for generalforsamlingens vedtak om å ikke forfølge kravet etter asl./asal. § 3-7, en reell mulighet for konkursboet å likevel kunne forfølge kravet. Da en slik beslutning av generalforsamlingen ikke binder konkursboet dersom selskapet var insolvent da vedtaket ble truffet, eller konkurs ble åpnet innen ett år etter at vedtaket var fattet.

6. BORTFALL AV KRAV SOM GJELDER ULOVLIG UTDELING ETTER ASL./ASAL. § 3-7

6.1 Innledning

At et krav kan opphøre etter lang tid har de beste grunner for seg. Når en forpliktelse ikke har blitt innfridd til tross for at forpliktelsen har nådd høy alder taler oppgjørshensynet⁶³ for at forpliktelsen opphører. Det kan eksempelvis tenkes at det

⁶² Aarbakke m.fl. (2004) s.197

⁶³ Hagstrøm (2004) s.749

oppstår usikkerhet vedrørende om forpliktelsen er opphørt eller ikke. Det vil videre virke urimelig for aksjonæren om denne lang tid etter at utbyttet var blitt utbetalt plutselig skulle måtte betale tilbake det mottatte. Av denne grunn oppstilles grenser for hvor lenge et krav skal kunne bestå. For det første har vi reglene om foreldelse, men foreldelse må ha hjemmel i lov for å få virkning. Herunder Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) Lov av 18.mai 1978 nr. 18(heretter fl.). Foreligger ikke lovhjemmel om foreldelse, har man imidlertid muligheten til å innrette seg etter alminnelige grunnsetninger om opphør eller modifikasjon ved passivitet⁶⁴.

Bortfall av krav etter asl./asal. § 3-7 kan også falle bort gjennom beslutning i generalforsamling om ansvarsfrihet eller ved beslutning om at krav ikke skal fremmes jf. asl./asal. § 17-7 annet ledd jf. §§17-4 og 17-5.

6.2 Foreldelse

Det fremgår av fl.§ 1 første ledd *“Fordring på penger eller andre ytelser foreldes etter reglene i denne lov når ikke annet er lovbestemt“*. Ordlyden taler derfor for at hvor krav etter asl./asal.§ 3-7 er å anse som *“fordring på penger eller andre ytelser“* kommer foreldelsesloven til anvendelse. Krav etter asl./asal.§ 3-7 er normalt pengekrav og foreldelsesloven kommer derfor til anvendelse.

Hvor tilbakeføringskravet mot mottakeren er et krav på annet enn penger jf. fl.§ 1 *“andre ytelser“*, faller forholdet utenfor loven. Det forutsettes derfor i den videre behandling av punkt 6.2 at kravet er et pengekrav.

Videre oppstiller foreldelsesloven en alminnelig foreldelsesfrist jf. fl. § 2 *“Den alminnelige foreldelsesfrist er 3 år“*. Ordlyden er her klar og krav etter asl./asal.§ 3-7 foreldes etter den alminnelige foreldelsesfrist på 3 år. Utgangspunktet for fristen vil være den dag da selskapet hadde krav på å kreve oppfyllelse jf. fl. § 3 nr.1. Når ulovlig utdeling finner sted, oppstår samtidig selskapers krav på tilbakeføring.

Foreldelsesfristen starter således å løpe da utbetalingen fant sted. Dette følger av rettspraksis jf. Rt 1998 s. 1042 *“Når aksjonærer ulovlig tar ut midler av selskapet, kan selskapet kreve det mottatte tilbake. Kravet foreldes etter den alminnelige frist i foreldelsesloven § 2 jf § 3 nr 1, og utgangspunktet må være den dag selskapet hadde rett*

⁶⁴ Ibid. s.777

til å kreve oppfyllelse“.

