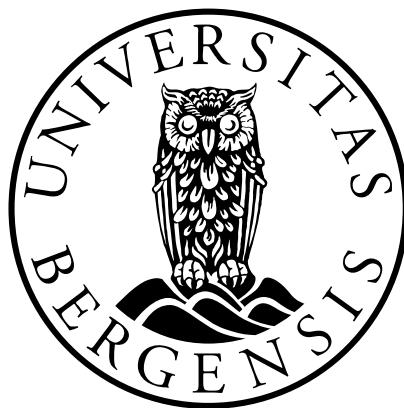


# Selskapsrettslig tilbakeføring etter aksjeloven § 3-7 og konkursrettslig omstøtelse etter dekningsloven

*En vurdering og sammenligning av de to  
regelsett med utgangspunkt i et selskapsrettslig  
perspektiv*

Kandidatnummer: 104

Antall ord: 13 944



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.6.2016

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
<b>DEL I. INNLEDNING OG OVERSIKT .....</b>	<b>3</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Presentasjon av oppgavens tema og rettslig plassering .....	3
1.2 Avgrensing.....	5
1.3 Videre opplegg .....	6
<b>2 Kort om de to regelsett.....</b>	<b>6</b>
2.1 Selskapsrettslig tilbakeføring .....	6
2.1.1 Historie og utvikling.....	7
2.1.2 Legislative hensyn.....	7
2.1.3 «Ulovlig utdeling».....	7
2.1.4 Hvem har plikt til å tilbakeføre – “mottaker” .....	8
2.1.5 Omfanget av tilbakeføringsplikten – “har mottatt” .....	10
2.1.6 Unntak - God tro regelen.....	10
2.2 Konkursrettslig omstøtelse .....	11
2.2.1 Historie og utvikling.....	11
2.2.2 Legislative hensyn.....	11
2.2.3 Objektiv omstøtelse.....	12
2.2.4 Subjektiv omstøtelse .....	17
<b>DEL II. SAMMENLIGNING OG VURDERING.....</b>	<b>18</b>
<b>3 Asl. § 3-7 (1) første punktum – «Skjulte utdelinger» .....</b>	<b>18</b>
3.1 Utgangspunktet.....	18
3.2 Objektiv omstøtelse .....	19
3.2.1 Vilkår.....	19
3.2.2 Virkning .....	21
3.2.3 Oppsummering .....	29
3.3 Subjektiv omstøtelse.....	30
3.3.1 Vilkår.....	30
3.3.2 Virkning .....	32
3.3.3 Oppsummering .....	35
<b>4 Asl. § 3–7 (1) andre punktum - «Åpne utdelinger».....</b>	<b>35</b>

4.1	Utgangspunktet.....	35
4.2	Objektiv omstøtelse .....	36
4.2.1	Deknl. § 5-2.....	36
4.2.2	Deknl. § 5-5.....	36
4.3	Subjektiv omstøtelse.....	38
4.3.1	Nærmere om aktsomhetskravet.....	38
4.3.2	Rekker deknl. § 5-9 lenger enn asl. § 3-7 (1) andre punktum? .....	40
<b>5</b>	<b>Anvendelsen av de to regelsett i praksis.....</b>	<b>41</b>
5.1	Generelt .....	41
5.2	Nærmere om anvendelsen i praksis .....	42
5.3	Hvorfor har dekningslovens regler vært foretrukket i praksis?.....	42
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>44</b>

# DEL I. INNLEDNING OG OVERSIKT

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av oppgavens tema og rettslig plassering

Hovedformålet med å opprette og drive et aksjeselskap er å skaffe aksjeeierne økonomisk avkastning på deres innskutte kapital. Det er likevel visse skranker for hva som kan tas ut av selskapet, og aksjeeierne kan ikke fritt disponere over selskapets formue til fordel for seg selv.<sup>1</sup> Begrensninger i adgangen til å foreta utdelinger er delvis begrunnet i det begrensede ansvar aksjeeierne har i aksjeselskaper jf. Lov av 13.juni 1997 nr.44 om aksjeselskaper (heretter aksjeloven/asl.) § 1-1 (2) sammenholdt med asl. § 1-2. Aksjeeiernes interesse i økonomisk avkastning må veies opp mot andre hensyn og interesser, da særlig hensynet til kreditorer, mindretalls aksjonærer og selskapet selv. Her vil kreditorvern stå særlig sterkt da aksjelovgivningen bygger på et prinsipp om at kreditorer skal ha bedre dekningsprioritet i selskapets eiendeler enn aksjeeierne.<sup>2</sup>

Aksjeloven oppstiller en rekke skranker som begrenser adgangen til å ta ut midler av selskapet, samt hvordan dette kan gjøres. Reglene i aksjeloven om utdeling fra selskap utgjør en sentral del av lovens system som skal bidra til å beskytte selskapskapitalen.<sup>3</sup>

I forlengelsen av at det er foretatt en ulovlig utdeling fra et selskap oppstår spørsmålet om hvilke virkninger en slik ulovlig utdeling medfører. For at begrensningene i adgangen til å foreta utdelinger skal ha noen funksjon, må en også ha sanksjonsmuligheter som kan bidra til at reglene etterlevs. Det er virkningene av allerede foretatte ulovlige utdelinger som er tema videre i oppgaven.

