Ulovlig utbytte som grunnlag for ansvarsgjennombrudd

Kandidatnummer: 231

Antall ord: 13661

JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse 1

1 Innledning 3
1.1 Problemstilling, aktualitet og tema 3
1.2 Avhandlingens videre fremstilling 5

2 Aksjelovenes regler om utdeling av utbytte 6
2.1 Innledning 6
2.2 Selskapskapitalen i aksjeselskapet 6
2.3 Utbyttereglene i aksjelovenes kapittel 8 7
2.4 Aksjelovenes sanksjonsregler mot ulovlig utbytte 8

3 Ansvarsgjennombrudd 9
3.1 Innledning 9
3.2 Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett 10
3.3 Ansvarsgjennombruddvurderingen 12

4 Ulovlig utbytte som et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen 15
4.1 Innledning 15
4.2 Forarbeidene til aksjeloven 15
4.3 Rettspraksis 15
4.3.1 Innledning 15
4.3.2 Høyesterettspraksis der regelen om ansvarsgjennombrudd nevnes i domspremissene 16
4.3.3 Høyesterettspraksis der retten ikke uttrykkelig bygger på en regel om ansvarsgjennombrudd 17
4.4 Juridisk teori 20
4.5 Utenlandsk rett 21
4.6 Sammenhengen mellom ansvarsbegrensningen og aksjelovenes §§ 8-1 og 8-2 23
4.7 Konklusjon 24

5 Kan ulovlig utbytte utgjøre grunnlaget for ansvarsgjennombrudd? 25
5.1 Innledning 25
5.2 Brudd på aksjelovenes § 8-1 26
5.2.1 Betydningen av størrelsen på det ulovlige utbyttet 26
5.2.2 Hvem har tatt ut ulovlig utbytte 27
5.2.3 Hvor lett sporbart er det ulovlige utbyttet 29
5.2.4 Hvor mange ganger er det tatt ut ulovlig utbytte 30
5.2.5 Over hvor lang tid er det tatt ulovlig utbytte 31
5.2.6 Hvor skadelig er det ulovlige utbyttet for aksjeselskapets likviditet 31
5.2.7 Graden av skyld ved det ulovlige utbyttet 32
5.2.8 Konklusjon 32
5.3 Aksjelovenes sanksjonsregler 33
5.3.1 Aksjelovenes § 3-7 33
5.3.2 Aksjelovenes § 17-1 35

5.3.3 Konklusjon 38
5.4 Brudd på aksjelovenes § 8-2 39
5.4.1 Betydningen av størrelsen på det ulovlige utbyttet 39
5.4.2 Hvem har tatt ut ulovlig utbytte 40
5.4.3 Hvor lett sporbart er det ulovlige utbyttet 40
5.4.4 Hvor mange ganger er det tatt ut ulovlig utbytte 42
5.4.5 Over hvor lang tid er det tatt ulovlig utbytte 43
5.4.6 Hvor skadelig er det ulovlige utbyttet for aksjeselskapets likviditet 43
5.4.7 Graden av skyld ved det ulovlige utbyttet 43
5.4.8 Konklusjon 44
5.5 Brudd på både aksjelovenes §§ 8-1 og 8-2 44
5.6 Aksjelovenes sanksjonsregler 46
5.6.1 Aksjelovenes § 3-7 46
5.6.2 Aksjelovenes § 17-1 47
5.6.3 Konklusjon 47
6 Oppsummering 48
Litteraturliste 52

1 Innledning

1.1 Problemstilling, aktualitet og tema

Denne avhandlingen tar for seg spørsmålet om det er en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett i tilfeller hvor aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Paragraf 3-6 og utbyttereglene i kapittel 8 i lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven, asl.) og lov 13. Juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven, asal.) regulerer hva som kan utdeles som utbytte fra aksjeselskaper.

Ulovlig utbytte er *"utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven"* jf. asl./asal. § 3-7 (1). En naturlig forståelse av ordlyden er at brudd på enhver bestemmelse i aksjelovene kan utgjøre et ulovlig utbytte. I denne avhandlingen skal ulovlig utbytte forstås som utdeling av aksjeselskapets midler i strid med asl./asal. §§ 8-1 eller 8-2.

For å hindre at det tas ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, har aksjelovene sanksjoner i form av tilbakeføringsregelen i § 3-7, erstatningsansvar i § 17-1 og straffeansvar etter § 19-1. Ulovlig utbytte kan også kreves tilbakeført til aksjeselskapet etter reglene i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven, deknl.) om omstøtelse i kapittel 5, hvis aksjeselskapet var insolvent. Disse reglene skal ivareta at aksjeselskapet er i stand til å dekke aksjeselskapets gjeld til kreditorene.

Hovedbegrunnelsen for aksjonærenes begrensede rådighet over selskapskapitalen er ansvarsbegrensningen, som beskytter aksjonærene mot ansvar for aksjeselskapets plikter.[1]

Det følger av asl./asal. § 1-2 at:

"Aksjeeierne hefter ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser."

[1] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117: *"Utgangspunktet er at deltakernes begrensede ansvar for selskapets forpliktelser er en følge av at virksomheten er stiftet som et aksjeselskap."*. Se også Prop. 111 L. (2012-2013) s. 43.

En naturlig forståelse av ordlyden er at den som investerer i et aksjeselskap, ikke blir ansvarlig for aksjeselskapets gjeld. Formålet med bestemmelsen er å sikre kapitaltilførsel for aksjeselskapet.[2] Aksjonærene skal trygt kunne drive risikofylt virksomhet med begrenset ansvar, men da med begrenset tilgang på aksjeselskapets kapital som motvekt.[3]

Ansvarsbegrensningen bidrar også til å ivareta vesentlige samfunnsmessige interesser som ligger i å tilrettelegge for investeringer i næringslivet.[4] Ansvarsbegrensningen gjør at det blir satset kapital i aksjeselskaper, ettersom aksjeselskapsformen gir mindre risiko for investorer enn andre selskapsformer hvor deltakerne hefter direkte for selskapets gjeld. Uten ansvarsbegrensningen ville det ha blitt vanskeligere for næringsdrivende å få inn kapital til aksjeselskapet, selv for virksomheter med lav risiko.[5]

Utfordringen er at aksjonærene ikke alltid respekterer utbyttereglene. Saken som gjaldt Jonny Enger illustrer dette problemet.[6] Enger var eneaksjonær i Mece Invest AS, og fikk et personlig lån på 15 606 720 kr fra aksjeselskapet. Enger var klar over at lånet var i strid med utbyttereglene i aksjeloven, men overføringen ble likevel gjennomført og begrunnet med at det skulle tilbakebetales innen kort tid. Det kan derfor være en lav terskel for enkelte aksjonærer å ta ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet. Dette gjelder særlig der aksjonærene kan ha et behov for kapitaltilførsel, eller vil redusere risikoen for eget tap. Slike brudd på utbyttereglene fra aksjonærene viser at kreditorene ikke alltid er tilstrekkelig beskyttet mot ulovlig utbytte.

Det har vært diskutert om det kan gjøres unntak fra ansvarsbegrensningen gjennom ulovfestede regler om ansvarsgjennombrudd. Her vil kreditorene kunne se bort fra ansvarsbegrensningen, og derfor søke dekning for sine krav direkte fra aksjonærene, slik at aksjonærene blir ansvarlig for aksjeselskapets gjeld.[7] Det er i dag omstridt om vi har en regel om ansvarsgjennombrudd etter norsk rett, og hva som er regelens konkrete innhold.[8]

---

[2] Innstilling fra Aksjelovkomitéen av 1947, Oslo 1952, s. 29.
[3] Se Prop. 111 L. (2012-2013) s. 43, som følger opp Knudsens-utredning (2011), hvor aksjonærenes innskuddsplikt nevnes *"som et motstykke til ansvarsbegrensningen."*
[4] Se Ot.prp. Nr. 36 (1993-94) s. 89, hvor Justisdepartementet henviser til NHOs høringsuttalelse på s. 88.
[5] Innstilling fra Aksjelovkomitéen av 1947, Oslo 1952, s. 29.
[6] Bjørnestad og Kirkebøen (2017), aftenposten.no.
Se også lignende sak om Kari Traa jf. Grihamar (2011), aftenposten.no.
[7] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.
[8] Rt. 1996 s. 672, (side 678). Se også Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.

En dyptgående analyse av regelen om ansvarsgjennombrudd er ikke mulig å gjennomføre innenfor rammen av denne avhandlingen. Avhandlingen vil derfor avgrense seg mot ulovlig utbytte som forekommer nært opp til konkurs. Slike tilfeller reguleres av omstøtelsesreglene i deknl. og konkursreglene er for omfattende til å være en del av avhandlingen.

1.2 Avhandlingens videre fremstilling

I kapittel 2 vil det gjøres rede for aksjelovenes bestemmelser som gjelder spørsmålet om det foreligger ulovlige utbytte fra aksjeselskapet, og aksjelovenes sanksjonsregler mot ulovlig utbytte.

Deretter skal det i kapittel 3 gis en fremstilling av rettstilstanden for ansvarsgjennombrudd etter norsk rett, og en gjennomgang av ansvarsgjennombruddvurderingen.

I kapittel 4 skal det vurderes om ulovlig utbytte er et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen. Det skal også foretas en vurdering av sammenhengen mellom asl./asal. §§ 8-1 og 8-2 og ansvarsbegrensningen. Dette vil vise begrunnelsen for hvorfor ulovlig utbytte kan være et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen.

Kapittel 5 gjelder vekten av ulovlig utbytte i ansvarsgjennombruddvurderingen. Her skal det vurderes om utilbørlighetskriteriet for ansvarsgjennombrudd er oppfylt i tre forskjellige tilfeller av ulovlig utbytte. Formålet er å avgjøre når det ulovlige utbyttet er så kritikkverdig overfor kreditorene at ansvarsbegrensningen ikke lenger gjelder. Det skal også foretas en vurdering om aksjelovene har tilstrekkelig sanksjonsregler for å beskytte kreditorene. Behovet for en regel om ansvarsgjennombrudd ved ulovlig utbytte er et viktig moment i vurderingen av om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd ved ulovlig utbytte.

I kapittel 6 vil det bli gitt en konklusjon på avhandlingens problemstilling, og en vurdering av hva slags betydning en regel om ansvarsgjennombrudd kan få for næringslivet.

2 Aksjelovenes regler om utdeling av utbytte

2.1 Innledning

For overføringer fra aksjeselskapet til aksjonærene går det et grunnleggende skille mellom overføringer mot vederlag og vederlagsfrie overføringer.[9] Overføringer mot vederlag er ikke en utdeling av utbytte, ettersom det er en forretningsmessig avtale mellom aksjeselskapet og aksjonæren. Aksjeselskapet utgjør et selvstendig rettssubjekt og kan derfor inngå avtaler som binder selskapet.

Motsatt vil vederlagsfrie overføringer være utdeling av utbytte som må følge reglene om utdeling etter asl./asal. § 3-6. Asl./asal. § 3-6 gir aksjonærene gjennom utdeling av utbytte tilgang på avkastning av investert kapital, ettersom dette er en nødvendig forutsetning for aksjeselskapsformen.[10]

Formålet til asl./asal. § 3-6 er å sikre selskapskapitalen. Bestemmelsen bidrar også til å ivareta skillet mellom aksjeselskapet og aksjonærenes verdier, som er en forutsetning for ansvarsbegrensningen.[11] Det skal videre gis en kort gjennomgang av de mest sentrale reglene som gjelder utdeling av utbytte fra aksjeselskapet.

2.2 Selskapskapitalen i aksjeselskapet

For å sikre kapital i aksjeselskapet har aksjeloven bestemmelser om innskuddsplikt fra aksjonærene og forvaltningsansvar for styret.

Asl. § 3-1 forutsetter en innskuddsplikt på *"minst 30.000 norske kroner"* for aksjonærene. Formålet er å sikre selskapet en minimumskapital ved stiftelsen av aksjeselskapet, som skal ivareta kreditorenes interesse og hindre at selskapet får økonomiske problemer.[12] Aksjonærene får dra fordel av ansvarsbegrensningen ved å investere 30.000 kr i aksjeselskapet.[13]

---

[9] Woxholth (2014) s. 244.
[10] Knudsen (2011) s. 85.
[11] Reiersen (2014) s. 21-23.
[12] Knudsen (2011) s. 66, hvor det i tillegg nevnes at kreditorinteressen også blir beskyttet ved at selskapet ikke fritt kan tilbakeføre kapitalen til aksjonærene.
[13] Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 35.

Videre skal aksjeselskapet etter asl./asal. § 3-4 til enhver tid ha en forsvarlig egenkapital og likviditet. Bestemmelsen pålegger styret en plikt til å ivareta økonomien i aksjeselskapet og foreta nødvendige tiltak for å beskytte selskapskapitalen.[14] Bestemmelsen utgjør også en skranke for utdeling av utbytte etter aksjelovene kapittel 8.

2.3 Utbyttereglene i aksjelovenes kapittel 8

Asl./asal. § 8-1 utgjør en materiell utbyttebegrensning, hvor aksjeselskapet må ha en tilstrekkelig egenkapital og likviditet før utdeling av utbytte. Bestemmelsen skal redusere selskapets insolvensrisiko, og hindre at aksjonærene foretar disposisjoner som gjør at selskapet tappes for midler.[15]

Asl./asal. § 8-2 oppstiller formelle regler om hvem som har kompetanse innad i aksjeselskapet til å bestemme at det skal foretas utbytte.[16] Både styret og generalforsamlingen skal inkluderes i utbytteprosessen jf. asl./asal. § 8-2.