Krav mot mottakeren etter asl./asal.§ 3-7 første ledd foreldes således etter den alminnelige foreldelsesregel på 3 år jf. fl. § 2. Foreldelsesfristen regnes etter den dag da selskapet hadde rett på oppfyllelse jf. fl. § 3. nr.1. Anvendt på ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7 vil det her si fra den dag utdelingen fant sted jf. Rt 1998 s.1042“
Utgangspunktet er at det er aksjeselskapet som har tilbakesøkningskravet. Når aksjonærer ulovlig tar ut midler av selskapet, kan selskapet kreve det mottatte tilbake. Kravet foreldes etter den alminnelige frist i foreldelsesloven § 2 jf. § 3 nr. 1, og utgangspunktet må være den dag selskapet hadde rett til å kreve oppfyllelse“

Krav mot medvirkeren etter asl./asal.§ 3-7 annet ledd, foreldes på samme måte som for mottakeren etter asl./asal.§ 3-7 første ledd etter 3 år. Jf. fl. § 2. Foreldelsesfristen regnes også her fra den dag da selskapet hadde rett til å kreve oppfyllelse. Hvilken dag selskapet har rett til å kreve oppfyllelse, beror på om medvirkeren anses for å ha et beneficium og hvor sterkt dette således er.

Videre oppstilles en tilleggsfrist jf. fl.§ 12. nr.1 “*Når fordringen tilkommer: a) umyndige mot verge eller overformynder, eller b) upersonlig rettshaver, så som aksjeselskap, lag eller stiftelse – mot medeier eller medlem av organ for rettshaveren, inntreffer foreldelse for ansvar vedkommende har pådratt seg i denne egenskap, tidligst 1 år etter at vervet er opphørt. Er rette vedkommende som kan gjøre kravet gjeldende på fordringshaverens vegne, før vervets opphør blitt kjent med de omstendigheter som kravet grunnes på, løper fristen fra dette tidligere tidspunkt. Regelen gjelder også forholdet mellom konkursskyldneren og boets organer“,*

Ordlyden taler dermed for at selskapet etter fl.§ 12 nr.1 bokstav b har en tilleggsfrist for fordring som selskapet har mot medeier eller medlem av organ for rettshaveren. For ansvar vedkommende har påtatt seg i denne egenskap⁶⁵. Bestemmelsen må således antas og også omfatte asl./asal.§ 3-7 da det i forarbeidene jf. Ot.prp.nr.38.(1977-1978) s.65 fremgår at “*Bestemmelsen skal også gjelde krav mot medeier. Dette vil få praktisk betydning for aksjeselskap når en aksjonær har en dominerende innflytelse i selskapet. Begrensingen vil her ligge i den foreslåtte avgrensning til ansvar pådratt « i denne*

⁶⁵ Andenæs s.457

egenskap »“.

Dernest modifiseres tilleggsfristen i fl.§ 12.nr.1 annet punktum, der det heter at hvis “rette vedkommende“ som kan gjøre kravet gjeldende på fordringshavers vegne, før vervets opphør er blitt kjent med de omstendigheter som kravet bygges på, løper fristen fra dette tidligere tidspunkt.⁶⁶ Siden saksanlegg om styreansvar forutsetter generalforsamlings vedtak jf. asl./asal.§ 17-3 eller boorganvedtak, må disse i utgangspunktet anses som rette vedkommende.⁶⁷ Støtte for dette standpunktet kan videre finnes i forarbeidene hvor det i Ot.prp.nr.38 (1977-1978) s.66 “Rette vedkommende » er den som - bortsett fra skyldnerrepresentanten selv - er nærmest til å vareta fordringshaverens tarv, altså i verjemål enten en habil overformynder eller setteverje, i selskapsforhold m.v. et organ (eller etter omstendighetene en annen særskilt bemyndiget representant) for rettssubjektet, i fullmaktsforhold fordringshaveren selv (eller den tredjemann som måtte være overlatt å vareta hans formueforhold)“.

Bestemmelsen kan ikke tillegges nevneverdig betydning så lenge selskapet er solvent. Men hvor selskapet tas under konkursbehandling antas tilleggsfristen å begynne å løpe fra tidspunktet hvor bostyret får kunnskap om det faktiske søksmålsgrunnlag jf. Rt 1998 s.1042 “Konkursboet har i relasjon til kravet etter aksjeloven § 12-8 også påberopt bestemmelsen i foreldelsesloven § 12 nr. 1 bokstav b, som gir en tilleggsfrist på ett år, blant annet for krav et aksjeselskap har mot "medeier eller medlem av organ for rettshaveren". Bakgrunnen for bestemmelsen er at foreldelse ikke bør inntre når det mellom debitor og kreditor består et slikt forhold at det ikke med rimelighet kan forlanges at kreditor skal gjøre kravet gjeldende. Før konkursåpningen kunne derfor ikke tilleggsfristen løpe så lenge aksjeselskapets krav måtte fremmes mot de to dominerende aksjonærer. Da selskapet gikk konkurs, endret dette forhold seg. Riktignok sto Stormbull og Nærings- Invest fortsatt som aksjonærer. Men bostyret kom inn som håndhever av kravet. I en slik situasjon vil ettårsfristen i foreldelsesloven § 12 nr. 1 bokstav b 2. punktum begynne å løpe fra bostyret fikk kunnskap om det faktiske søksmålsgrunnlag“.