Hovedregelen om virkninger av ulovlige utdelinger følger av asl. § 3-7. Bestemmelsen utgjør en begrensning i adgangen til å nyttiggjøre seg av selskapets midler ved å oppstille et krav om at ulovlige utdelinger skal restitueres. Asl. § 3-7 innebærer en begrensning i adgangen til å nyttiggjøre seg av selskapets midler, og regulerer både hvem og hva som eventuelt må tilbakeføres.

---

<sup>1</sup> Ellensen, (2005), pkt. 1.1.

<sup>2</sup> Prp. 111. L 2012–2013 s. 54.

<sup>3</sup> Reiersen (2016) Sammendrag.

Asl. § 3-7 lyder som følgende:

*§ 3-7. Ulovlige utdelinger*

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

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

Bestemmelsen har både en preventiv og en reparativ side, og skal både forhindre at det foretas ulovlige utdelinger, samt føre til at allerede ulovlig utdelte midler tilbakeføres til selskapet.

Det er særlig i en konkurssituasjon at det kan bli aktuelt å fremme et tilbakeføringskrav mot mottaker av de ulovlige utdelinger.<sup>4</sup> I disse tilfeller vil det da også kunne være aktuelt med omstøtelse etter Lov av 08.juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (heretter dekningsloven/deknl.). Selv om de to regelsett i utgangspunktet er uavhengige av hverandre, er det likevel flere berøringsflater mellom aksjeloven og dekningsloven på dette område.<sup>5</sup>

Anvendelsen av omstøtelsesreglene er begrenset til konkurstilfellene, mens den selskapsrettslige regelen om tilbakeføringsplikt er anvendelig uavhengig av en konkurs. Oppgaven bygger derfor på to faktiske hovedpremisser. For det første at det foreligger en utdeling fra et aksjeselskap, jf. asl. § 3-6. Videre at selskapet som det er foretatt en utdeling fra er underlagt en etterfølgende konkurs, slik at evt. fordringshaver er et konkursbo. Utgangspunktet er derfor at både dekningslovens omstøtelsesregler og asl. § 3-7 kan komme til anvendelse.

Det vil i det videre bli foretatt en sammenligning og vurdering av selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse, med hovedfokus på hvilket regelsett som er å foretrekke for konkursboet.

---

<sup>4</sup> Keiserud (2000) pkt. 1.13.

<sup>5</sup> Giertsen (2003) s. 252.

## 1.2 Avgrensning

Asl. § 3-7 (1) regulerer tilbakeføringsplikten for mottaker av en ulovlig utdeling, mens et medvirkningsansvar er regulert i andre ledd. Ved en sammenligning av den selskapsrettslige tilbakeføringsplikten og de konkursrettslige omstøtelsesregler vil det i utgangspunktet være aktuelt å vurdere medvirkningsansvaret. Det vil likevel avgrenses bort fra dette, da det blir for omfattende å behandle § 3-7 i sin helhet, samtidig som forholdet til omstøtelsesreglene skal vurderes.

Andre lovbestemmelser enn asl. § 3-7 vil i noen tilfeller kunne hjemle en tilbakeføringsplikt ved ulovlige utdelinger fra aksjeselskap.<sup>6</sup> Fremstillingen i det følgende vil avgrense bort fra disse, og hovedfokus vil være på virkningene som følger av asl. § 3-7 (1), samt omstøtelseskrav etter dekl. §§ 5-2 og 5-5, samt dekl. § 5-9.

Ulovlige utdelinger fra selskaper medfører en rekke andre virkninger enn de som følger av asl. § 3-7. Det vil i det videre avgrenses bort fra andre virkninger enn de selskapsrettslige og de spørsmål som vil kunne oppstå i en slik sammenheng.<sup>7</sup>

Asl. § 3-7 er sammenfallende med § 3-7 i Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (heretter allmennaksjeloven/asal.). Virkningene av ulovlige utdelinger fra allmennaksjeselskaper vil ikke bli behandlet særskilt i det følgende. Ordlyden og innholdet i asl./asal. § 3-7 er identisk, og de løsninger som oppstilles for aksjeselskaper vil derfor i stor grad være overførbare ved ulovlige utdelinger fra allmennaksjeselskap.

Norges tilknytning til EØS – avtalen gjør at Norge er forpliktet til å sørge for at de selskapsrettslige regler er i samsvar med de krav som EU oppstiller for medlemslandene, jf. EØS – avtalen art. 77.<sup>8</sup> EUs andre selskapsdirektiv (77/91)/ EØF) har i art.16 jf. art.15 bestemmelser som omhandler ulovlige utdelinger av selskapsmidler og virkningene av slike utdelinger.<sup>9</sup> Forholdet mellom asl. § 3-7 og EU/EØS retten ikke behandles nærmere.

I tillegg til å kreve en ulovlig utdeling tilbakeført med hjemmel i asl. § 3-7 eller omstøtt etter dekl. finnes det ulovfestede regler om tilbakelevering av uberettiget berikelse som følge av ugyldige rettshandlinger. I denne sammenheng vil det kunne være av interesse å se nærmere

---

<sup>6</sup> Aarbakke m.fl. (2012) note. 0.3.

<sup>7</sup> Særlig i forhold til de skatterettslige virkninger av ulovlige utdelinger kan det oppstå en rekke spørsmål, men av hensyn til oppgavens omfang vil ikke dette bli kommentert nærmere.