Utdeling av utbytte etter asl./asal. § 8-2 betegnes som en åpen utdeling, da den formelle prosessen med generalforsamlingen og styret gjør at overføringen fremstår utad som utdeling av utbytte.[17] Hvis utbytte ikke følger formkravene i asl./asal. § 8-2 vil det foreligge en skjult utdeling.[18] En skjult utdeling vil dermed fremstå som en alminnelig avtale som kan gjennomføres uten å følge aksjelovenes utdelingsregler, ettersom den ikke har en formell utbytteform.[19]

[14] Ot.prp. nr. 36 (1993–94) s. 68.
[15] Prop. 111 L (2012-2013) s. 54.
[16] Woxholth s. 251.
[17] Reiersen s. 49.
[18] Reiersen s. 50.
[19] Reiersen s. 51.

2.4 Aksjelovenes sanksjonsregler mot ulovlig utbytte

Asl./asal. § 3-7 (1) gir aksjeselskapet et tilbakeføringskrav mot mottakeren av det ulovlige utbyttet. Bestemmelsen skal sikre at midlene blir returnert tilbake til aksjeselskapet når utbyttet ikke oppfyller utbyttereglene i aksjelovene.

Aksjeselskapet kan også få et tilbakeføringskrav mot den som medvirker til at det blir delt ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 3-7 (2). Medvirkeransvaret gjør at flere subjekter kan holdes ansvarlig, og gir aksjeselskapet et større rom for inndrivelse av aksjeselskapets gjeld.[20] Medvirkningsansvaret betegnes som et subsidiært erstatningsansvar, som følge av at kravet bortfaller hvis mottakeren tilbakefører utdelingen i sin helhet.[21]

Hvis mottakeren eller medvirkeren var i god tro oppheves restitusjonsplikten etter asl./asal. § 3-7 (1) andre setning og (2). Formålet er å beskytte den godtroende mottaker og medvirker når utdelingen formelt fremstår som et lovlig utbytte.[22] Begrensingen gjelder likevel bare i de tilfellene hvor utdelingen følger av reglene i asl./asal. § 3-6, ellers vil restitusjonsplikten være uavhengig av skyld.[23]

Sanksjonsregelen i asl./asal. § 3-7 er gitt til aksjeselskapet gjennom styret. Selskapskreditorene kan derfor ikke anvende asl./asal. § 3-7 mot aksjonærer som tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.[24] Videre gir bestemmelsen bare et tilbakeføringskrav for det som er mottatt. Indirekte tap må kreves etter asl./asal. § 17-1.

Kreditorene kan gjennom asl./asal. § 17-1 (1) rette sitt erstatningskrav direkte mot aksjonæren, som følge av skade aksjonæren gjennom uaktsom eller forsettlig skadeforvoldelse har påført kreditorene. Handlingen eller unnlatelsen må imidlertid ha skjedd gjennom aksjeselskapet, som følge av vilkåret *"i den nevnte egenskap"* jf. asl./asal. § 17-1 (1). Bestemmelsens andre ledd åpner også for at medvirker kan holdes ansvarlig.

Aksjonæren kan i tillegg bli ansvarlig etter regelen om straff i asl./asal. § 19-1. Avhandlingen avgrenses mot denne bestemmelsen, ettersom det vil bli for omfattende å gå inn på straffeansvaret.

---

[20] Molven (2007) s. 31.
[21] Andenæs (2006) s. 455.
[22] Andenæs (2006) s. 453.
[23] Woxholth s. 257.
[24] Andenæs (2006) s. 455.

3 Ansvarsgjennombrudd

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at aksjonærene ikke kan bli personlig ansvarlig for aksjeselskapets gjeld jf. asl./asal. § 1-2.

Det kan imidlertid tenkes situasjoner der aksjonærene misbruker aksjeselskapsformen. Hvis det *"for eksempel ikke er mulig å skille virksomheten til aksjeeieren fra selskapets, eller om aksjeeieren har godtatt at selskapet drives uten tilstrekkelig kapital"*, åpner forarbeidene for at asl./asal. § 1-2 ikke gjelder.[25]

Dette kan føre til at aksjonærene blir personlig og ubegrenset ansvarlige for aksjeselskapets tap, som følge av deres misbruk av aksjeselskapsformen.[26] Når asl./asal. § 1-2 ikke lenger gjelder er det vanlig å bruke begrepet ansvarsgjennombrudd.

Begrepet ansvarsgjennombrudd har ikke blitt klarlagt i lov eller praksis. Ansvarsgjennombrudd kan også bli omtalt som *"gjennomskjæring"*, ettersom ansvarsgjennombrudd er en form for gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen.[27]

Det kan skilles mellom en vid og en snever forståelse av begrepet ansvarsgjennombrudd.[28] I vid betydning kan ansvarsgjennombrudd anvendes som navnet på tilfellene hvor aksjonæren blir ansvarlig for aksjeselskapets forpliktelser, uavhengig av hvilket grunnlag ansvaret følger av.[29] Dette vil allerede være en del av vårt rettslige system, ettersom vi allerede har etablerte ansvarsgrunnlag innen erstatningsretten, uavhengig av begrepet ansvarsgjennombrudd.[30]

[25] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.
[26] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117.
[27] NOU 1992: 29 s. 42.
[28] Asmundsson og Gustavsson s. 196.
[29] Asmundsson og Gustavsson s. 196. Fjørtoft (1997) s. 301, omtaler dette som "Spesiell identifikasjon"
[30] Asmundsson og Gustavsson s. 196-197.

Mer interessant er regelen i snever betydning. Her vil regelen om ansvarsgjennombrudd anses som et selvstendig grunnlag, adskilt fra andre grunnlag som kan føre til ansvar for aksjonæren.[31] Ut fra denne forståelsen vil det foreligge egne vilkår og rettsvirkninger for regelen, og spørsmålet om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd etter norsk rett vil være uavklart.[32]

I denne avhandlingen legger jeg til grunn den snevre betydningen av begrepet ansvarsgjennombrudd for å besvare spørsmålet om det finnes en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett.[33]

3.2 Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett

Det finnes ingen lovregel for ansvarsgjennombrudd i aksjelovene. Aksjelovsutvalget og Justisdepartementet har derimot åpnet for at det kan foreligge en begrenset adgang for gjennomskjæring etter norsk rett.[34] Dette kan enten være en innskrenkende fortolkning av asl./asal. § 1-2, eller at det er en egen ulovfestet regel som gjør unntak fra asl./asal. §1-2.

I mangel av en lovregel er det høyesterettspraksis som må danne primært rettsgrunnlag for en regel om ansvarsgjennombrudd.[35]

Det er viktig å skille mellom høyesterettspraksis før og etter 1996, ettersom det var først i Rt. 1996 s. 672 (Kongeparkdommen) og i Rt. 1996 s. 742 (Minnor-dommen) at spørsmålet om ansvarsgjennombrudd ble tatt opp til vurdering i Høyesterett.

Kongeparkdommen gjaldt Kongeparken AS som gikk konkurs uten dekning til de uprioriterte kreditorene. Kongeparken AS var et datterselskap hvor kreditorene anførte ansvarsgjennombrudd mot morselskapet.

Retten ga ikke kreditorene medhold. Videre tok retten ikke stilling til om vi har en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd etter norsk rett, men vurderte likevel regelens innhold og om det var grunnlag for ansvarsgjennombrudd mot morselskapet.[36]

---

[31] Asmundsson og Gustavsson s. 197. Fjørtoft s. 301, omtaler dette som ”Generell identifikasjon”
[32] Asmundsson og Gustavsson s. 197.
[33] *Hempel-dommen* i Rt. 2010 s. 306 gjelder ansvarsgjennombrudd i vid forstand, og avhandlingen vil derfor avgrense seg fra å gjelde denne.
[34] For Aksjelovsutvalget sitt syn, se NOU 1992: 29 s. 44.
For Justisdepartementet sitt syn, se Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 89-90.
Se også Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117, som har blitt fulgt opp i Ot.prp. Nr. 55 (2005-2006) s. 125.
[35] Nygaard (2004) s. 101.

Fra lagmannsretten kan det vises til RG-2007-411 hvor anke til Høyesterett ble nektet fremmet etter Høyesteretts kjennelse i HR-2007-154-U. Dommen gjaldt en eneaksjonær som ble ansvarlig for aksjeselskapets saksomkostninger etter den ulovfestede regelen om ansvarsgjennombrudd. Imidlertid mener Aarbakke mfl. at aksjonæren kunne ha blitt ansvarlig som følge av erstatningsreglene, ettersom aksjonæren sitt misbruk av aksjeselskapet var sterkt kritikkverdig.[37]

Det har også i juridisk teori blitt fremhevet en rekke andre dommer i vurderingen av grunnlaget for en regel om ansvarsgjennombrudd, men det følger ikke av domspremissene at resultatet er begrunnet i ansvarsgjennombrudd.[38]

Det foreligger derfor ingen høyesterettsdom som direkte uttrykker at vi har en regel om ansvarsgjennombrudd. Imidlertid kan det antas at Høyesterett i Kongeparkdommen og Minnor-dommen forutsetter at vi har en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Det ville ha vært ulogisk å vurdere tilfellet opp mot en regel om ansvarsgjennombrudd uten en slik forutsetning.[39]

I juridisk teori er det ulike syn på spørsmålet om det er en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Aarum åpner for en slik regel, men Asmundsson og Gustavsson mener derimot at det ikke er grunnlag i norsk rettspraksis for en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd.[40] Imidlertid var dette før Kongeparken- og Minnor-dommen. Det er dermed usikkert hvilken holdning forfatterne ville hatt etter disse to dommene fra 1996.

Fjørtoft, Hagstrøm og Andenæs stiller seg fortsatt tvilende, selv etter Kongeparkdommen og Minnor-dommen.[41] Aarbakke mfl. foretar en gjennomgang av rettstilstanden for regelen om ansvarsgjennombrudd etter norsk rett, men forfatterne gir ingen konkret konklusjon på spørsmålet.[42]

---

[36] Høyesterett valgte tilsvarende løsning i Minnor-dommen, se s. 757.
[37] Aarbakke, mfl. (2012) s. 44.
[38] Se Nåmdal (2008) s. 127, som viser til Rt. 1932 s. 1015, Rt. 1937 s. 21, Rt. 1937 s. 600, Rt. 1970 s. 871, Rt. 1975 s. 198, Rt. 1979 s. 81, Rt. 1985 s. 1221, Rt. 1991 s. 119, Rt. 1992 s. 236, Rt. 1993 s. 20. Se også Fjørtoft s. 310.
[39] Nåmdal s. 139.
[40] Aarum (1994) s. 26. Asmundsson og Gustavsson s. 293.
[41] Fjørtoft s. 314. Hagstrøm (2011) s. 112. Andenæs (2007) s. 57, mener at det er en restriktiv holdning i norsk rett, *"men at døren ikke er helt lukket igjen"*.
[42] Aarbakke, mfl. s. 42-45.

Woxholth konkluderer med at regelen om ansvarsgjennombrudd ikke har fått tilstrekkelig tilslutning i norsk rett, men han åpner for at det er prinsipielt mulig med ansvarsgjennombrudd og viser til RG-2007-411.[43]

Bugge og Nåmdal åpner for en regel om ansvarsgjennombrudd, men begrenser seg til forurensningsansvar og aksjonæransvar for miljøskader overfor ufrivillige kreditorer.[44] Nåmdal går mest i dybden på temaet og kan som følg av dette tillegges en større rettskildeverdi.[45]

Samlet sett er spørsmålet om vi har en regel om ansvarsgjennombrudd en komplisert materie. Selv om vi ikke har noe høyesterettspraksis som uttrykkelig legger til grunn en regel om ansvarsgjennombrudd, kan det på bakgrunn av Kongeparkdommen og Minnor-dommen antas at det er mulig ansvarsgjennombrudd i snever forstand for enkelte tilfeller etter norsk rett.

3.3 Ansvarsgjennombruddvurderingen

Utgangspunktet er at det kreves mye for å skjære igjennom ansvarsbegrensningen.[46] Begrunnelsen for dette er at det må antas at ansvar for aksjeselskapets forpliktelser vil kunne redusere investeringslysten, og dermed verdiskapninger i samfunnet.[47] En regel om ansvarsgjennombrudd må derfor begrenses til sjeldne unntakstilfeller.[48]

Det følger av Kongeparkdommen at det skal foretas en helhetsvurdering, hvor to argumenter må ses i sammenheng:

"(1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern."[49]

---

[43] Woxholth s. 133.
[44] Bugge (1999) s. 603-606. Nåmdal side. 389.
[45] Asmundsson og Gustavsson går også i dybden på temaet, men ettersom deres artikkel var før 1996-dommene vil de ikke få tilsvarende rettskildeverdi som Nåmdal.
[46] Rt. 1991 s. 119 (side 123).
[47] Se punkt 1.1.
[48] Fjørtoft s. 300.
[49] Side. 678-679. Dette har videre blitt fulgt opp i Minnor-dommen s. 757.

Ettersom argumentene skal ses i sammenheng kan helhetsvurderingen ta utgangspunkt i utilbørlighetskriteriet, hvor sammenblanding vil være et moment i denne vurderingen.[50] Det skal her foretas en avveining mellom hensynene bak ansvarsbegrensningen opp mot hensynet til kreditorene, hvor sistnevnte må være mer enn overveiende for at det skal foreligge ansvarsgjennombrudd.[51] Det må dermed være utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen for at utilbørlighetskriteriet skal være oppfylt.

Utilbørlighetskriteriet trekker i retning av at det kreves en klanderverdig opptreden, hvor juridisk teori har gjennom høyesterettspraksis fremhevet tapping, underkapitalisering, sammenblanding og dominerende rådighet som gjennombruddmotiverende.[52]

Ulovlig utbytte omtales ofte som *"tapping av selskapskapitalen"* eller *"tapping"*, men begrepet *"tapping"* kan også brukes om enhver overføring av midler fra selskapet til aksjonærene.[53] Imidlertid vil en lovlig overføring av verdier fra aksjeselskapet til aksjonæren som utgangspunkt i seg selv ikke være utilbørlig overfor kreditorene.