Denne forståelsen av fl.§ 12. nr.1 bokstav b er senere også lagt til grunn i juridisk teori

⁶⁶ Ibid. s.457

⁶⁷ Hagstrøm s.753

jf. Rg 2010 s.233.

Endelig avbrytes foreldelsesfristen etter de alminnelige regler i fl. § 14 *“Foreldelse avbrytes når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen, så som ved løfte om betaling eller ved å betale rente. For at en stevning skal avbryte kravet etter asl./asal.§ 3-7 må det således foreligge identifikasjon mellom det krav som reises i stevningen og kravet etter asl./asal.§ 3-7⁶⁸ jf. Rt 1998 s1042“ Etter dette legger jeg til grunn at tilbakesøkningskravet foreldes etter foreldelsesloven. Utgangspunktet er at det er aksjeselskapet som har tilbakesøkningskravet. Når aksjonærer ulovlig tar ut midler av selskapet, kan selskapet kreve det mottatte tilbake. Kravet foreldes etter den alminnelige frist i foreldelsesloven § 2 jf. § 3 nr. 1, og utgangspunktet må være den dag selskapet hadde rett til å kreve oppfyllelse. Det begynte således å løpe en treårsfrist fra gjennomføringen av fisjonen annet halvår 1990. Dersom stevningen av 23. desember 1992 var fristavbrytende, ville kravet dermed ikke være foreldet. Om dette bemerker jeg: Stevningen viser ikke til aksjeloven § 12-8. Denne bestemmelse ble først påberopt i prosesskrift av 26. mai 1995 til lagmannsretten. Dersom fristen først ble avbrutt gjennom dette prosesskrift, er kravet foreldet“.*

6.3 Bortfall ved beslutning av generalforsamling

Etter asl./asal.§ 17-7 annet ledd fremgår det av bestemmelsen *“Bestemmelsene i §§ 17-4 og 17-5 gjelder tilsvarende for selskapets krav på tilbakeføring etter § § 3-7, 3-8 og 8-11, samt selskapets krav på godtgjørelse etter § 6-17“.* Ordlyden taler dermed klart for at reglene i asl./ asal.§§ 17-4 og 17-5 kan anvendes i samhold med krav etter asl./ asal.§ 3-7.

Etter asl./asal.§ 17-4 fremgår *“Har selskapets generalforsamling truffet beslutning om ansvarsfrihet eller forkastet forslag om å kreve erstatning mot noen som er nevnt i § 17-1, kan aksjeeiere som eier minst en tidel av aksjekapitalen, gjøre erstatningsansvar gjeldende på selskapets vegne og i dets navn. Har selskapet 100 eller flere aksjeeiere, kan kravet også gjøres gjeldende av aksjeeiere som utgjør minst 10 prosent av det samlede antall“.* Videre følger det av asl.§ 17-5 *“Har generalforsamlingen truffet*

⁶⁸ Andenæs s.457

beslutning om ansvarsfrihet eller om at ansvar ikke skal gjøres gjeldende, kan selskapet likevel fremme krav grunnet på forhold som generalforsamlingen på vesentlige punkter ikke fikk riktige og fullstendige opplysninger om da beslutningen ble truffet“. Ordlyden i bestemmelsene taler for at selskapets generalforsamling kan treffe både beslutning om ansvarsfrihet eller forkaste forsalg om å kreve erstatning mot noen som nevnt i asl./asal.§ 17-1.