<sup>8</sup> Andenæs (2006) s. 7.

<sup>9</sup> Direktiv nr. 77/91/EØF.

på om de ulovfestede regler har selvstendig betydning ved siden av den lovfestede tilbakeføringsplikten som asl. § 3-7 oppstiller. Også spørsmålet om asl. § 3-7 utelukker at de ulovfestede regler kan få anvendelse er aktuelt å vurdere i en slik sammenheng. Det avgrenses likevel bort fra en nærmere behandling av de ovennevnte problemstillinger da det er en sammenligning av den lovfestede tilbakeføringsplikten etter asl. § 3-7 og konkursrettslig omstøtelse som er utgangspunktet for fremstillingen.

### **1.3 Videre opplegg**

Innledningsvis vil det bli gitt en kort fremstilling av det selskapsrettslige tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7, deretter en tilsvarende gjennomgang av de konkursrettslige regler om omstøtelse etter dekningsloven. Denne delen av oppgaven har kun til formål å gi en oversikt over regelsettenes innhold, og de ulike spørsmål som kan oppstå i forbindelse med tolkningen av bestemmelsene vil ikke bli vurdert nærmere.

Videre vil hovedfokus være på to nærmere angitte problemstillinger. Først vil det bli foretatt en komparativ analyse av selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse, hvor det vil bli vurdert hvilket av de to regelsett som er mest gunstig for konkursboet. Det vil så bli foretatt en vurdering av om de konkursrettslige regler i noen tilfeller vil rekke lenger enn den selskapsrettslige tilbakeføringsplikten, med hovedfokus på det tilfelle at tilbakeføring er avskåret etter asl. § 3-7 (1) andre punktum.

## **2 Kort om de to regelsett**

### **2.1 Selskapsrettslig tilbakeføring**

Asl. § 3-7 hjemler en tilbakeføringsplikt for mottaker av en ulovlig utdeling fra et aksjeselskap. Etter bestemmelsens første ledd første punktum har mottaker en ubetinget objektiv tilbakeføringsplikt, og skal tilbakeføre det som er «mottatt». Utgangspunktet modifiseres av første ledd annet punktum, hvor det er gjort unntak for de tilfeller der utdelingen formelt sett fremstår som lovlig, og mottaker er i god tro angående utdelingens lovlighet.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> NUT 1970 s. 173.

### 2.1.1 Historie og utvikling

Utgangspunktet for nåværende asl. § 3-7 finner vi i aksjeloven av 1910 § 38, senere § 37 andre ledd. Asl. av 1997 er fjerde generasjon av lovgivning på område, men det er særlig asl. 1997 § 3-7, og dens forgjenger asl. 1976 § 12-8 som er av interesse ved vurderingen av tilbakeføringsplikten. Nåværende bestemmelse trådte i kraft i 1999, og har ikke vært gjenstand for endringer siden den gang.

Asl. § 3-7 erstatter og viderefører i all hovedsak rettstilstanden etter den tidligere asl. § 12-8.<sup>11</sup> Nåværende bestemmelse utvider likevel anvendelsesområde til tidligere § 12-8 på noen områder, da lovgiver bl.a. ønsket å styrke vernet av godtroende mottaker.<sup>12</sup>

Forgjengeren til asl. § 3-7 ble til på bakgrunn av et nordisk utredningssamarbeid, og da nåværende lov i all hovedsak viderefører den tidligere rettstilstanden vil en kunne se hen til hvordan tilsvarende spørsmål er løst i Sverige og Danmark ved tolkningstvil.<sup>13</sup>

### 2.1.2 Legislative hensyn

Hovedformålet bak asl. § 3-7 er å sørge for at de midler som urettmessig er blitt fratatt selskapet blir tilbakeført. Beskyttelse av selskapskapitalen står sentralt, og er av interesse både for aksjonærer og selskapet selv.

Bestemmelsene i aksjeloven kan ikke bare ha eierinteressene i fokus, og det må også tas hensyn til selskapets kreditorer.<sup>14</sup> Kreditorvern er et sentralt hensyn bak asl. § 3-7, og de materielle skranker som aksjeloven oppstiller for adgangen til å dele ut selskapsmidler er kjernen i dette kreditorvernet.<sup>15</sup>

### 2.1.3 «Ulovlig utdeling»

Det må foreligge en «*utdeling*» fra selskapet for at tilbakeføringsplikten etter asl. § 3-7 skal bli aktuell. Det følger av asl. § 3-6 hva som regnes som en «*utdeling*», og er i andre ledd

---

<sup>11</sup> Andenæs (2006) s. 452.

<sup>12</sup> NOU 1996: 3 s. 149.

<sup>13</sup> Skåre (1988) s. 606 flg. Aktiebolagslagen (2005:551), Sverige og Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)(1089 af 14/09/2015), Danmark.

<sup>14</sup> Woxholt (2012) s. 181.

<sup>15</sup> Giertsen (2003) s. 252.



definert som «*enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode*».