Hva som er klanderverdig opptreden etter utilbørlighetskriteriet kan være nærliggende til kravet om uaktsomhet, grov uaktsomhet eller forsett i culparegelen. Selv om uaktsomhet eller grovere skyldformer ofte vil foreligge i tilfellene hvor ansvarsgjennombrudd kan bli aktuelt, er det likevel ikke noe krav om skyld for å anvende regelen.[54]

Ansvarsgjennombrudd skiller seg også fra erstatningsretten ved at det ikke kreves årsakssammenheng mellom aksjonærenes erstatningsbetingede handlinger og kreditorenes økonomiske tap.[55]

---

[50] Dette vil stemme best med NOU 1992: 29 s. 43-44, hvor Aksjelovsgruppen mener at det må foreligge et *"særlig grunnlag"* for ansvar.
[51] NOU 1992: 29 s. 43-44.
[52] Asmundsson og Gustavsson s. 277. Se også Fjørtoft s. 314-316 og Hagstrøm (2011) s. 110-111.
[53] Asmundsson og Gustavsson s. 248 og s. 278.
[54] Asmundsson og Gustavsson s. 277. Se også Aarum (1994) s. 29 og Nåmdal s. 258.
[55] Se Aarum s. 30: "*Ved heftelse på grunnlag av ansvarsgjennombrudd, foretas altså ikke en vurdering av hvilken skade de ansvarliges forhold har påført selskapet, kreditorene eller andre*".

Hvem som er kreditor kan ha betydning i ansvarsgjennombruddvurderingen.[56]
En kontraktskreditor har frivillig valgt å komme i en kredittposisjon ved å yte kreditt til aksjeselskapet gjennom avtale, i motsetning til en ufrivillig kreditor som har et ufrivillig krav som ikke følger av et avtaleforhold.[57] Terskelen for ansvarsgjennombrudd kan tenkes noe lavere for ufrivillige kreditorer, ettersom de ikke *"kan vurdere det kontraherende selskapets stilling"* på samme måte som en kontraktskreditor.[58]

Aksjeselskapets rettssubjektivitet vil fortsatt gjelde overfor andre aksjonærer og kreditorer, da regelen om ansvarsgjennombrudd ikke medfører at aksjeselskapet blir oppløst.[59] Hver enkelt kreditor sitt krav må vurderes i forhold til hver enkelt aksjonær. Det kan derfor antas at en regel om ansvarsgjennombrudd vil avgrense seg til bare å omfatte kreditorene som det vil være utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen overfor.[60]

---

[56] Aarbakke, mfl. s. 44.
[57] Nåmdal s. 41-43. Se også Aarbakke, mfl. s. 44. I Kongeparkdommen og Minnor-dommen var det kontraktskreditorer som gikk til sak mot aksjeselskapet.
[58] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 117. Samme sted nevner Justisdepartementet at terskelen også kan være lavere for morselskaper i et konsern.
[59] Nåmdal s. 380.
[60] Se Kongeparkdommen s. 678-679, hvor retten nevner at det må være " *utilbørlig overfor kreditorene"*.

4 Ulovlig utbytte som et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen

4.1 Innledning

Vurderingstemaet er om det er utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen i det aktuelle tilfellet. Utfordringen er at det ikke kan knyttes enkle og klare kriterier til regelen om ansvarsgjennombrudd.[61] Det er derfor nødvending med en gjennomgang av rettskildene for å avgjøre om ulovlig utbytte er et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen.

4.2 Forarbeidene til aksjeloven

Forarbeidene nevner ikke direkte ulovlig utbytte som et moment i vurderingen av ansvarsgjennombrudd. Det kan imidlertid antas at aksjelovsutvalget ved forberedelsen av asl./asal. § 3-9 første ledd i NOU 1996: 3 s.87, forutsetter at ulovlig utbytte fra aksjeselskapet kan føre til ansvarsgjennombrudd.[62] Aksjelovsutvalget uttalte at *"De reglene som utvalget foreslår om transaksjoner i konsernforhold, tar ikke sikte på å endre reglene om ansvar i konsernforhold, herunder prinsippene om ansvarsgjennombrudd."* [63]

4.3 Rettspraksis

4.3.1 Innledning

Rettspraksis kan deles inn i to grupper.[64] Kongeparkdommen og Minnor-dommen utgjør den første gruppen, hvor Høyesterett uttrykkelig bygger på en regel om ansvarsgjennombrudd.
I den andre gruppen ble aksjonæren ansvarlig for selskapets gjeld, men det er uklart om retten kan ha bygget på en regel om ansvarsgjennombrudd.

[61] NOU 1992: 29 s. 44.
[62] Nåmdal s. 285-286.
[63] NOU 1996: 3 s. 87.
[64] Nåmdal s. 127.

Sistnevnte gruppe kan derfor brukes til å vurdere Høyesterett sin holdning til spørsmålet om ansvar for ulovlig utbytte fra aksjeselskaper, men dette gjelder bare argumentasjonsmåtene ettersom resultatene fra dommene ikke har noen overføringsverdi til spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.[65]

4.3.2 Høyesterettspraksis der regelen om ansvarsgjennombrudd nevnes i domspremissene

I vurderingen om det var utilbørlig å opprettholde ansvarsbegrensningen overfor kreditorene i Kongeparkdommen, la Høyesterett vekt på *"om det foreligger økonomisk ubalanse i forholdet mellom selskapene."*[66]

Høyesterett tok utgangspunkt i disposisjonsavtalen mellom Park Holding AS og datterselskapet Kongeparken AS. Retten konkluderte med at det ikke forelå *"ubalanse i de gjensidige forpliktelser mellom selskapene, (og) iallfall var ikke det i disfavør av Kongeparken AS."* [67]

Etter mitt syn kan Kongeparkdommen tolkes som et tilfelle hvor Høyesterett la vekt på tapping i ansvarsgjennombruddvurderingen. Når retten vurderer disposisjonsavtalen mellom selskapene er det etter mitt syn en vurdering om disposisjonsavtalen førte til ensidig overføring av midler fra Kongeparken AS til Park Holding AS.

Nåmdal tolker også Kongeparkdommen som et tilfelle hvor Høyesterett anvendte tapping i ansvarsgjennombruddvurderingen, men at retten ikke tok stilling til om det hadde skjedd et ulovlig utbytte.[68]

Kongeparkdommen taler derfor for at tapping av aksjeselskaper er et moment i ansvarsgjennombruddvurderingen, men den tar ikke stilling til om det må være ulovlig utbytte.

---

[65] Se Nåmdal s. 130.
[66] Side. 679.
[67] Side. 679. *"og"* har jeg lagt til.
[68] Se Nåmdal s. 291.

4.3.3 Høyesterettspraksis der retten ikke uttrykkelig bygger på en regel om ansvarsgjennombrudd

Dommen i Rt. 1932 s. 1015 gjaldt en bank som ble gjort ansvarlig for grunnbyrder som hørte til eiendommer banken tidligere hadde eiet. Banken mente at grunnbyrdene var overdratt til et av bankens aksjeselskaper, hvor banken hadde dominerende rådighet over aksjeselskapet som eneaksjonær og gjennom kontroll over styret. Samtidig rådet banken over eiendommene, og aksjeselskapets organer var ikke en del av prosessen når banken tok inntekter fra salg av eiendommene. Høyesterett konkluderte med 4-3 dissens at banken måtte stå ansvarlig for grunnbyrder som hørte til eiendommene, som følge av at eiendommene reelt ikke var overført til aksjeselskapet.

Det ble i dommen lagt vekt på at:

"Banken har tatt til inntekt for sig de midler som er innkommet ved salg av selskapets eiendommer - saavidt jeg har kunnet skjønne direkte ved egen forføining og ikke i kraft av nogen disposisjon fra selskapets side." [69]

Uttalelsen viser at Høyesterett vurderte og konkluderte med at banken foretok et ulovlig utbytte gjennom skjult utdeling, noe som var en del av begrunnelsen for at banken ble ilagt ansvar.

Asmundsson og Gustavsson mener at Rt. 1932 s. 1015 bygger på *"tilordning av grunnbyrdeforpliktelsene til aksjonæren som den reelle eier av eiendommene."* [70] Forfatterne avskriver dommen som utslag av ansvarsgjennombrudd i snever forstand, og mener videre at ansvaret ikke kunne begrunnes i culparegelen ettersom det var liten sannsynlighet for at aksjonæren hadde utvist uaktsomhet.[71]

Fjørtoft legger det samme til grunn, i motsetning til Aarum og Nåmdal som åpner for at dommen kan gjelde ansvarsgjennombrudd.[72] Nåmdal åpner for at dommen kan være *"(...) døme på at tapping i seg sjølv er tilstrekkelig for ansvarsgjennombrot."* [73]

---

[69] Side. 1018.
[70] Asmundsson og Gustavsson s. 282-283.
[71] Side. 282-283.
[72] Fjørtoft s. 310, Aarum s. 26 og Nåmdal s. 133.
[73] Nåmdal s. 293.

Dommen i Rt. 1985 s. 1221 gjaldt et privat sykehus drevet i aksjeselskaps form. Hærum hadde dominerende rådighet over aksjeselskapet, da han var administrerende overlege, hovedaksjonær og styremedlem. Hærum hadde solgt bygninger til aksjeselskapet, men beholdt eiendomsretten og leid disse tilbake til aksjeselskapet. Høyesterett konkluderte med at Hærum måtte bli ansvarlig sammen med aksjeselskapet for tilbakebetalingskravet. Begrunnelsen var at Hærum gjennom sin stilling i aksjeselskapet foretok ulovlige overføringer av inntekter til seg selv, noe som førte til at aksjeselskapet ikke kunne dekke sine utgifter til Vest-Agder fylkeskommune.

Dommen er et eksempel på ulovlig utbytte etter både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2, ettersom det ikke forelå noen formell utbytteprosess og det ikke var dekning til kreditorene i selskapskapitalen til aksjeselskapet. Det er imidlertid tvilsomt om dommen gjelder ansvarsgjennombrudd.

Asmundsson og Gustavsson mener at Rt. 1985 s. 1221 ikke gjelder ansvarsgjennombrudd, som følge av at Høyesterett konstaterte culpøs opptreden og dermed erstatningsansvar.[74] Nåmdal mener at dommen gjaldt styreansvar, ettersom Hærum ikke ble ansvarlig i kraft av å være aksjonær.[75]

Sjødal-dommen i Rt. 1993 s. 20 gjaldt en minoritetsaksjonær i et aksjeselskap, hvor aksjonæren også var styreformann. Sjødal brukte sin dominerende rådighet over aksjeselskapet til å ta ut ulovlig utbytte, noe som førte til at aksjeselskapet ikke kunne dekke sine forpliktelser overfor kreditorene. Høyesterett konkluderte med at lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (aksjeloven, opphevet) §§ 15-1 og 13-15 ikke kunne anvendes, ettersom det var enkeltkreditorerene som gikk til sak.

Høyesterett konstaterte likevel at Sjødal var ansvarlig som følge av:

"en totalvurdering av saksforholdet, herunder handlemåten til de personer som stod bak selskapet, og på kreditorenes rett til å få dekket sine krav før selskapsmidler tas ut av aksjonærene."[76]

---

[74] Side. 284.
[75] Nåmdal s. 129-130.
[76] Side. 27.

Sjødal hadde forsettlig tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet. Retten mente at han måtte *"anses direkte ansvarlig for kreditorenes tap, eventuelt sammen med Øhren som også deltok i "oppgjørsmøtet"."*[77]

Sjødal-dommen viser hvordan Høyesterett anvendte ulovlig utbytte som et moment i vurderingen om Sjødal skulle bli ansvarlig for kreditorenes tap. Det forelå ingen formell utdeling av utbytte etter asl./asal. § 8-2, og det materielle kravet etter asl./asal. § 8-1 var ikke oppfylt.

Det er imidlertid usikkert hvilket rettsgrunnlag Høyesterett bygger på i Sjødal-dommen, noe som har ført til diskusjon i juridisk teori. På den ene siden argumenteres det med at dommen skal forankres i culparegelen, som følge av at retten fremhever Sjødal sine forsettlige handlinger som grunnlag for ansvar.[78] På den andre siden kan det være vanskelig å forankre den i en culparegel, da det ikke er klare nok holdepunkter for et slikt rettsgrunnlag.[79]

Selv om enkelte av momentene har likhetstrekk med culparegelen vil dette ofte være tilfellet i vurderingen av ansvarsgjennombrudd.[80] Det kan være mest nærliggende å se dommen som et resultat av ansvarsgjennombrudd, hvor aksjeselskapet har blitt utsatt for grov tapping fra aksjonærene.[81]

Gjennomgangen viser at det usikkert om dommene gjelder ansvarsgjennombrudd, men det er tydelig at Høyesterett anser ulovlig utbytte som et relevant moment for å gjøre aksjonæren ansvarlig for selskapets gjeld.

[77] Side. 28.
[78] Asmundsson og Gustavsson s. 285.
[79] Nåmdal s. 137.
[80] Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 117.
[81] Nåmdal s. 138. Se også Aarum s. 26 og Fjørtoft s. 313.

4.4 Juridisk teori

Det har i juridisk teori vært ulike syn på spørsmålet om ansvarsgjennombrudd, men forfatterne har i likhet med Høyesterett i Kongeparkdommen gitt uttrykk for hva slags momenter som kan inngå i ansvarsgjennombruddvurderingen.

Asmundsson og Gustavsson mener at tapping av selskapskapitalen er et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen, og at tapping ikke må være i strid med aksjelovens utbytteregler for å være relevant.[82] Imidlertid mener forfatterne at tapping som ikke oppfyller utbyttereglene i aksjeloven i større grad kan anses som utilbørlig overfor kreditorene.[83]

Fjørtoft nevner *"illojal tapping av selskapsmidler"* som et moment i ansvarsgjennombruddvurderingen, og at saksforholdet i Sjødal-dommen åpnet for en slik vurdering.[84]

Hagstrøm og Nåmdal mener også at tapping er et relevant moment for ansvarsgjennombrudd.[85] Nåmdal bruker formuleringen ulovlig tapping, og begrunner moment med at tapping er:

"ein opptreden som er i strid med aksjeselskapsforma si føresetnad om at selskapsformuen skal vere eit dekningsobjekt for aksjeselskapet sine kreditorar." [86]

Ifølge juridisk teori kan tapping være et moment i ansvarsgjennombruddvurderingen, og som tidligere nevnt omfatter tapping ulovlig utbytte og lovlige overføringer.[87] Man kan dermed anta at juridisk teori anser ulovlig utbytte som et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen.