Etter ordlyden i bestemmelsene må det dermed antas å ligge en mulighet for selskapets generalforsamling til å kunne beslutte at krav etter asl./asal.§ 3-7 både kan bortfalle ved beslutning om ansvarsfrihet, og at krav etter asl./asal.§ 3-7 kan bortfalle ved at generalforsamlingen forkaster forslag om å kreve erstatning etter asl./asal.§ 3-7.

6.4 Passivitet

Bestemmelsen i asl./ asal.§ 5-23 inneholder frist for å reise søksmål. Bestemmelsen gjelder den enkeltes aksjonærs adgang til å få kjent beslutning av generalforsamlingen ugyldig og kommer ikke til anvendelse på selskapets adgang til å anlegge søksmål mot aksjonærene⁶⁹. Dette følger av rettspraksis jf. Rt 1998 s. 1042 Asturp Løwener AS hvor det ble antatt at søksmålsfristen i asl. 1976 § 9-17 (någjeldende lovs § 5-23) ikke anses for å gjelde når selskapets konkursbo saksøker aksjonærene. Høyesterett uttalte i dommen“ *Jeg er kommet til at denne innsigelsen ikke kan føre frem, idet jeg må forstå bestemmelsen i aksjeloven § 9-17 slik at den ikke regulerer den situasjon at et konkursbo saksøker aksjonærene. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd, følger det klart av dens forhistorie at søksmålsfristen gjelder for krav som fremmes mot selskapet. I Innstilling om Lov om aksjeselskaper fra 1970 uttales det på side 138 i motivene til § 81 som tilsvarte § 9-17: Etter utkastet vil paragrafen både hjemle og begrense adgangen til å anlegge sak mot selskapet med påstand på fastsettelsesdom for at en generalforsamlingsbeslutning er ugyldig eller på dom som direkte endrer beslutningens innhold. Dette forhindrer ikke at det i andre søksmål legges til grunn for avgjørelsen at et generalforsamlingsvedtak må anses ugyldig, men det særskilte søksmål det er tale om i § 81, vil bare kunne anlegges av dem som er nevnt i paragrafen og på de vilkår den stiller.”* Det samme må da gjelde hvor

⁶⁹ Andenæs s.458

selskapet saksøker aksjonærene.

De ulovfestede regler om passivitetsvirkninger må imidlertid antas å kunne supplere foreldelseslovens regler⁷⁰. Dette følger videre av rettspraksis hvor Borgarting lagmannsrett i LB 1995 s.1556 uttaler følgende“ *Lagmannsretten må imidlertid ta stilling til spørsmålet om kravet likevel er bortfalt ut fra ulovfestede regler om passivitet. Lagmannsretten bemerker generelt at reglene om bortfall av krav på grunn av passivitet prinsipielt kan tenkes å komme til anvendelse også på et område som er undergitt foreldelseslovens regler. Det forhold at man befinner seg på foreldelsesloven område tilsier imidlertid at det skal relativt mye til før bortfall på grunn av passivitet er aktuelt. Det vises for så vidt til Arnholms drøftelse av passivitetsvirkninger i boken Tre utsnitt av den almindelige privatrett (1975), s. 55.*

Med bakgrunn i LB 1995 s.1556 må det derfor være riktig at kravet kan bortfalle etter ulovfestede passivitetsregler. Andenæs Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2.utg 2004 s.458 tar til orde for at det ved vurderingen av dette spørsmål må ulovlighetens art tas i betraktning. Som eksempler på hva som kan falle inn under passivitetsreglene nevnes overtredelse av saksbehandlingsregler, eller at beslutning kunne vært truffet av samtlige aksjonærer. Eksempel på hvor passivitetsreglene vanskelig kan antas å få virkning er hvor utbytteutdelingen ikke kunne vært truffet av samtlige aksjonærer, eksempelvis grunnet at kravet til utbyttegrunnlag i asl./asal.§ 8-1 ikke var oppfylt.

6.5 Andre rettsmidler

Etter asl./asal.§ 5-22 fremgår at “*En aksjeeier, et styremedlem eller daglig leder kan reise søksmål med påstand om at en beslutning av generalforsamlingen er ugyldig, fordi den er blitt til på ulovlig måte eller for øvrig er i strid med loven eller selskapets vedtekter. Slikt søksmål kan også reises av et flertall av de ansatte eller alternativt fagforeninger som omfatter to tredeler av de ansatte.*“ Ordlyden taler her for at en aksjonær som er krenket jf. asl./asal.§ 3-7 kan reise ugyldighetssøksmål mot selskapet. Det forutsettes imidlertid her at beslutningen om ulovlig utdeling jf. asl./asal.§ 3-7 er fattet av generalforsamlingen.