Det er kun i de tilfeller det foretas en utdeling fra selskapet som er «*i strid med bestemmelsene i loven*» at mottaker blir pålagt en restitusjonsplikt, jf. asl. § 3-7. Lovens ordlyd «*i strid med bestemmelsene i loven*» må forstås slik at utdelingen anses å være ulovlig om ikke både de materielle og formelle vilkår i vedkommende regelsett er oppfylt.<sup>16</sup> I de tilfeller det foreligger saksbehandlingsfeil kan utdelingen også være ulovlig.<sup>17</sup>

Asl. § 3-7 (1) bygger videre på et skille mellom ulike typer ulovlige utdelinger. Første ledd første punktum regulerer de tilfeller det er foretatt en ulovlig *skjult* utdeling, mens annet punktum får anvendelse der utdelingen regnes å være en ulovlig *åpen* utdeling.<sup>18</sup> Skjulte utdelinger har ikke en formell form slik som de åpne utdelinger. Det foreligger ingen beslutning fra generalforsamlingen om utdeling, og de fremstår mer som alminnelige disposisjoner enn formelle utdelinger.<sup>19</sup> De regnes likevel som utdelinger etter asl. § 3-6 da det i realiteten skjer en verdioverføring fra selskapet til aksjeeier som har årsakssammenheng med aksjeeierforholdet. Slike skjulte utdelinger vil alltid anses å være ulovlige da de ikke er i samsvar med de formelle og materielle regler, jf. asl. § 3-6 første ledd.<sup>20</sup>

Om en ulovlig utdeling karakteriseres som skjult eller åpen vil ha betydning for tilbakeføringsplikten. Er det foretatt en ulovlig skjult utdeling har mottaker en absolutt og ubetinget tilbakeføringsplikt. I de tilfeller det er skjedd en ulovlig åpen utdeling vil tilbakeføringsplikten ikke være absolutt.<sup>21</sup>

Det nærmere innholdet av aksjelovens utdelingsbegrep, samt skillet mot ulovlig utdeling, vil ikke bli behandlet mer inngående. Forutsetningen i det videre er at det foreligger «*ulovlig utdeling*», slik at asl. § 3-7 kommer til anvendelse.

#### **2.1.4 Hvem har plikt til å tilbakeføre – “mottaker”**

Asl. § 3-7 hjemler en tilbakeføringsplikt for «*mottaker*» av den ulovlige utdelingen. Det må derfor vurderes nærmere hvem som etter lovens ordlyd anses å være «*mottaker*». En nærmere

---

<sup>16</sup> Andenæs (2006) s. 453.

<sup>17</sup> Andenæs (2006) s. 452 og Rt. 2003 s.1501.

<sup>18</sup> Reiersen (2016) s. 19–23.

<sup>19</sup> Reiersen (2016) s. 20.

<sup>20</sup> Reiersen (2016) s. 21.

<sup>21</sup> Reiersen (2016) s. 20.

definisjon følger ikke direkte av aksjeloven, og en må her se hen til andre kilder for å fastlegge det nærmere innholdet av begrepet.

I utgangspunktet vil det være aksjeeier som regnes som «*mottaker*», da utdelingen ofte er utbetaling på aksjer.<sup>22</sup> I disse tilfeller vil aksjonæren være den direkte mottaker, og det er klart at det foreligger en tilbakeføringsplikt.

En kan også tenke seg det tilfelle at utdelingen kommer aksjonæren *indirekte* til gode, og at det er en annen som direkte mottar utdelingen. Her oppstår spørsmålet om det er aksjeeier, den direkte mottaker eller evt. begge som skal regnes som «*mottaker*» etter bestemmelsen. En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd tilsier at det er den direkte mottaker som etter loven har en tilbakeføringsplikt. En slik forståelse har også støtte i teorien.<sup>23</sup> Det er også uttrykt i praksis at det vil ha mest for seg om tilbakeføringsplikten i et slikt tilfelle omfatter den direkte mottaker.<sup>24</sup> På den annen side vil en kunne si at når utdelingen indirekte kommer aksjonæren til gode, jf. asl. § 3-6 (2), så vil det være naturlig at han også skal regnes som mottaker i henhold til tilbakeføringsplikten etter asl. § 3-7.<sup>25</sup> Etter mitt skjønn er en slik løsning ikke uforenlig med lovens ordlyd, og vil gi det resultat som skaper best sammenheng i regelverket, jf. asl. § 3-6 (2). En slik tolkning av lovens ordlyd vil også gi et rimelig resultat som følge av at den som er blitt skadelidende vil få dekket sitt tap av de som faktisk har blitt begunstiget gjennom den ulovlige utdelingen, direkte eller indirekte.<sup>26</sup>

Foreligger det en avtale med tredjeperson som samtidig innebærer en utdeling for aksjeeier, er situasjonen noe annerledes enn nevnt ovenfor, men det er likevel en rekke likhetstrekk.<sup>27</sup> I et slikt tilfelle er det lagt til grunn i teori og praksis at mottaker er aksjonæren, og at tilbakeføringsplikten påhviler denne.<sup>28</sup> I Rt. 2008 s. 385 forelå det en avtale med tredjeperson, som samtidig innebar en utdeling for aksjeeier.<sup>29</sup> Her uttalte Høyesterett at «*vårt tilfelle har også klare likhetstrekk med de tilfellene der en utbetaling kommer aksjeeier indirekte til gode*». Det forelå et sterkt interessefellesskap mellom aksjeeier og tredjeperson. Det ble i

---

<sup>22</sup> Andenæs (2006) s. 452.

<sup>23</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note. 1.5.