---

[82] Side. 278.
[83] Side. 278.
[84] Side. 316.
[85] Hagstrøm s. 110-111. Nåmdal s. 285-286.
[86] Side. 286.
[87] Se punkt. 3.3.

4.5 Utenlandsk rett

Gjennomgangen av de norske rettskildene viser at rettstilstanden etter norsk rett er usikker. Det kan derfor være av interesse å se hvordan regelen om ansvarsgjennombrudd anvendes i andre land. Utenlandsk rett vil i denne avhandlingen brukes til å vurdere hvilke typetilfeller som anses å reise problemer, og om de kan føre til en gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen.[88] Det er argumentasjonen fra utenlandsk rett som vil bli brukt, men det er viktig å anvende den kritisk.[89]

Det finnes for eksempel ikke en tilsvarende culparegel i amerikansk rett, noe som kan være en del av begrunnelsen for hvorfor regelen om ansvarsgjennombrudd anvendes i større grad i amerikanske domstoler. Argumentasjonen fra utenlandsk rett vil derfor anvendes som støttemoment for at løsningen burde være den samme etter norsk rett.[90]

Aksjelovgivningen følger av et nordisk samarbeid, og rettspraksis fra de andre nordiske landende kan dermed få betydning.[91]

Fra dansk høyesterett kan det vises til Midtfyn festival-dommen i UfR 1997 s. 1642. Dommen gjaldt selskapet Midtfyns Festival ApS (Festivalselskapet) som hadde arrangert Midtfyns Musikfestival hver sommer fra 1985 til 1990. Retten til servering på festivalplassen var overlatt til Restaurationsselskapet ApS, som var aksjonær i Festivalselskapet. Begge selskapene ble styrt av Peter Visby Færgemann. Festivalselskapet ble insolvent etter festivalen i 1990.

Retten la vekt på at det forelå en sammenblanding av inntekter og utgifter mellom selskapene, og at Restaurationsselskapet ApS hadde tappet Festivalselskapet. Bakgrunnen for tappingen var at fordelingen av inntekter og utgifter mellom selskapene førte til at Festivalselskapet gikk med underskudd, da Festivalselskapet måtte dekke de fleste utgiftene til begge selskapene. Dette kan anses som en form for skjult utdeling av utbytte, ettersom Festivalselskapet utførte tjenester til Restaurationsselskapet ApS uten at det ble betalt markedsmessig pris for tjenestene.

---

[88] Aarbakke, mfl. side. 43.
[89] Aarbakke, mfl. side. 43.
[90] Nygaard (2004) s. 110-111, som nevner at støttemomenter kan støtte opp om løsningen til sluttresultatet, selv om momentet ikke har vekt.
[91] NOU 1992: 29 s. 43.

Imidlertid følger det ikke av domspremissene at dommen gjaldt ansvarsgjennombrudd. I mangel av andre uttalte rettsgrunnlag for aksjonæransvaret er det nærliggende å tro at dommen bygger på regelen om ansvarsgjennombrudd.

Argumentasjonen fra dommen har derfor begrenset overføringsverdi til norsk rett, ettersom dommen i likhet med norsk rettspraksis i avhandlingens punkt 4.3.3 ikke er tydelig på om resultatet bygger på en regel om ansvarsgjennombrudd.

Fra amerikansk rett har flere stater anerkjent ulovlig utbytte som et relevant moment i vurderingen av ansvarsgjennombrudd, hvor aksjonæren har overført midler fra selskapet i en periode hvor det er usikkert om det er tilstrekkelig dekning for kreditorene sine krav.[92] Det er særlig stater som New Jersey og South Carolina som har lagt vekt på ulovlig utbytte som et *"specially persuasive argument for veil-piercing."* [93]

Et eksempel hvor ulovlig utbytte ble anvendt i ansvarsgjennombruddvurderingen følger av dommen Sturkie v. Sifly (Ct. App. 1984) fra South Carolina.

Dommen gjaldt aksjeselskapet Carolina Furniture som var nesten underkapitalisert fra opprettelsen. Aksjonærene holdt selskapet gående ved å gi selskapet personlige lån, og når selskapet hadde overskudd av midler overførte aksjonærene midlene tilbake. Overføringene fulgte ingen formell prosess og de ble ikke notert i regnskapet. Carolina Furniture endte til slutt med å gå på et stort tap, og aksjonærene valgte å overføre de resterende verdiene til et nytt selskap. Resultatet ble at Carolina Furniture måtte avslutte virksomheten. Retten anså dette som kritikkverdige forhold, men det var ikke tilstrekkelig for ansvarsgjennombrudd.

Sturkie v. Sifly er et tydelig eksempel på bruken av en regel om ansvarsgjennombrudd, i motsetning til Midtfyn festival-dommen. Selv om retten ikke konkluderte med at det var grunnlag for ansvarsgjennombrudd, viser argumentasjonen likevel at ulovlig utbytte fra aksjeselskapet til aksjonæren kan ha relevans i ansvarsgjennombruddvurderingen.

---

[92] Presser (2016) § 1: 8, sin fotnote 10.
[93] Presser (2016) § 2-37 North Carolina, sin fotnote 36.

4.6 Sammenhengen mellom ansvarsbegrensningen og aksjelovenes §§ 8-1 og 8-2

Aksjonærene hefter ikke for aksjeselskapets gjeld etter asl./asal. § 1-2, men ansvarsbegrensningen forutsetter at aksjonærene har en begrenset rådighet over aksjeselskapets midler av hensyn til kreditorene.[94] Asl./asal. § 8-1 er derfor en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen, ettersom den beskytter selskapskapitalen og ivaretar kreditorenes dekningsmuligheter når de ikke kan gjøre aksjonærene ansvarlige. Bakgrunnen er at utbyttereglene i asl./asal. § 8-1 reduserer risikoen for insolvens ved å stille materielle krav til hva som kan utdeles som utbytte.

Aksjonærene misbruker ansvarsbegrensningen når det tas ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1, som følge av sammenhengen mellom ansvarsbegrensningen og de materielle utbyttereglene i asl./asal. § 8-1.

En annen viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen er at aksjeselskapet skal ha en bestemt selskapsstruktur, hvor aksjonærene skal ha en begrenset mulighet til å styre aksjeselskapet.[95] Selskapsstrukturen krever at aksjonærene utøver sine rettigheter gjennom generalforsamlingen jf. asl./asal. § 5-1. Det skal i tillegg opprettes et styre etter asl./asal. § 6-1 (1), som skal ha ansvaret for forvaltningen av selskapet etter asl./asal. § 6-12. Ved å investere i et aksjeselskap har aksjonærene akseptert selskapsstrukturen, og at forvaltningen av aksjeselskapet overlates til styret.[96]

Asl./asal. § 8-2 bidrar til å ivareta forutsetningen til ansvarsbegrensningen, ved å kreve at utbytteprosessen følger selskapsstrukturen i aksjeselskapet. Aksjonærene på generalforsamlingen har ikke mulighet til å foreta en utdeling av utbytte uten at styret har lagt frem et slikt forslag etter asl./asal. § 8-2. Dermed foreligger det en sammenheng mellom asl./asal. § 8-2 og ansvarsbegrensningen.

---

[94] Aarbakke, mfl. s. 163.
[95] Nåmdal s. 199.
[96] Nåmdal s. 59. Se også asl/asal. § 6-1, 1.ledd.

De samfunnsøkonomiske hensynene bak ansvarsbegrensningen blir også påvirket når utbytte ikke følger utbyttereglene i asl./asal. §§ 8-1 og 8-2. Når aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet og misbruker selskapsstrukturen, vil investorenes ønske om å tilføre aksjeselskapet kapital bli svekket. Næringslivet er derfor avhengig av at aksjonærene respekterer utbyttebyttereglene og ikke misbruker ansvarsbegrensningen.

4.7 Konklusjon

Utbyttereglene er således en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen.

Det kan på bakgrunn av rettskildene konkluderes med at ulovlig utbytte etter asl./asal. §§ 8-1 eller 8-2 er et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen.

5 Kan ulovlig utbytte utgjøre grunnlaget for ansvarsgjennombrudd?

5.1 Innledning

Ansvarsgjennombrudd i snever forstand kan gi grunnlag for ansvar for aksjonærene i enkelte tilfeller.[97] Det er videre konkludert med at ulovlig utbytte er et relevant moment i ansvarsgjennombruddvurderingen, som følge av sammenhengen mellom utbyttereglene og ansvarsbegrensningen.[98] I dette kapittelet skal det vurderes om ulovlig utbytte i seg selv kan danne grunnlag for ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene.

Vurderingen tar utgangspunkt i utilbørlighetskriteriet, hvor det må være utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen. Det ulovlige utbyttet må derfor være så kritikkverdig overfor kreditorene, at hensynene til å beskytte selskapskapitalen og selskapsstrukturen kan sette til side ansvarsbegrensningen.

Ulovlig utbytte kan som omtalt i punkt 2.3 variere i forskjellige tilfeller. For å avgjøre når ulovlig utbytte oppfyller utilbørlighetskriteriet, vil avhandlingen ta for seg tre tilfeller av ulovlig utbytte. Dette vil vise i hvor stor grad hensynene bak ansvarsbegrensningen blir svekket når aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra selskapet.

Utbyttetilfellene skal også vurderes opp mot sanksjonsreglene i aksjeloven. Det vil være mindre behov for å innføre en regel om ansvarsgjennombrudd hvis aksjelovenes sanksjonsregler er tilstrekkelig til å beskytte kreditorene.[99]

---

[97] Se punkt 3.
[98] Se punkt 4.
[99] Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) side. 117, hvor Departementet nevner at: *"Ved vurderingen av spørsmål knyttet til gjennomskjæring bør det legges vekt på å unngå at det ansvar som kan følge av annen lovgivning, mister sin realitet."* Annen lovgivning kan for eksempel være asl./asal. §§ 3-7 og 17-1.

5.2 Brudd på aksjelovenes § 8-1

Asl./asal. § 8-1 skal sikre at aksjeselskapet har tilstrekkelig kapital ved utdeling av utbytte, og ivareta kreditorene sine dekningsmuligheter i aksjeselskapet. Hensynet til kreditorenes dekningsmuligheter er en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen, da den er til hinder for at aksjonærene blir ansvarlige for aksjeselskapets gjeld. Der det foreligger brudd på asl./asal. § 8-1 står ansvarsbegrensningen svakere.[100]

Spørsmålet blir om ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 er så kritikkverdig overfor kreditorene, at det kan oppfylle utilbørlighetskriteriet slik at aksjonæren ikke lenger er beskyttet av ansvarsbegrensningen.[101]

5.2.1 Betydningen av størrelsen på det ulovlige utbyttet

Kreditorene skal ha dekning for sine krav før aksjonærene tar ut verdier fra aksjeselskapet.[102] Prinsippet gjelder uavhengig av størrelsen på det ulovlige utbyttet, da enhver form for brudd på asl./asal. § 8-1 vil svekke kreditorenes dekningsmuligheter.

Imidlertid vil ikke alle tilfeller av ulovlig utbytte føre til at aksjonæren blir ansvarlig for selskapets gjeld gjennom en regel om ansvarsgjennombrudd. Ansvarsbegrensningen er en viktig forutsetning for aksjeselskapsformen, noe som tydeliggjør den høye terskelen for ansvarsgjennombrudd.[103]

Aksjeselskapsformen åpner for at aksjonærene kan drive aksjeselskapet med lav egenkapital og stor risiko. Utbytte som strider med asl./asal. § 8-1 må dermed være så omfattende at selskapet får problemer med å gjenopprette en forsvarlig egenkapital og likviditet. Dette vil utgjøre en insolvensrisiko, og aksjeselskapet kan da være underkapitalisert.[104] Det er i slike tilfeller utilbørlighetskriteriet kan tenkes oppfylt.

---

[100] Se punkt 4.6.
[101] Det legges her til grunn at de formelle utbyttereglene i asl./asal. § 8-2 er oppfylt.
[102] Se Sjødal-dommen (side 27).
[103] Se punkt 3.3.
[104] Underkapitalisering har blitt trukket frem som et gjennombruddmotiverende moment, se punkt 3.3.

5.2.2 Hvem har tatt ut ulovlig utbytte

Ved utdeling av utbytte etter asl./asal. § 8-2 skal styret legge frem forslag om utbytte, og det er opp til aksjonærene på generalforsamlingen om forslaget skal godkjennes.

Aksjonærene som har en viss grad av innflytelse i aksjeselskapet kan omtales som aksjonærer med en dominerende rådighet.[105] Godkjenning av utbytte krever alminnelig flertall fra aksjonærene etter asl./asal. § 5-17 (1), og en majoritetsaksjonær vil gjennom sin dominerende rådighet kunne bestemme om forslaget fra styret skal godkjennes.

Utgangspunktet er at hensynene til ansvarsbegrensningen blir ivaretatt, selv om aksjonærene har en slik dominerende rådighet i selskapet. Aksjelovene setter ingen begrensninger for at aksjonærene kan ha en majoritetsposisjon eller styreverv i aksjeselskapet, noe som gjør at utilbørlighetskriteriet ikke er oppfylt utelukkende på grunn av dette. Derimot vil et ulovlig utbytte som følge av aksjonærens misbruk av sin dominerende rådighet i aksjeselskapet lettere kunne føre til at utilbørlighetskriteriet blir oppfylt.[106]

Hva som kreves er imidlertid usikkert. Hvis aksjonæren blir ansvarlig for selskapets gjeld bare ved å stemme for et ulovlig utbytte på generalforsamlingen, kan dette føre til at regelen om ansvarsgjennombrudd blir for vid.[107] Det skal derfor foretas en gjennomgang av hvilke tilfeller hvor aksjonærenes handlinger fører til at ansvarsbegrensningen står svakere.