⁷⁰ Se. LB-1995-1556

7. Litteraturliste

Bøker

- Aarbakke m.fl. 1999 Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, Asle Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave, 1.utg, Oslo 1999
- Aarbakke m.fl. 2004 Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, Asle Aarbakke, Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave, 2.utg, Oslo 2004
- Andenæs 1992 Mads Henry Andenæs. Aksjeselskapsrett, Oslo 1992
- Andenæs 2006 Mads Henry Andenæs. Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper, 2.utg, Oslo 2006
- Andenæs 1999 Mads Henry Andenæs. Konkurs, Oslo 1999
- Bråthen Tore Bråthen. Selskapsrett, Oslo 2002
- Fleischer Carl August Fleischer. Rettskilder og juridisk metode, Oslo 1998
- Falkanger Aage Thor Falkanger. God tro, Oslo 1999
- Falkanger 2004 Thor Falkanger. Introduksjon til panteretten, Oslo 2004
- Hagstrøm Viggo Hagstrøm. Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo 2004
- Kjønstad/Tjomsland Asbjørn Kjønstad og Steinar Tjomsland. Foreldelsesloven, Oslo 1983

Robberstad	Anne Robberstad. Sivilprosess, Oslo 2009
Røed	Anne Cathrine Røed. Foreldelse av fordringer. Kommentarer til lov av 18.mai 1979 br.18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen, Oslo 1997
Lødrup	Petter Lødrup. Lærebok i erstatningsrett, Oslo 1999
Norsk Lov Kommentar	Peter Lødrup, Knut Kaasen, Steinar Tjomsland, Norsk Lov Kommentar, Oslo 2005
Woxholth	Geir Woxholth. Selskapsrett, Oslo 2007
Tidsskrifter	
Krokeide	Ketil Krokeide. Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter. Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 3/1982 s.353
Lovgivning	
1969	Lov om skadeserstatning (skadeerstatningslova) 13.juni 1969 nr.26
1976	Lov om aksjeselskaper(aksjeloven) 4.juni 1976 nr.59
1979	Lov om foreldelse av fordringer(foreldelsesloven) 18.mai 1979 nr.18
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) 8.juni 1984 nr.59
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Deet europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)m.v.(EØS-loven).

27.november. nr.109. 1992

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

1997 Lov om allmennaksjeselskaper(allmennaksjeloven) av 13.juni 1997 nr.44

Utenlandske lover

Aktiebolagslag Aktiebolagslag (2005:551)[Sverige]

Den danske aktieselskabsloven Den danske aktieselskabsloven nr. 370 av 13. juni 1973 [Danmark]

EU-direktiv

Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent.

Dommer

Rt 1929 s.503

Rt 1978 s.1062

Rt 1989 s.545

Rt 1990 s.1203

Rt 1993 s.1399

Rt 1993 s.1518

Rt 1995 s.1026

Rt 1998 s. 1042

Rt 2008 s.385

Rt 2009 s.1235

Rg 1992 s.707

LB 1995 s.1556

Rg 1999 s.707

Rg 2010 s.233

Forarbeider

NOU

NUT-1970-1 Innstilling til lov om aksjeselskaper 1970

NOU-1992-29 Lov om aksjeselskaper

NOU-1996-03 Ny aksjelovgivning

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.38 (1977-1978) Om Lov om forelding av fordringer

Ot.prp.nr.75 (1983-1984) Om lov om endringer i erstatningslovgivningen
(ansvar for dyr, regress, lemping m m og endringer
i bilansvarlova).

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

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

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

Innstilling til Odelstinget

Innst.O.nr. 92 (1984-85) fra justiskomiteen om endringer i erstatningslovgivningen.

Nettdokument

Keiserud

Konkursrådet: Thomas Keiserud, 16.01.2000,
Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra
aksjeselskaper. (Artikkelen er også trykket i
Konkurs i praksis Kap. 23 s.467 flg., Oslo 2000.