<sup>24</sup> Rt. 2008 s. 235 (83).

<sup>25</sup> Andenæs (2006) s. 452-453 og Keiserud (2000) pkt. 2.31.

<sup>26</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.31.

<sup>27</sup> Se Høyesteretts argumentasjon i Rt. 2008 s.385 (80 – 84) for forskjellen mellom de to tilfeller.

<sup>28</sup> Andenæs (2006) s. 453 og Rt. 2008 s. 386 (83).

<sup>29</sup> Spørsmålet i saken var om en gjeldsovertakelse og senere tilbakebetaling av denne forpliktelsen ved at en entreprisekontrakt ble oppfylt, var i strid asl. § 3-6. Det ble også spørsmål om denne kunne kreves tilbakeført av entreprenøren, som var en annen enn aksjeeier.

dommen lagt til grunn, at den direkte mottaker av verdiene, tredjeperson, måtte tilbakeføre det mottatte med hjemmel i asl. § 3-7.<sup>30</sup>

### **2.1.5 Omfanget av tilbakeføringsplikten – “har mottatt”**

Det er etter asl. § 3-7 «*det som er mottatt*» som omfattes av tilbakeføringsplikten. Hva som anses å være «*mottatt*» er ikke nærmere presisert i bestemmelsen, og en må her foreta en nærmere vurdering av hva som er gjenstand for tilbakeføring.

En naturlig språklig forståelse av «*tilbakeføre*» tilsier at det i utgangspunktet ikke foreligger noen tilbakeføringsplikt i de tilfeller der det mottatte ikke lenger er i behold. Slik kan bestemmelsen likevel ikke forstås, og det er i teorien presisert at tilbakeføringsplikten her går over til å bli en verdierstatningsplikt, hvor det er verdien av det mottatte som må tilbakeføres.<sup>31</sup> Det er derfor ikke grunnlag for noen berikelsesbegrensning ved beregning av kravet etter asl. § 3-7.<sup>32</sup>

Den nærmere fastsettelsen av kravets omfang og oppgjør vil bli behandlet nærmere i pkt. 3.

### **2.1.6 Unntak - God tro regelen**

Utgangspunktet er en ubetinget objektiv tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 (1) første punktum. Lovgiver har her funnet det nødvendig å gjøre unntak ved «*utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning*» i de tilfeller mottaker var i god tro angående utdelingens lovlighet.

Unntaket er begrunnet med et behov for å beskytte en aktsomt godtroende mottaker i de tilfeller der utdelingen formelt sett fremtrer som lovlig, da en ubetinget tilbakeføringsplikt her vil være lite rimelig.<sup>33</sup>

Det nærmere innholdet i aktsomhetskravet, herunder hva som må omfattes av den gode tro og når den gode tro må foreligge behandles nærmere under pkt. 4.

---

<sup>30</sup> Rt. 2008 s.385, avsnitt 80–84. Merk at førstvoterende presiserer at «*i et slikt tilfelle*» må det være riktig at «*den direkte mottakeren av verdiene fra selskapet (.) må tilbakeføre det som er mottatt (.)*» (84). En vil derfor ikke kunne oppstille som en generell regel at i alle de tilfeller det foreligger en avtale med tredjeperson så vil den direkte mottaker måtte tilbakeføre det mottatte. Se Andenæs (2006) s. 453 og Woxholt (2014) s. 257.

<sup>31</sup> Woxholt (2014) s. 258.

<sup>32</sup> Andenæs (2006) s. 454 og Aarbakke m.fl. (2004) s. 198.

<sup>33</sup> NOU 1996:3 s. 149.

## 2.2 Konkursrettslig omstøtelse

Omstøtelsesreglene er plassert i deknl. kap. 5, og det er vanlig å skille mellom de objektive omstøtelsesreglene i deknl. §§ 5-2 til 5-8 og den subjektive omstøtelsesregel i deknl. § 5-9.

Reglene gir hjemmel til å tilsidesette de disposisjoner som har forringet skyldners formuesstilling eller tilgodesett enkelte kreditorer på bekostning av de andre, i tiden før boåpning.<sup>34</sup>

I det følgende vil det kun være de omstøtelsesregler som vil kunne komme til anvendelse når det er foretatt en ulovlig utdeling fra et aksjeselskap som vil bli behandlet nærmere.

### 2.2.1 Historie og utvikling

Nåværende dekningslov avløste den tidligere deknl. av 1975, og trådte i kraft 1.januar 1986.<sup>35</sup> På mange områder innebærer omstøtelsesreglene en kodifisering av tidligere gjeldende rett, og eldre rettskilder vil derfor være av betydning ved tolkningen av lovens bestemmelser.<sup>36</sup>

De nordiske omstøtelsesreglene er i noen grad sammenfallende, og Høyesterett har i de tilfeller det foreligger tolkningstvil sett hen til hvordan spørsmålet er løst i svensk og dansk rett.

### 2.2.2 Legislative hensyn

Hovedformålet bak omstøtelsesreglene er å beskytte kreditorene mot illojale disposisjoner foretatt av skyldner i tiden før konkurs, samt forhindre at boet tømmes for aktiva før den formelle boåpningen.<sup>37</sup> Omstøtelsesreglene bygger på et likhetsprinsipp, og et sentralt hensyn bak reglene er kreditorenes dekningsrett. Lik rett til dekning blant kreditorene står sentralt, og en ønsker ikke at enkelte kreditorer skal tilgodeses på bekostning av de andre. Deknl. skal bidra til å både forhindre og reparere disposisjoner som er kreditorskadelige etter sitt innhold.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Andenæs (2009a) s. 285.