En aksjonær kan gjennom sin posisjon som styremedlem legge frem et forslag for generalforsamlingen om at selskapet skal foreta en utdeling av ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1. Styret har et større ansvar overfor kreditorene, ettersom forvaltningen av aksjeselskapet er styret sin oppgave etter asl./asal. § 6-12. Hensynene bak ansvarsbegrensningen beskytter derfor i mindre grad mot ansvarsgjennombrudd når aksjonærer med styreverv skader kreditorenes dekningsmuligheter.

[105] Asmundsson og Gustavsson s. 280.
[106] Asmundsson og Gustavsson s. 280.
[107] Regelen om ansvarsgjennom skal være en snever unntaksregel jf. punkt 3.3.

Ett eksempel på dette er Rt. 1985 s. 1221. Hærum sin posisjon i aksjeselskapet var en del av begrunnelsen for ansvar, hvor Høyesterett la vekt på at Hærum *"har enten i egenskap av administrerende overlege eller i kraft av sin stilling i aksjeselskapet"* tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.[108] Hærum var administrerende overlege for det private sykehuset, styremedlem og hovedaksjonær, noe som gjorde han til en aksjonær med dominerende rådighet over aksjeselskapet.

Lignende argument ble brukt for ansvar i Sjødal-dommen. Retten la vekt på *"handlemåten til de personer som sto bak selskapet",* som følge av at aksjonæren hadde tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet gjennom sin posisjon som styreformann.[109]

Videre kan styret bestå av personer med tilknytning til aksjonæren, ettersom det er aksjonærene som gjennom generalforsamlingen velger medlemmene av styret etter asl./asal. § 6-3. En slik tilknytning gir aksjonæren mulighet til å gi uformelle instrukser til styret utenfor generalforsamlingen, som kan føre til at styret blir påvirket til å legge frem forslag om utdeling av ulovlig utbytte.[110] Hvis aksjonæren presser styret til å foreta et ulovlig utbytte gjennom slike instrukser vil ansvarsbegrensningen stå svakere, da aksjonæren i større grad bidrar til å skade kreditorenes dekningsmuligheter.

Et annet tilfelle er at aksjeselskapet kan bestå av bare én aksjonær, hvor aksjonæren utgjør både generalforsamlingen og selskapets ledelse.[111] Her vil selskapsorganene ikke være uavhengige, fordi aksjonæren kontrollerer hele aksjeselskapet. En slik sammenblanding av selskapsorganene åpner for at aksjonæren gjennom styret kan legge frem forslag om ulovlig utbytte, hvor han deretter godkjenner forslaget på generalforsamlingen. Resultatet kan bli at utbytte er ulovlig etter asl,/asal. § 8-1, men at det fremstår som lovlig ved at asl./asal. § 8-2 er oppfylt.

---

[108] Side. 1234.
[109] Side. 27.
[110] Aarbakke, mfl. s. 397.
[111] I et allmennaksjeselskap er det imidlertid krav om at styret består av minst tre medlemmer jf. asal. § 6-1.

En viktig forutsetning for at aksjonærene skal beskyttes av ansvarsbegrensningen er at aksjonærene skal ha en begrenset mulighet til å kontrollere aksjeselskapet.[112] Gjennomgangen viser at forvaltningen av aksjeselskapet kan ha blitt overtatt av aksjonærene. I slike tilfeller kan aksjeselskapet ha sterke likhetstrekk med et ansvarlig selskap.[113]

Når aksjonærene har tatt over forvaltningen av aksjeselskapet og bruker denne kontrollen til å ta ut utbytte som ikke oppfyller de materielle kravene i asl./asal. § 8-1, kan det være utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen.

5.2.3 Hvor lett sporbart er det ulovlige utbyttet

Hvor utilbørlig det er overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen vil påvirkes av hvor vanskelig det er å oppdage ulovlig utbytte fra aksjeselskapet. Bakgrunnen er at kreditorene må bevise at det foreligger ulovlig utbytte for å anvende aksjelovenes sanksjonsregler.

En utdeling av utbytte etter den formelle prosessen i asl./asal. § 8-2 kan lettere oppdages, i motsetning til en en skjult utdeling av utbytte utenfor selskapsorganene. Dette er en åpen prosess som skjer på generalforsamlingen, hvor det skal føres protokoll fra generalforsamlingen og styremøtet etter asl./asal. §§ 5-16 og 6-29.[114] I tillegg har alle aksjonærene møterett etter asl./asal. § 5-2.

Videre er aksjeselskaper regnskapspliktige etter lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven, rskl.) § 1-2 (1), og utdelingen av utbytte etter asl./asal. § 8-2 skal føres opp i regnskapet til aksjeselskapet. Ved en gjennomgang av regnskapet kan kreditorene dermed etterprøve om utbytte var ulovlig etter asl./asal. § 8-1. Aksjeselskaper kan også ha en egen revisor som kan bidra til å avdekke ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, da denne personen skal ha oversikt over selskapets økonomi.

[112] Se punkt 4.6.
[113] Nåmdal s. 199.
[114] Imidlertid må kreditorene gå til søksmål for å få tilgang på protokollene, fordi dette er interne dokumenter i aksjeselskapet. Det er også begrenset hva slags betydning protokollene kan ha for å avdekke et ulovlig utbytte, ettersom det ikke er noe krav om at de skal inneholde det økonomiske grunnlaget for utbyttet.

Imidlertid kan det oppstå tilfeller hvor aksjeselskapet ikke har ført tilstrekkelig regnskap eller at det ikke finnes noe regnskapet. Dette gjelder særlig aksjeselskaper uten revisor, ettersom det ikke er en uavhengig tredjepart som kontrollerer regnskapet. Regnskapsproblemer var en del av begrunnelsen til Høyesterett for ansvar i Rt. 1985 s. 1221. Det ble ikke *"gitt opplysninger til fylket om overføringene, som heller ikke fremgikk av de fremlagte regnskaper for sykehuset."*[115]

Høyesterett la også vekt på dårlige regnskap i Sjødal-dommen, hvor "*Regnskapsførselen ble ivaretatt av et regnskapsbyrå, som imidlertid bare den første tid fikk oversendt bilag som kunne gi grunnlag for en forsvarlig regnskapsførsel."*[116]

En annen side er at det i enkelte aksjeselskaper kan være en krevende prosess å avgjøre om utbytte er ulovlig etter asl./asal. § 8-1. Aksjeselskapet kan ha en næringsvirksomhet som er særlig utsatt for markedssvingninger, hvor det kan være vanskelig å avgjøre om utbytte er forsvarlig etter asl/asal. § 8-1 (4). Ettersom kreditorene har en begrenset innsikt i aksjeselskapets økonomi, kan de få problemer med å avgjøre om overføringene er ulovlig hvis de ligger i yttergrensen mellom lovlig og ulovlig utbytte.

5.2.4 Hvor mange ganger er det tatt ut ulovlig utbytte

Hver gang det tas ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 svekkes kreditorene sine dekningsmuligheter, og ansvarsbegrensningen står svakere. Når det gjelder jevnlige brudd på asl./asal. § 8-1 kan tilfellene bestå av små og store beløp. Utgangspunktet er at isolerte tilfeller med små beløp ikke oppfyller utilbørlighetskriteriet.[117]

Imidlertid vil det være en større sannsynlighet for at aksjonærene driver aksjeselskapet på kreditorenes regning hvis aksjonærene gjentatte ganger tar ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1. Dette vil styrke momentet om at aksjeselskapet kan være underkapitalisert, og at kreditorenes dekningsmuligheter er i fare.[118] Hensynene bak ansvarsbegrensningen vil derfor svekkes når det gjentatte ganger tas ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1.

---

[115] Side. 1234.
[116] Side. 27.
[117] Se punkt 5.2.1.
[118] Se punkt 3.3 hvor underkapitalisering er et moment som trekker i retning av ansvarsgjennombrudd.

5.2.5 Over hvor lang tid er det tatt ulovlig utbytte

Tidsperioden vil også påvirke hensynene bak ansvarsbegrensningen. Ulovlig utbytte fra aksjeselskapet over en kort periode kan følge av dårlig drift, markedssvingninger eller enkelte feilvurderinger for utdeling av utbytte. Motsatt vil ulovlig utbytte over en lengre periode indikere at aksjeselskapet er underkapitalisert, og at aksjonærene forsettlig tapper selskapet for verdier. Dette kan tyde på at aksjonærene har bestemt seg for å drive aksjeselskapet på kreditorenes regning, noe som svekker hensynene til ansvarsbegrensningen.[119]

5.2.6 Hvor skadelig er det ulovlige utbyttet for aksjeselskapets likviditet

Aksjeselskapets likviditet har særlig betydning når det skal foretas en utdeling av utbytte.[120] Hvis utbytte ikke oppfyller asl./asal. § 8-1 kan det føre til at aksjeselskapet ikke klarer å innfri sine betalingsforpliktelser overfor kreditorene. Det må derfor vurderes hvor skadelig det ulovlige utbyttet er for aksjeselskapets likviditet.

Ulovlige utbytte etter asl./asal. § 8-1 kan ha forskjellig påvirkning på ulike aksjeselskaper. Veletablerte aksjeselskaper med lav risiko og gjeld vil i mange tilfeller ha en solid likviditet. Slike aksjeselskaper vil derfor være mindre utsatt for markedssvingninger, og kreditorene sine dekningsinteresser vil i større grad være beskyttet.

Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 kan derimot være særlig skadelig for likviditeten til nyetablerte aksjeselskaper. Nyetablerte aksjeselskaper kan ha en sårbar likviditet som følge av høye gjeldsforhold i oppstartsfasen. Aksjeselskaper med risikofylt virksomhet er også sårbare, ettersom de er mer utsatt for markedssvingninger. Det ulovlige utbyttet kan dermed utgjøre en risiko for insolvens for slike aksjeselskaper, ettersom det er usikkert om aksjeselskapet klarer å gjenopprette en forsvarlig likviditet. Det er i slike tilfeller ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 kan være særlig skadelig for aksjeselskapets likviditet.

[119] Se punkt. 4.6.
[120] Prop. 111 L. (2012-2013) s. 77.

5.2.7 Graden av skyld ved det ulovlige utbyttet

Utilbørlighetskriteriet påvirkes også av skyldgraden hos aksjonærene.[121] Det vil være mer kritikkverdig overfor kreditorene hvis aksjonæren uaktsomt, grovt uaktsomt eller forsettlig tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Utgangspunktet er at det ikke er noe krav om at aksjonærene skal ha en forretningsmessig innsikt i aksjeselskapets økonomi. Aksjonæren har investert penger i aksjeselskapet gjennom kjøp av aksjer, og overlatt forvaltningen av aksjeselskapet til styret jf. asl./asal. § 6-12. Aksjonærer uten slik innsikt vil dermed ha mindre grad av skyld hvis det ulovlige utbyttet behandles etter reglene i asl./asal. § 8-2. Dette gjelder særlig med tanke på asl./asal. § 8-1 (4), ettersom det kan være krevende å vurdere utbyttegrunnlaget etter denne skjønnsmessige regelen.

Aksjonærer med en dominerende rådighet i aksjeselskapet gjennom for eksempel styreverv, kan derimot ha en god forståelse av aksjeselskapets økonomi.[122] Her kan det lettere tenkes at aksjonæren utviser en form for skyld hvis det blir tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Høyesterett la til grunn i Sjødal-dommen at slike tilfeller kan føre til ansvar. Sjødal misbrukte sin stilling som styreformann til å overføre midler til seg selv og Øhren på bekostning av kreditorene. Opptreden var ifølge Høyesterett *"et klart og forsettlig rettsbrudd i forhold til kreditorene"*.[123] Denne dommen synes dermed klart å indikere at skyldbetraktninger er relevant når man skal vurdere hvor kritikkverdig et ulovlig utbytte er overfor kreditorene.

5.2.8 Konklusjon

Gjennomgangen viser at ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 svekker hensynet til kreditorenes dekningsmuligheter. Imidlertid er det en høy terskel for å anvende regelen om ansvarsgjennombrudd. Den skal begrenses til grove tilfeller av ulovlig utbytte.[124] Det er først når det ulovlige utbyttet er omfattende og skadelig for aksjeselskapets betalingsevne at det kan oppfylle utilbørlighetskriteriet.

---

[121] Asmundsson og Gustavsson s. 277.
[122] Se asl./asal. § 6-12 (3).
[123] Side 28.
[124] Se punkt. 3.3.

5.3 Aksjelovenes sanksjonsregler

Ettersom ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 kan oppfylle utilbørlighetskriteriet, må det foretas en vurdering om aksjelovenes sanksjonsregler er tilstrekkelig for å beskytte kreditorene. Det vil være mindre behov for en regel om ansvarsgjennombrudd hvis kreditorene allerede er tilstrekkelig beskyttet mot ulovlig utbytte gjennom aksjelovenes sanksjonsregler.

5.3.1 Aksjelovenes § 3-7

Asl./asal. § 3-7 gir aksjeselskapet et tilbakeføringskrav mot *"mottakeren"* eller *"medvirker",* for verdiene som *"mottakeren"* eller *"medvirker"* har ført ut fra aksjeselskapet. Når det ulovlige utbyttet er blitt ført tilbake til aksjeselskapet, vil selskapskapitalen igjen fungere som midler til dekning for selskapskreditorene og redusere insolvensrisikoen.

Asl./asal. § 3-7 er i mange tilfeller en effektiv sanksjon mot ulovlig utbytte. Det er ikke et vilkår etter bestemmelsen at aksjeselskapet må bevise hvem i selskapet som har bidratt til det ulovlige utbyttet. [125] Dette kan være krevende i aksjeselskaper med et stort antall aksjonærer.

Når utdelingen oppfyller asl./asal. § 8-2 kan protokollen fra generalforsamlingen eller styremøtet vise hvem som var mottakeren av det ulovlige utbyttet. Den som har mottatt det ulovlige utbyttet må tilbakeføre dette til selskapet.

For det andre har asl,/asal. § 3-7 et stort anvendelsesområde, ved at alle overføringer som er *"i strid med bestemmelsene i loven"* skal føres tilbake til selskapet. Dette gjelder selv om ytelsen ikke er i behold.[126] Bestemmelsen gjelder såldes ulovlig utbytte uten hensyn til størrelsen på det ulovlige utbyttet.

[125] Det kan imidlertid oppstå problemer med krav mot en medvirker etter asl/asal. § 3-7 (2), fordi det her må bevises hvem i selskapet som har medvirket til det ulovlige utbyttet.
[126] Aarbakke, mfl. s. 195.

Asl./asal. § 3-7 er imidlertid reservert til aksjeselskapet. Kreditorene kan ikke anvende bestemmelsen som en sanksjonsregel mot aksjonærene.[127] Dette utgjør en begrensning for asl./asal. § 3-7, særlig i aksjeselskaper med bare én aksjonær. Her kan aksjonæren ta ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, og i tillegg ha ansvaret for tilbakeføringskravet etter asl./asal. § 3-7. Kreditorene må i slike tilfeller forholde seg til erstatningsreglene i asl./asal. § 17-1.

Tilbakeføringskravet tar ikke hensyn til hva slags type ulovlig utbytte som har blitt foretatt. Aksjonærene vil ikke få en strengere sanksjon for mer kritikkverdige forhold, noe som begrenser bestemmelsen sin preventive effekt. Asl./asal. § 3-7 er i tillegg begrenset til bare å gjelde det som er *"mottatt"*. Den gjelder ikke aksjeselskapets indirekte tap i form av for eksempel tapte inntekter.[128]

Forutsetningen for denne avhandlingen er at det er tatt ut ulovlig utbytte. For at tilbakeføringsregelen i asl./asal. § 3-7 skal fungere som et virkemiddel mot ulovlig utbytte, må det være klart hva som er ulovlig utbytte. Asl./asal. § 3-7 krever at utbytte må være *"i strid med bestemmelsene i loven"*.

Problemet er at det kan være vanskelig å avgjøre om utbytte er lovlig eller ulovlig etter asl./asal. § 8-1 (4) jf. § 3-4, ettersom det må foretas en skjønnsmessig vurdering om utbytte var lovlig. Dette kan skape problemer for store aksjeselskaper med en omfattende økonomi, hvor det i ettertid kan være krevende å avgjøre om aksjeselskapet hadde en forsvarlig egenkapital og likviditet til å foreta en utdeling av utbytte.

Videre følger det ikke noe eksplisitt dokumentasjonskrav for styrets vurdering etter asl./asal. § 8-1 (4) jf. § 3-4.[129] Kravet er at styret skal føre styreprotokoll etter asl./asal. § 6-29. Problemet er at styret kan misligholde denne plikten, eller at styreprotokollen ikke kan brukes til å vurdere grunnlaget for utbytte. Etterprøvbarheten om utbytte var lovlig kan derfor bli ressurskrevende i ettertid, og kan føre til at flere tilfeller av ulovlig utbytte ikke blir oppdaget.[130]

---

[127] Se punkt 2.4.
[128] Asmundsson og Gustavsson s. 254.
[129] Halum (2014) s. 74.
[130] Halum s. 83.

En annen side er at domstolene er tilbakeholdende med å overprøve slike forretningsmessige vurderinger som foretas i asl./asal. § 8-1 (4), da domstolene ikke vil ha det samme grunnlaget til å overprøve aksjeselskapets egne vurderinger.[131] Resultatet kan bli at mindre overtredelser indirekte bli akseptert av rettsordenen, noe som kan føre til at det tas ut ulovlig utbytte gjentatte ganger over en lengre periode.[132]

Det må også foreligge ulovlig utbytte dersom det skal kunne danne grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Utfordringen med å avgjøre om utbytte er lovlig eller ulovlig vil dermed også gjøre seg gjeldende der.

Problemene som er beskrevet over kan dermed føre til at store verdier føres ut fra aksjeselskapet uten å bli oppdaget. Hvis selskapet ikke klarer å få tilbakeført disse verdiene, kan det gå på bekostning av kreditorenes dekningsmuligheter og selskapets soliditet.

5.3.2 Aksjelovenes § 17-1

Vurderingen av asl./asal. § 3-7 viser at kreditorene ikke alltid er beskyttet mot aksjonærer som tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet. Kreditorene må derfor forholde seg til asl./asal. § 17-1. Hvis denne bestemmelsen gir en tilstrekkelig beskyttelse mot ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1, vil det være en mindre behov for en regel om ansvarsgjennombrudd.

Asl./asal. § 17-1 skiller seg fra asl./asal. § 3-7 ved at kreditorene kan kreve sitt økonomiske tap dekket av aksjonærene. Kreditorene er derfor ikke like avhengig av at styret i aksjeselskapet sørger for at det ulovlige utbyttet blir tilbakeført til aksjeselskapet.

Et stort problem med asl./asal. § 3-7 er at i aksjeselskaper med bare én aksjonær vil det ikke være andre aksjonærer som krever at det ulovlige utbyttet blir tilbakeført til aksjeselskapet. Her vil asl./asal. § 17-1 kunne brukes slik at kreditorene får dekket sitt økonomiske tap.

Asl,/asal. § 17-1 krever at det foreligger ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og et økonomisk tap. Hvor effektiv bestemmelsen er som sanksjon mot ulovlig utbytte er avhengig av disse vilkårene.

[131] Knudsen (2011) s. 95.
[132] Halum s. 94.

Asl./asal. § 17-1 (1) krever at kreditorene må dokumentere at aksjonæren har *"(...) i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt"* overført ulovlig utbytte fra aksjeselskapet i strid med asl./asal. § 8-1. For at aksjonæren skal bli ansvarlig etter asl./asal. § 17-1 må det foreligge et brudd på en handlingsnorm eller unnlatelse fra aksjonæren. Hvis aksjonæren møter på generalforsamlingen og stemmer for et ulovlig utbytte vil det foreligge et brudd på en slik handlingsnorm. Problemet er at det kan være vanskelig å bevise om aksjonæren visste eller burde ha visst at utbytte var ulovlig.[133]

Utgangspunktet er at aksjonæren ikke skal delta i driften av aksjeselskapet. Selve driften av aksjeselskapet blir overlatt til en profesjonell organisasjon. Aksjonæren vil således ikke ha inngående kunnskap om økonomien i aksjeselskapet. Aksjonæren har for eksempel ikke ansvaret for aksjeselskapets økonomi, i motsetning til styret etter asl./asal. § 6-12. Utbyttevurderingen kan allerede være en krevende prosess for styret som følge av den skjønnsmessige regelen i asl./asal. § 8-1 (4). Kreditorene kan derfor få problemer med å bevise at aksjonæren hadde en tilstrekkelig innsikt i aksjeselskapets økonomi, som gjorde at aksjonæren visste eller burde ha visst at utbytte var ulovlig etter asl./asal. § 8-1.

Imidlertid kan aksjeselskapet bestå av bare én aksjonær, hvor denne personen utgjør både generalforsamlingen og i mange tilfeller styret. I egenskap av styremedlem vil aksjonæren dermed ha en plikt om å ivareta økonomien i aksjeselskapet etter asl./asal. § 6-12. Ettersom det må forventes at aksjonæren i slike tilfeller har oversikt over aksjeselskapets økonomi, vil kreditorene lettere kunne bevise at han visste eller burde ha visst at utdelingen av utbytte var ulovlig.

Kravet til årsakssammenheng etter asl./asal. § 17-1 (1) kan i tillegg skape problemer for kreditorene. Det må dokumenteres at aksjonæren sin opptreden har vært en nødvendig betingelse for det tap kreditorene har blitt påført.[134] Det er kreditorene som må bevise årsakssammenhengen.[135]

---

[133] Nåmdal s. 258.
[134] Nygaard (2007) s. 323.
[135] Nygaard (2007) s. 341, hvor det også nevnes at tvilsrisikoen kan flyttes over til skadevolder hvis han har opptrådt klart klanderverdig.

Utfordringen er å skille mellom det ulovlige utbyttet og andre forhold som kan ha ført til at kreditorene ikke får dekning for sine krav. Slike forhold kan følge av at styret ikke har gjort en tilstrekkelig jobb med forvaltningen av aksjeselskapet, eller at det har oppstått endringer i næringslivet.

Et fall i oljeprisen kan for eksempel føre til en reduksjon i antall oppdrag for aksjeselskaper som leverer tjenester til oljebransjen. Kapitalen i aksjeselskapet kan derfor bli kraftig redusert som følge av at inntekten til selskapet begrenses. Hvis det tidligere har blitt tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet vil det være vanskelig for kreditorene å bevise at det var utbytte, og ikke fallet i oljeprisen som førte til at kreditorene ikke fikk dekning for sine krav.

Asl./asal. § 17-1 (2) omfatter også medvirkning til at det oppstår økonomisk tap for kreditorene. Kreditorene må dokumentere at medvirkningen til aksjonæren har vært *"forsettlig eller uaktsomt"* jf. asl./asal. § 17-1 (2).

Hvis aksjonæren har gitt styret skjulte instrukser utenfor generalforsamlingen vil det sjeldent foreligge noe dokumentasjon for at slike instrukser ble gitt. Kreditorene kan derfor få problemer med å bevise at aksjonæren har utvist skyld som medvirker.[136]

Når det gjelder kravet til årsakssammenheng etter asl./asal. § 17-1 (2), må det dokumenteres at aksjonæren har *"medvirket"* til at ledelsen i aksjeselskapet har lagt frem forslag om ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1.En naturlig forståelse av ordlyden er at aksjonæren må ha utvist en viss form for påvirkning på ledelsen i aksjeselskapet.

Medvirkningen fra aksjonæren kan være *"direkte eller konkret"*, og den *"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."*[137]

Problemet er at aksjonæren kan ha påvirket styret i aksjeselskapet til å legge frem forslag om utdeling av ulovlig utbytte, men der styret også uten påvirkningen fra aksjonæren kunne ha fremmet et slikt forslag.[138] Selskapets ledelse kan for eksempel ha rådført seg med aksjonæren om hvor mye som skal utdeles i utbytte, hvor aksjonæren har gitt uttrykk for at han ønsker et stort utbytte.

---

[136] Nåmdal s. 167.
[137] Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 167.
[138] Nåmdal s. 167.

En slik påvirkning fra aksjonæren kan fremkalle en fare for et økonomisk tap, men det er ikke sikkert den var en medvirkende betingelse for at kreditorene ikke fikk dekning for sine krav.[139] Den medvirkende betingelsen må ha ført til at aksjeselskapets ledelse i sin vurdering har *"lagt vesentlig vekt på"* på uttalelsen til aksjonæren.[140] Utfordringen for kreditorene blir å bevise at påvirkningen fra aksjonæren var nødvendig eller en medvirkende betingelse for at styret valgte å legge frem et forslag om utdeling av utbytte i strid med asl./asal. § 8-1.[141]

Gjennomgangen viser at bruken av asl./asal. § 17-1 vil kreve en omfattende bevisførsel for kreditorene. Hvis aksjonæren har tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet jevnlig over en lengre periode, kan kreditorene risikere at de ikke klarer å samle tilstrekkelig bevis for alle tilfellene. Aksjonærene kan dermed slippe unna med store verdier. Dette viser at asl./asal. § 17-1 ikke løser problemene som oppstår med ulovlig utbytte fra aksjeselskaper.

5.3.3 Konklusjon

Konklusjonen er at det er behov for en regel om ansvarsgjennombrudd når aksjonærene tar ut ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1, ettersom asl./asal. §§ 3-7 og 17-1 ikke er tilstrekkelig til å beskytte selskapskapitalen og kreditorene.

---

[139] Nåmdal s. 168.
[140] Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 167.
[141] Se også Normann (2010) s. 238-241.

5.4 Brudd på aksjelovenes § 8-2

Asl./asal. § 8-2 skal sikre en åpen utbytteprosess, og ivareta selskapsstrukturen ved å inkludere både generalforsamlingen og styret. Selskapsstrukturen er en viktig forutsetning for ansvarsbegrensningen, da den er til hinder for at aksjonærene blir ansvarlige for selskapets gjeld. Der det foreligger brudd på asl./asal. § 8-2 står ansvarsbegrensningen svakere.[142]

Spørsmålet blir om ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 er så kritikkverdig overfor kreditorene, at det kan oppfylle utilbørlighetskriteriet slik at aksjonæren ikke lenger er beskyttet av ansvarsbegrensningen.[143]

5.4.1 Betydningen av størrelsen på det ulovlige utbyttet

Når det ulovlige utbyttet strider med de formelle reglene i asl./asal. § 8-2, men oppfyller asl./asal. § 8-1, vil størrelsen på det ulovlig utbyttet i mindre grad svekke hensynene bak ansvarsbegrensningen. Bakgrunnen er at utbytte ikke truer kreditorenes dekningsinteresser, ettersom det holder seg innenfor de materielle kravene etter asl./asal. § 8-1.

Dette gjelder selv om det ulovlige utbytte omfatter store verdier og at aksjeselskapet blir mer utsatt for markedssvingninger. En av ansvarsbegrensningens viktigste funksjoner er å beskytte aksjonæren når selskapet går med tap.[144] Ansvarsbegrensningen vil dermed stå sterkt selv om størrelsen på utbytte kan være omfattende.

[142] Se punkt 4.6.
[143] Det legges her til grunn at asl./asal. § 8-1 er oppfylt.
[144] Asmundsson og Gustavsson s. 288.

5.4.2 Hvem har tatt ut ulovlig utbytte

Et ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 kan variere i mange tilfeller. Styret kan for eksempel ha foretatt en utdeling av utbytte uten godkjenning fra generalforsamlingen. Imidlertid kan det være adgang til i ettertid å godkjenne utbytte, men det forutsetter en lovlig regnskapsgodkjennelse.[145] En slik ettergodkjenning vil ikke svekke hensynene bak ansvarsbegrensningen, ettersom utbytte har blitt lovlig.