<sup>35</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 13.

<sup>36</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 177.

<sup>37</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 176 og Andenæs (2009a) s. 286.

<sup>38</sup> Aasebø m.fl. (2015,) s. 176.

## 2.2.3 Objektiv omstøtelse

### 2.2.3.1 Generelt

De objektive omstøtelsesreglene rammer generelt angitte kategorier av disposisjoner som etter sitt innhold antas å være illojale overfor skyldners øvrige kreditorer.<sup>39</sup> Bevismessig er de objektive reglene enkle å praktisere da det ikke kreves en omfattende bevisvurdering.<sup>40</sup>

Det vil kun være dekl. §§ 5-2 og 5-5 som behandles nærmere, da det kun er disse av dekningslovens objektive omstøtelsesregler som kan tenkes å komme til anvendelse ved en ulovlig utdeling fra et aksjeselskap.<sup>41</sup>

### 2.2.3.2 Deknl. § 5-2

Deknl. § 5-2 lyder som følgende:

*«Gave som skyldneren har fullbyrdet senere enn ett år før fristdagen, kan omstøtes(.)»*

#### **a) Gjenstand for omstøtelse - «Gave»**

Det er «gave» som er gjenstand for omstøtelse etter dekl. § 5-2. Vurderingstema i det følgende blir derfor om en selskapsrettslig «*ulovlig utdeling*» vil kunne regnes som en «gave» etter dekningsloven.

Gavebegrepet er ikke nærmere definert i dekningsloven, men det er presisert i teori og praksis at det normalt må være tale om «*en formueforskyvning i den hensikt å berike mottakeren*».<sup>42</sup> Gavebegrepet består av en rekke elementer, men det vil trolig være den subjektive delen, og da særlig spørsmålet om utdelingen har preg av «*gavmildhet*», som anses problematisk i forhold til en «*ulovlig utdeling*».<sup>43</sup>

En *lovlig* utdeling fra et aksjeselskap til en aksjonær må anses å være forretningsmessig begrunnet, og vil derfor mangle det berikelsesformål som må foreligge for at det skal være tale om en «gave» etter dekningsloven.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Andenæs (2009a) s. 288.

<sup>40</sup> Andenæs (2009a) s. 288. Dette skiller de objektive reglene fra de subjektive.

<sup>41</sup> Giertsen (2003) s. 253 flg.

<sup>42</sup> Andenæs (2009a) s. 292 og Rt. 1996 s.1647, s. 1652.

<sup>43</sup> Giertsen (2003) s. 253. For de øvrige elementene av gavebegrepet, se Andenæs (2009a) s. 292–299.

<sup>44</sup> Giertsen (2003) s. 254.

Dette stiller seg noe annerledes ved en *ulovlig* utdeling, og utdelingen vil lettere ha andre motiver enn de rent forretningsmessige, slik at den i utgangspunktet vil kunne omfattes av gavebegrepet.<sup>45</sup> Det er også antatt at i de tilfeller gavereglene skal beskytte tredjepart, her kreditor, vil en måtte legge til grunn en mer objektiv forståelse.<sup>46</sup> Vurderingen vil da i større grad bero på hvordan disposisjonen objektivt sett fremtrer, og givers motiv for gaven tillegges mindre vekt.<sup>47</sup>

Om en ulovlig utdeling kan anses å være en «gave» etter dekl. er likevel usikkert, og det finnes ingen klar løsning hverken i teori eller praksis. I Rt. 1998 s. 1042 var det spørsmål om en aksjonær som hadde kjøpt opp et aksjeselskap, og senere utfisjonert flere av datterselskapene pliktet å tilbakeføre midlene til morselskapets konkursbo. Konkursboet krevde tilbakeføring både på grunnlag av omstøtelse, jf. dekl. § 5-2 og på selskapsrettslig grunnlag. Konkursboet anførte at det var tale om en «gave» etter dekl. § 5-2, og uttalte i forhold til kravet om gavehensikt at det må «*tilpasses det forhold at bestemmelsen ifølge forarbeidene skal ramme konserninterne transaksjoner*».<sup>48</sup> Motparten anførte at det ikke kunne være tale om en «gave», da det ikke forelå tilstrekkelig «*gavehensikt*».<sup>49</sup> Høyesterett tok ikke direkte stilling til spørsmålet da kravet ble ansett foreldet, og dommen vil derfor ikke kunne gi veiledning til hvordan gavebegrepet skal tolkes i forhold til ulovlige utdelinger.

Formålet med omstøtelsesregelen i dekl. § 5-2 er å kunne omstøte ensidige formuesoverføringer som er foretatt i tiden før en konkurs, og som etter sitt innhold presumeres å være kreditorskadelige. En ulovlig utdeling vil være en ensidig disposisjon som tapper selskapet for midler på bekostning av de andre kreditorer. En kan vanskelig argumentere med at den er forretningsmessig begrunnet da det ikke foreligger noen rettslig forpliktelse for selskapet til å betale slik det er ved en lovlig utdeling. Ulovlige utdelinger vil derfor i utgangspunktet være i kjerneområde for omstøtelse etter de objektive regler, selv om det ikke foreligger en uttrykkelig «*gavehensikt*».

Det kan også nevnes at det vanskeligere kan oppstilles et subjektivt krav om gavehensikt ved ulovlige utdelinger fra et *selskap*. Situasjonen vil også ofte være slik at aksjonæren «sitter ved

---

<sup>45</sup> Giertsen (2003) s. 254.

<sup>46</sup> Aasebø (2015) s.184 og Giertsen (2003) s. 253.

<sup>47</sup> Aasebø (2015) s. 187.

<sup>48</sup> Rt. 1998 s.1042, s. 1051.

<sup>49</sup> Rt. 1998 s.1042, s. 1054.

begge bord», og det vil kunne være samme person som beslutter at utdelingen skal fortas og som tilgodeses ved utdelingen.

Det er videre lagt til grunn i teorien at i de tilfeller disposisjonen mangler preg av gavmildhet, og der andre hensyn har vært avgjørende for giver, vil den falle utenfor gavebegrepet.<sup>50</sup> Etter min mening må det her være nok at det kan påvises at disposisjonen ikke klart er begrunnet i andre hensyn, og at det ikke kan måtte kreves en uttrykkelig «gavehensikt» for at det skal anses som en «gave» etter dekningsloven. En ulovlig utdeling fra et selskap har heller ingen fellestrekk med de typetilfeller som i teorien er antatt å falle utenfor «gave» tilfellene.<sup>51</sup>

Det er særlig i de tilfeller det er foretatt en ulovlig skjult utdeling at spørsmålet om «gavmildhet» kommer på spissen. Er det tale om en utdeling som er ulovlig som følge av formfeil, vil dette stilles seg noe annerledes da det lettere kan tenkes at den er forretningsmessig begrunnet. En vil derfor trolig måtte foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om en ulovlig utdeling vil falle inn under gavebegrepet.

«Åpne utdelinger», jf. asl. § 3-7 (1) andre punktum, reiser i denne sammenheng særlige spørsmål, og vil bli nærmere behandlet i pkt. 4.2.1

### ***b) De øvrige vilkår***

Bestemmelsens øvrige vilkår vil ikke være gjenstand for nærmere behandling innledningsvis.

### ***c) Omstøtelsesfristen***

Det følger av dekl. § 5-2 første ledd at det er gaver som er fullbyrdet senere enn «*ett år før fristdagen*» som kan omstøtes, jf. dekl. §§ 1-1 til 1-3. De særlige omstøtelsesfrister som følger av andre til femte ledd behandles ikke nærmere.

#### **2.2.3.3 Deknl. § 5-5**

Deknl. § 5-5 lyder som følgende:

*«Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid*

---

<sup>50</sup> Andenæs (2009a) s. 298.

<sup>51</sup> Andenæs (2009a) s. 298.

*eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.»*

**a) Gjenstand for omstøtelse - «Betaling av gjeld»**

Det er «*betaling av gjeld*» som kan omstøtes med hjemmel i deknl. § 5-5, og det blir spørsmål om en ulovlig utdeling, jf. asl. §§ 3-6 og 3-7 kan regnes som betaling av gjeld etter dekningsloven.

Det må her presiseres at en ulovlig utdeling trolig ikke vil kunne være en «*gave*» etter deknl. § 5-2, og samtidig regnes som «*betaling av gjeld*» etter deknl. § 5-5. Regnes den ulovlige utdelingen som betaling av gjeld vil hensikten bak utdelingen være av en slik karakter at det vanskelig kan sies å være en «*gave*» etter deknl. § 5-2.

I det følgende vil det derfor bli spørsmål om de ulovlige utdelinger som ikke omfattes av gavebegrepet vil kunne regnes som «*betaling av gjeld*».

Ordlyden gir ikke nærmere anvisning på hva som anses å være «*betaling av gjeld*», og en må her se hen til andre kilder for å fastsette det nærmere innholdet. Det er presisert i teorien at det avgjørende ikke er betalingens form, da det er de reelle forhold som skal legges til grunn.<sup>52</sup> Det har videre blitt presisert at det vil ha formodningen mot seg at en ytelse som faktisk medfører at skyldners gjeld dekkes ikke skal regnes som betaling, og på bakgrunn av dette ikke kan omstøtes.<sup>53</sup>

Når det foretas en lovlig beslutning om utdeling kommer aksjeeierne i en kreditorposisjon, ved at de har et krav mot selskapet. Selskapet har pådratt seg en betalingsplikt, og det oppstår således en gjeldspost på selskapets hånd. Når selskapet foretar utdelingen til aksjeeierne i deres egenskap av å være kreditorer, kan det argumenteres for at det foreligger betaling av gjeld.<sup>54</sup> Som nevnt ovenfor er betalingens form uten betydning slik at en utdeling i utgangspunktet vil kunne omfattes.<sup>55</sup>

I denne sammenheng kreves det en nærmere gjennomgang av hvilken betydning det får at det er tale om en *ulovlig* utdeling. I de tilfeller det besluttes å foreta en utdeling, og denne er

---

<sup>52</sup> Andenæs (2009a) s. 311.

<sup>53</sup> Andenæs (2009a) s. 313.

<sup>54</sup> Giertsen (2003) s. 254.