Mer kritikkverdig er det når aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet utenfor selskapsorganene, hvor de forfordeler seg selv eller en tredjeperson på bekostning av aksjeselskapet og kreditorene. Forutsetningen for ansvarsbegrensningen er at aksjonærene skal respektere selskapsstrukturen.[146] Når aksjonærene overfører verdier ut fra selskapet utenfor selskapsorganene skades selskapsstrukturen. Et slikt brudd på asl./asal. § 8-2 vil derfor svekke hensynet bak ansvarsbegrensningen, da aksjonærene ikke lenger respekterer selskapsstrukturen.

Et eksempel på dette er Rt. 1932 s. 1015. Banken overførte verdier ut fra aksjeselskapet, og selskapsorganene ble ikke inkludert i denne prosessen. Det forelå derfor ingen form for utbyttedisposisjon fra aksjeselskapet. Dette var ifølge Høyesterett en del av begrunnelsen for at banken ble ansvarlig.

5.4.3 Hvor lett sporbart er det ulovlige utbyttet

Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 følger ingen formell utbytteprosess, og en slik form for skjult utdeling vil dermed være vanskelig å oppdage.

For det første kan det foreligge gjensidige disposisjoner med salg til underpris, eller kjøp til overpris.[147] Aksjonæren kan for eksempel ha kjøpt en eiendom fra aksjeselskapet til langt under markedspris, hvor det ikke foreligger noen utbyttebeslutning fra generalforsamlingen etter asl./asal. § 8-2.[148]

---

[145] Aarbakke, mfl. s. 589.
[146] Se punkt 4.6.
[147] Reiersen s. 51.
[148] Reiersen s. 51.

Det kan da være krevende for kreditorene som står utenfor aksjeselskapet å avgjøre om det foreligger et ulovlig utbytte, ettersom disposisjonen ligner en forretningsmessig avtale som aksjeselskapet kan inngå med aksjonæren. Dette gjelder særlig for aksjeselskaper uten revisor, og i konsernforhold hvor det ofte foretas transaksjoner av varer og tjenester mellom aksjeselskapene.

Ulovlig utbytte fra aksjeselskapet kan også være en ettergivelse av aksjonæren sin gjeldsforpliktelse, eller skjult utdeling begrunnet som utbetaling for arbeidsinnsats.[149] Det kan dermed være vanskelig å avdekke at det foreligger ulovlig utbytte, ettersom det ikke behandles som en utdeling av utbytte etter asl./asal. § 8-2.

En annen side er at det kan ha vært utskiftninger av aksjonærer, hvor det kan være vanskelig å avdekke et tidligere ulovlig utbytte. Et eksempel er LB-2014-62723. Her ble forholdet ikke oppdaget før det hadde skjedd en utskiftning av aksjonærer, og en gjennomgang av regnskapene. Samtidig kan dissensen i dommen tyde på at det var krevende for lagmannsretten å avgjøre om det forelå en avtale om betaling av arbeidsinnsats eller et ulovlig utbytte.

Til slutt kan skjulte utdelinger av utbytte være særlig vanskelig å avdekke når det foreligger sammenblanding mellom aksjeselskapet og aksjonæren. Det kan for eksempel være en verdisammenblanding hvor det ikke er mulig å skille mellom regnskap, gjeld, inntekter og utgifter.[150] Dette kan gjøre det vanskelig for kreditorene å avgjøre om det i realiteten har skjedd en overføring, ettersom det foreligger uklare skiller mellom aksjeselskapet og aksjonærens verdier. Aksjonærene vil dermed i større grad kunne ta ut ulovlig utbytte uten å bli oppdaget.

[149] Se Rt. 2008 s. 385 som eksempel for ettergivelse av aksjonærene sin gjeldsforpliktelse og LB-2014-62723 som eksempel for utbetaling som arbeidsinnsats.
[150] Nåmdal s. 322.

Gjennomgangen viser at det kan foreligge mange forskjellige tilfeller av ulovlig utbytte som ikke følger asl./asal. § 8-2, og at de kan være vanskelige å oppdage for kreditorene. Problemene kan begrenses hvis aksjeselskapet har andre aksjonærer med innsikt i aksjeselskapets økonomiske drift. Disse aksjonærene kan få mistanke om ulovlig utbytte hvis det forekommer overføringer av store verdier ut fra aksjeselskapet, uten at det foreligger en formell utbytteprosess etter asl./asal. § 8-2.[151] Omfattende overføringer fra aksjeselskapet kan også være et signal til kreditorene om at aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Imidlertid vil dette ikke løse problemet for aksjeselskaper med bare én aksjonær. Her finnes det ingen andre aksjonærer som kan reagere mot at det tas ut ulovlig utbytte. For aksjeselskaper som ikke har en revisor vil det være færre uavhengige parter som overvåker aksjeselskapets økonomi, og reagerer mot kritikkverdige forhold. Det kan derfor være lettere å skjule et ulovlig utbytte for en ufrivillig kreditor, i motsetning til en kontraktskreditor, ettersom en ufrivillig kreditor i mindre grad følger på med driften av aksjeselskapet.[152]

Et annet viktig forhold er at overføringene ikke noteres som utbytte i regnskapene, da aksjeselskapet ikke anser transaksjonene som utdeling av utbytte etter asl./asal. § 8-2. Det ble i punkt 5.2.3 vist til at Høyesterett vektlegger aksjeselskapets føring av regnskap når de vurderer om aksjonærene skal pålegges ansvar for kreditorene sine gjeld.

5.4.4 Hvor mange ganger er det tatt ut ulovlig utbytte

Ettersom det kan være vanskelig å oppdage ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2, åpner det seg muligheter for aksjonærene til å ta ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet gjentatte ganger. Resultatet kan bli at mange tilfeller av ulovlig utbytte aldri blir oppdaget, og at aksjonærene slipper unna med store summer.

Gjentatte brudd på asl./asal. § 8-2 kan dermed føre til at det blir utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen.

---

[151] Her vil også asl./asal. §§ 3-8 og 6-13 (3) kunne bidra til å oppdage at det har skjedd et ulovlig utbytte.
[152] Nåmdal s. 287.

5.4.5 Over hvor lang tid er det tatt ulovlig utbytte

Utfordringene med å oppdage brudd på asl./asal. § 8-2 kan også føre til at aksjonærene tar ut ulovlig utbytte over en lengre periode, ettersom de ikke blir utsatt for sanksjoner fra kreditorene. Hvis aksjonærene har tatt ut ulovlig utbytte over lang tid kan dette tyde på at betydelige verdier har forsvunnet fra selskapet.

5.4.6 Hvor skadelig er det ulovlige utbyttet for aksjeselskapets likviditet

Her skiller tilfellet seg fra punkt 5.2, ettersom utbytte ikke strider med asl./asal. § 8-1. Aksjeselskapet har fortsatt en forsvarlig egenkapital og likviditet. Kreditorene vil derfor få dekning for sine krav, og det ulovlige utbyttet svekker ikke forutsetningen til ansvarsbegrensningen.[153]

5.4.7 Graden av skyld ved det ulovlige utbyttet

Hensynene til ansvarsbegrensningen gjør som omtalt i punkt 5.2.5 mindre motstand mot ansvarsgjennombrudd når aksjonærene uaktsomt eller forsettlig tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet

Her vil imidlertid utgangspunktet være at aksjonærene utviser skyld når overføringene ikke behandles som utdeling av utbytte etter reglene i asl./asal. § 8-2. Bestemmelsen skal ivareta aksjeselskapsformen gjennom en bestemt selskapsstruktur, og er dermed en forutsetning for ansvarsbegrensningen.[154] I de fleste tilfellene hvor aksjonærene ikke følger denne formelle prosessen ligger det et bevisst valg å skjule det ulovlige utbyttet fra kreditorene.

Graden av skyld kan likevel variere. I Rt. 1985 s. 1221 ble det lagt til grunn at Hærum utviste en culpøs opptreden. En strengere form for skyld følger av Høyesterett sin uttalelse i Sjødal-dommen, hvor Sjødal sin opptreden var *"et klart og forsettlig rettsbrudd i forhold til kreditorene"*, og at han var *"klar over at (kreditorene) ikke var dekket."* [155] Det var ifølge Høyesterett i begge dommene tydelig at utbetalingene fra aksjeselskapene aldri skulle ha blitt utført på denne måten.

---

[153] Se punkt 4.6
[154] Se punkt 4.6.
[155] Side 27-28. Jeg har lagt til *"kreditorene"*

Hærum og Sjødal ville dermed ikke fått godkjent overføringene hvis de hadde blitt behandlet etter utbyttereglene i asl./asal. § 8-2. Det forelå et bevist valg å skjule det ulovlige utbyttet fra kreditorene. Selv om ingen av dommene er begrunnet i aksjelovenes utbytteregler, illustrerer tilfellene hvordan Høyesterett legger vekt på skyld hos aksjonærene når de tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet og misbruker ansvarsbegrensningen.

5.4.8 Konklusjon

Gjennomgangen viser at ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 svekker selskapsstrukturen, og ansvarsbegrensningen står dermed svakere.[156] Imidlertid vil kreditorenes dekningsmuligheter fortsatt være ivaretatt, ettersom utbytte ikke er i strid med asl./asal. § 8-1. Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 kan ikke oppfylle utilbørlighetskriteriet, da det er en høy terskel for å anvende regelen om ansvarsgjennombrudd.[157]

Det er derfor ikke nødvending med en vurdering om aksjelovenes sanksjonsregler er tilstrekkelig for å beskytte kreditorene.

5.5 Brudd på både aksjelovenes §§ 8-1 og 8-2

Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1 kan være tilstrekkelig til å oppfylle utilbørlighetskriteriet.[158] Ved å vurdere denne i sammenheng med brudd på asl./asal. § 8-2, skal det pekes på enkelte forhold som i større grad vil gjøre det utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen.

Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 kan gjøre det vanskelig for kreditorene å oppdage at det tas ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, og det kan føre til at aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet gjentatte ganger over en lengre periode.[159]

Når ingen oppdager eller reagerer mot at det tas ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, kan det antas at det blir en lavere terskel blant aksjonærene til å ta ut ulovlig utbytte. Ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 kan derfor øke risikoen for at størrelsen på det ulovlige utbyttet etter asl./asal. § 8-1, blir så omfattende at kreditorene ikke får dekning for sine krav mot aksjeselskapet.

---

[156] Se punkt 4.6.
[157] Se punkt. 3.3.
[158] Se punkt 5.2.
[159] Se punkt 5.4.

Videre vil skjulte overføringer over en lengre periode indikere at aksjonærene bevisst har bestemt seg for å tappe selskapet, ettersom de unngår å følge de formelle reglene i asl./asal. § 8-2. Skyldgraden for brudd på både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2 kan dermed ligge opp mot grov uaktsomhet og forsett. Her foreligger det aktive handlinger fra aksjonærene om å tilegne seg ulovlig utbytte fra aksjeselskapet til skade for kreditorene.

Selv om det ikke nevnes uttrykkelig er det tydelig at høyesterettspraksis i punkt 4.3.2 gjaldt ulovlig utbytte etter både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2. I disse dommene fulgte overføringene av verdiene ingen formell prosess, og aksjeselskapene var ikke stand til å dekke sine forpliktelser overfor kreditorene.

Gjennomgangen viser at aksjonærene misbruker selskapsstrukturen og ikke lenger respekterer hensynet til kreditorene når de tar ut ulovlig utbytte i strid med både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2. Dette er to viktige forutsetninger for ansvarsbegrensningen, og et slikt ulovlig utbytte vil i større grad gjøre det utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen.[160] Det er dermed et større behov for å beskytte kreditorene i slike tilfeller.

[160] Se punkt 4.6.

5.6 Aksjelovenes sanksjonsregler

Asl./asal. §§ 3-7 og 17-1 er ikke tilstrekkelig til å beskytte kreditorene mot ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-1.[161]

Spørsmålet blir om det oppstår ytterligere problemer for å anvende aksjelovenes sanksjonsregler når det foreligger brudd på både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2.

5.6.1 Aksjelovenes § 3-7

Når utbytte ikke følger de formelle utbyttereglene i asl./asal. § 8-2 vil asl./asal. § 3-7 (1) andre setning og (2) første setning ikke få anvendelse. Mottaker og medvirker er i slike tilfeller ansvarlig for tilbakeføringskravet, uavhengig om de var i god tro.[162] Asl./asal. § 3-7 får derfor et større anvendelsesområde når det foreligger brudd på både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2, i motsetning til et utbytte som bare er i strid med asl./asal. § 8-1.

Imidlertid vil et stort problem med ulovlig utbytte etter asl./asal. § 8-2 være at en slik form for ulovlig utbytte kan ha en lav oppdagelsesrisiko.[163] Dette begrenser asl./asal. § 3-7 sin beskyttelse av kreditorenes dekningsmuligheter og selskapets soliditet, ettersom utbytte må oppdages for at det kan påberopes å være *"i strid med bestemmelsene i loven"*.

I tillegg gjelder tilbakeføringskravet ikke aksjeselskapets indirekte tap, og det er aksjeselskapet som har ansvaret for å kreve verdiene returnert etter asl./asal. § 3-7. Som omtalt i punkt 5.3.1 kan dette skape store problemer for kreditorene hvis aksjeselskapet har bare én aksjonær.

---

[161] Se punkt 5.3.
[162] Se punkt 2.4.
[163] Se punkt 5.4.3.

5.6.2 Aksjelovenes § 17-1

Utfordringen med asl./asal. § 17-1 er at den stiller større krav til bevis enn asl./asal. § 3-7, ettersom kreditorene må bevise ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og et økonomisk tap. Et ulovlig utbytte som er strid med både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2 vil dermed skape større problemer for asl./asal. § 17-1, da denne sanksjonsregelen ikke kan anvendes overfor ulovlig utbytte som ikke blir oppdaget.

Etterprøvbarheten til aksjonærene sine handlinger er mer krevende enn tilfellet i punkt.5.2, da overføringene fra aksjeselskapet til aksjonæren ikke behandles som utbytte på generalforsamlingen etter asl./asal. § 8-2. Utbytte er ikke notert i regnskapet og det finnes ingen dokumentasjon for at det har skjedd en utdeling av utbytte fra aksjeselskapet.

Aksjonærene kan ha blandet aksjeselskapets verdier med sine egne for å gjøre det vanskelig for kreditorene å oppdage at aksjonærene tar ut ulovlig utbytte.[164] En slik verdisammenblanding kan føre til at kreditorene ikke får anvendt asl./asal. § 17-1, ettersom de ikke klarer å bevise at det har skjedd et ulovlig utbytte.[165]

En annen side er at asl./asal. § 17-1 ikke kan brukes til å sanksjonere aksjonærene proporsjonalt med graden av skyld. Selv om aksjonærene forsettlig tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet, kan kreditorene bare kreve dekning for sitt økonomiske tap. Asl./asal. § 17-1 skiller dermed ikke mellom de forskjellige tilfellene av ulovlig utbytte, selv om det kan være behov for en strengere sanksjon overfor grovere tilfeller av ulovlig utbytte.

5.6.3 Konklusjon

Gjennomgangen viser at det er behov for en regel om ansvarsgjennombrudd når aksjonærene tar ut ulovlig utbytte etter asl./asal. §§ 8-1 og 8-2. Når det ulovlige utbyttet strider med begge bestemmelsene kan det være enda vanskeligere å anvende asl./asal. §§ 3-7 og 17-1 til å beskytte selskapskapitalen og kreditorene.

---

[164] Se punkt. 5.4.3.
[165] Asmundsson og Gustavsson s. 279.

6 Oppsummering

Problemstillingen i avhandlingen er om det er en regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett i tilfeller hvor aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Hovedregelen er at aksjonæren ikke skal bli ansvarlig for aksjeselskapets gjeld etter asl./asal. § 1-2, da ansvarsbegrensningen medfører at personer og aksjeselskaper investerer penger i virksomheter eller etablerer ny virksomhet drevet i aksjeselskaps form. En regel om ansvarsgjennombrudd vil medføre at en aksjonær mister den beskyttelsen som ansvarsbegrensningen gir i forhold til ansvar for aksjeselskapets forpliktelser.

Norsk aksjelovgivning inneholder ingen lovregel for ansvarsgjennombrudd, men etter mitt syn eksisterer det en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd på bakgrunn av Kongeparkdommen og Minnor-dommen.[166]

Min konklusjon er at det er en ulovfestet regel om ansvarsgjennombrudd i norsk rett i tilfeller hvor aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Avhandlingen viser at utbytte fra aksjeselskapet i strid med både asl./asal. §§ 8-1 og 8-2 er særlig kritikkverdig overfor kreditorene, ettersom aksjonærene ikke respekterer forutsetningen for ansvarsbegrensningen. Videre er asl./asal. §§ 3-7 og 17-1 ikke tilstrekkelig sanksjoner for å beskytte kreditorene, og det vil dermed være behov for en regel om ansvarsgjennombrudd for å forhindre at aksjonærene tar ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.

Problemet er i hvilken grad opphevelsen av ansvarsbegrensningen gjennom en regel om ansvarsgjennombrudd vil kunne ha for aksjeselskapers tilgang til kapital, og dermed for verdiskapningen i næringslivet. En viktig forutsetning for at næringsdrivende velger å opprette aksjeselskaper er at denne selskapsformen utgjør en mindre risiko som følge av ansvarsbegrensningen. Regelen om ansvarsgjennombrudd kan føre til en reduksjon i opprettelse av aksjeselskaper, ettersom utvidelsen av ansvaret gjør at næringsdrivende anser risikoen for stor. Det er nettopp aksjonærenes begrensede ansvar som har ført til aksjeselskapsformens *"(...) utbredelse og praktisk viktige stilling i næringslivet."*[167]

---

[166] Se punkt 3.2.
[167] Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 122.

Usikkerheten rundt regelen om ansvarsgjennombrudd sin betydning for næringslivet kan være en av grunnene til at både lovgiver og domstolene har vist tilbakeholdenhet med å konkludere om vi har en regel om ansvarsgjennombrudd etter norsk rett.

En mulig løsning er å utvikle de sanksjonsreglene vi har i dag, til å fange opp tilfellene hvor kreditorene ikke blir tilstrekkelig beskyttet.[168] Problemet er at en utvikling av sanksjonsreglene i aksjelovene også vil kunne føre til en redusering i opprettelse av aksjeselskaper, ettersom ansvaret overfor aksjonærene blir utvidet.[169] Selv om disse reglene ikke fører til en gjennomskjæring av ansvarsbegrensningen, vil det likevel være en annen form for å begrense beskyttelsen av aksjonærene når aksjeselskapet går med tap. Det er derfor usikkert om regelen om ansvarsgjennombrudd eller en utvidelse av sanksjonsreglene i aksjelovene, vil ha ulik påvirkning på næringslivet.

Imidlertid skal regelen om ansvarsgjennombrudd bare være en snever unntaksregel. Det er bare overfor særlig kritikkverdige forhold det skal åpnes for ansvarsgjennombrudd. Det kan derfor antas at en regel om ansvarsgjennombrudd vil begrenses til få tilfeller, ettersom de fleste aksjonærene følger utbyttereglene i aksjelovene. Dermed er det ikke sikkert at en slik regel vil føre til noen redusering i opprettelse av aksjeselskaper.

En annen side er at regelen om ansvarsgjennombrudd kan bidra til å fange opp de tilfellene som ikke blir sanksjonert etter asl./asal. §§ 3-7 og 17-1. Det kan for eksempel være krevende å bevise skyld og årsakssammenheng for bruken av asl./asal. § 17-1.[170] Strenge beviskrav kan føre til at kreditorene ikke klarer å bevise alle tilfellene av ulovlig utbytte. Når kreditorene i tillegg ikke kan anvende asl./asal. § 3-7, vil de ikke være tilstrekkelig beskyttet mot aksjonærer som tar ut ulovlig utbytte fra selskapet.

[168] Asmundsson og Gustavsson s. 293. Se også Nåmdal s. 163.
[169] Nåmdal s. 164.
[170] Se punkt 5.3.2.

Imidlertid er det ikke noe krav om skyld og årsakssammenheng ved bruken av regelen om ansvarsgjennombrudd.[171] Kreditorene slipper å bevise at aksjonæren visste eller burde ha visst at utbytte var ulovlig, og at det ulovlige utbyttet var en nødvending eller medvirkende betingelse for kreditorenes økonomiske tap. En regel om ansvarsgjennombrudd kan derfor være enklere å anvende overfor aksjonærer som tar ut ulovlig utbytte fra selskapet.[172]

Sjødal-dommen er et eksempel på dette, selv om det usikkert om dommen gjaldt ansvarsgjennombrudd.[173] Kreditoren fikk dekning for hele sin fordring, uten å måtte bevise årsakssammenheng eller skade.[174]

Det kan videre antas at ankemotparten i RG-2007-411 ønsket å unngå de strenge beviskravene til erstatningsreglene, og derfor valgte å legge ned påstand om ansvarsgjennombrudd. Som omtalt i punkt 3.2 kunne nok aksjonæren også ha blitt ansvarlig etter erstatningsreglene. Dommen er et eksempel på hvordan en regel om ansvarsgjennombrudd kan gjøre det enklere for kreditorene å sanksjonere aksjonærer som misbruker aksjeselskapsformen.[175]

Hvis det bevises at det har blitt tatt ut ulovlig utbytte fra aksjeselskapet kan dette tyde på at omfanget er større enn det som har blitt oppdaget. Det kan derfor være bedre å reagere med en regel om ansvarsgjennombrudd, ettersom aksjonærene ikke bare må tilbakebetale det ulovlig utbyttet kreditoren kan bevise, men også blir ansvarlig for hele fordringen kreditoren har mot selskapet.[176]

En regel om ansvarsgjennombrudd vil i tillegg markere at det ulovlig utbyttet utgjør et klart brudd på forutsetningen for ansvarsbegrensningen.[177] Slike aksjonærer fortjener ikke det vernet de har fått av ansvarsbegrensningen. En regel om ansvarsgjennombrudd kan dermed bidra til at aksjonærene blir lojale mot aksjelovens utbytteregler, og respekterer forutsetningene for å kunne påberope ansvarsbegrensningen.[178]

---

[171] Se punkt 3.3.
[172] Ettersom ansvarsgjennombrudd er en rettslig standard vil den også utvikle seg i tråd med samfunnsutviklingen og i større grad kunne tilpasse seg endringene i næringslivet.
[173] Se punkt 4.3.3.
[174] Aarum (1994) s. 30.
[175] Dommen gjaldt imidlertid ikke ulovlig utbytte fra aksjeselskapet.
[176] Nåmdal s. 286.
[177] Nåmdal s. 165.
[178] Nåmdal s. 286.

En slik streng sanksjon overfor aksjonærene kan derfor være den beste løsningen for å forhindre grove tilfeller av ulovlig utbytte fra aksjeselskap. Ved å gjøre aksjonærene ansvarlig for aksjeselskapets gjeld vil det være mindre betenkelig i forhold til at opphevelsen av ansvarsbegrensningen skal føre til mindre investeringslyst, ettersom det ikke er ønskelig at det blir etablert virksomheter der utbyttereglene ikke blir respektert.

Litteraturliste

Norske lover

1976 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven, asl.) 4. juni 1976 nr. 59 (Opphevet)

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven, deknl.) 8. juni 1984 nr. 59

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

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

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

Forarbeider

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

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.

Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)

Aksjelovkomitéen sin innstilling av 1947, Oslo 1952

Norsk rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1932 s. 1015

Rt. 1937 s. 21

Rt. 1937 s. 600

Rt. 1970 s. 871

Rt. 1975 s. 198

Rt. 1979 s. 81

Rt. 1985 s. 1221

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1992 s. 236

Rt. 1993 s. 20 Sjødal

Rt. 1996 s. 672 Kongeparken

Rt. 1996 s. 742 Minnor

HR-2007-154-U Høgsteretts kjæremålsutval - Orskurd.

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2010 s. 306 Hempel

Lagmannsrett:

RG-2007-411, Gulating lagmannsrett

LB-2014-62723, Borgarting lagmannsrett

Bøker

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre,
Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentarutgave, 3. utgave (Oslo 2012)
(Aarbakke mfl.)

Aarum, Kristin Normann,

Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, (Oslo 1994)

Andenæs, Mads Henry,

Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper, 2.utgave (Oslo 2006)

Andenæs, Mads Henry,

Selskapsrett, (Oslo 2007)

Bugge, Hans Christian,

Forurensningsansvaret, *- Det økonomiske ansvaret for å forebygge, reparere og erstatte skade ved forurensning, (*Oslo 1999)

Hagstrøm, Viggo,

Obligasjonsrett, 2.utgave (Oslo 2011)

Normann, Kristin,

Medvirkeransvaret i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1 (2) – Særlig om medvirkeransvar i konsernforhold. Publisert i Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, (2010) s. 232-252.

Nygaard, Nils,

Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave (Bergen 2004)

Nygaard, Nils,

Skade og ansvar, 6.utgave (Bergen 2007)

Nåmdal, Endre,

Ansvarsgjennombrot som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar: Dr.avh, (Universitetet i Bergen 2008)

Reiersen, Hedvig Bugge,

Aksjelovens utdelingsbegrep, Dr.avh, (Universitetet i Oslo 2014)

Woxholth, Geir,

Selskapsrett, 5.utgave (Oslo 2014)

Artikler

Asmundsson, Steffen og Gustavsson, Geir,

Utvidet aksjonæransvar – ansvarsgjennombrudd, Jussens Venner, 1995 s.189-298.

Fjørtoft, Tore,

Ansvarsgjennombrot – eit spørsmål om selskapsrettslig identifikasjon?
Jussens venner, 1997 s. 300-317.

Internett

Bjørnestad, Sigurd og Kirkebøen, Stein Erik,

"Veireno-sjef tok opp ulovlige lån fra eget konsern. Men kommunen sjekket ikke revisorens bemerkninger", publisert 23.2.2017, Aftenposten.no

http://www.aftenposten.no/osloby/Veireno-sjef-tok-opp-ulovlige-lan-fra-eget-konsern-Men-kommunen-sjekket-ikke-revisorens-bemerkninger-615846b.html (Sitert 28.5.2017)

Grihamar, Stine

"Kari Traa tok ut ulovlig utbytte", publisert 18.7.2011, sist oppdatert 18.10.2011, Aftenposten.no

http://www.aftenposten.no/norge/Kari-Traa-tok-ut-ulovlig-utbytte-181807b.html

Knudsen, Gudmund

"Forenkling og modernisering av aksjeloven" En utredning av advokat Gudmund Knudsen, Skrevet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet, Oslo, 7.januar 2011

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/JD/Vedlegg/Rapporter/Forenkling_av_aksjeloven_web.pdf

Studentavhandlinger

Halum, Helene Hem.

Beregning av utbytte fra aksjeselskaper og rettsvirkninger ved ulovlig utdeling - En sammenlignende analyse av tidligere og någjeldende rett, UIO (2014)

https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/40646/206.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Molven, Øyvind.

Ulovlig utdeling av utbytte – Mottakerens og medvirkerens ansvar etter aksjelovenes § 3-7, UIO (2007)

https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/21499/ende%20lig.pdf?sequence=1

Amerikansk litteratur

Presser, Stephen B.

Piercing the Corporate Veil, Thomson Reuters, Westlaw next, 2016
(får ikke lagt med internettlink. Det kreves tilgang gjennom UIB til Westlaw next)

Amerikansk rettspraksis

Sturkie v. Sifly, 280 S.C. 453, 313 S.E.2d 316 (Ct. App. 1984). – Fra South Carolina

Dansk rettspraksis

UfR 1997 s. 1642 (Midtfynfestivalen)