<sup>55</sup> Andenæs (2009a) s. 311.



ulovlig, vil styre ha en plikt til å unnlate å betale.<sup>56</sup> Om en likevel foretar utdelingen kan det stilles spørsmål ved om det anses som «*betaling av gjeld*»? Da utdelingen ikke er lovlig foreligger det i utgangspunktet ingen betalingsplikt for selskapet, i motsetning til de tilfeller der det er foretatt en lovlig beslutning om utdeling. Gjeld vil i utgangspunktet kun brukes om en gyldig stiftet gjeldsforpliktelse, og det kan derfor argumenteres for at det ikke foreligger noen gjeldsforpliktelse ved ulovlige utdelinger.<sup>57</sup> Spørsmålet er ikke vurdert direkte i forhold til ulovlige utdelinger fra aksjeselskap, men det kan trekkes en parallell til andre typer ugyldig stiftet gjeld, hvor det i utgangspunktet ikke foreligger betalingsplikt. Det er bl.a. fremhevet av Andenæs at:

*«Om skyldnerens gjeldsforpliktelse er ugyldig eller foreldet, er uten betydning. Det kan ikke være mindre adgang til å omstøte betaling av gjelden når den er ugyldig eller foreldet enn når den ikke er det»<sup>58</sup>*

Som støtte for et slikt syn kan en argumentere med at det ville virke urimelig om en ulovlig utdeling fra et selskap skulle ha bedre vern enn en lovlig utdeling.<sup>59</sup> En slik forståelse er også lagt til grunn i konkursrettslig litteratur<sup>60</sup>, og ut fra et rimelighetshensyn kan det vanskelig argumenteres for at ulovlig stiftet gjeld skal behandles på annen måte enn gyldig stiftet gjeld med hensyn til omstøtelsesadgangen.

En vil derfor ikke kunne utelukke at en «*ulovlig utdeling*» fra et aksjeselskap trolig vil kunne anses å være «*betaling av gjeld*» etter dekningsloven i noen tilfeller.

### ***b) De øvrige vilkår***

Bestemmelsens øvrige vilkår vil bli drøftet nærmere i pkt. 3 og 4 i forbindelse med den komparative analyse av selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse.

### ***c) Omstøtelsesfristen***

Det følger av deknl. § 5-5 første ledd at det er betaling som er foretatt senere enn «*tre måneder før fristdagen*» som kan omstøtes, jf. deknl. §§ 1-1 til 1-3. De utvidede omstøtelsesfrister i bestemmelsens andre og tredje ledd behandles ikke nærmere her.

---

<sup>56</sup> Giertsen (2003) s. 261. Dette gjelder uavhengig av om styret kjente til det faktum at beslutning var ulovlig på beslutningstidspunktet eller om denne kunnskap først oppsto etter beslutningstidspunktet, men før utbetalingen, Giertsen (2003) s. 262–263.

<sup>57</sup> Giertsen (2003) s. 261-262.

<sup>58</sup> Andenæs (2009a) s. 310.

<sup>59</sup> Giertsen (2003) s. 262.

<sup>60</sup> Se bl.a. Aasebø m.fl. (2015) s. 207 og Nazarin, (2012) s. 162.

## 2.2.4 Subjektiv omstøtelse

Den subjektive omstøtelsesregel regnes for å være en generalklausul, og gir hjemmel til å omstøte disposisjoner som er utilbørlige og uaktsomme overfor skyldnerens øvrige kreditorer.<sup>61</sup>

Deknl. § 5-9 lyder som følgende:

*«Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.*

*Disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn ti år før fristdagen, kan ikke omstøtes.»*

### a) Gjenstand for omstøtelse - «Disposisjoner»

Hva som regnes som «disposisjoner» er ikke nærmere presisert i bestemmelsen, men det er lagt til grunn i forarbeidene at det som hovedregel må foreligge en rettslig forpliktende opptreden for at omstøtelse skal kunne være aktuelt.<sup>62</sup> At bestemmelsen er så generell i sin utforming gjør at den får et forholdvis vidt anvendelsesområde, og utdelinger etter aksjeloven vil derfor i utgangspunktet kunne omstøtes om de øvrige vilkårene foreligger.

### b) De øvrige vilkår

Det er en rekke tilleggsvilkår som må foreligge for at en skal kunne omstøte etter dekl. § 5-9. Disposisjonen må på en «utilbørlig» måte begunstige en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndra eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøke skyldnerens gjeld til skade for dem. Dette gir uttrykk for at det er tre kategorier av utilbørlige disposisjoner som rammes av bestemmelsen, samt at det må foreligge tap for fordringshaverne.<sup>63</sup> Videre inneholder bestemmelsen et økonomisk vilkår, og det stilles krav til at «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket» ved disposisjonen. Bestemmelsen inneholder videre et subjektivt vilkår, og det kreves at «den annen part kjente

---

<sup>61</sup> Andenæs (2009a) s. 289.

<sup>62</sup> NOU 1972: 20 s. 298.

<sup>63</sup> Andenæs (2009a) s. 365.

*etter burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig»* for at en skal kunne omstøte.

Vilkårene vil bli behandlet nærmere i pkt. 3 og 4 i den grad det er av betydning for den komparative analysen og vurderingen av forholdet mellom de to regelsett.

### ***c) Omstøtelsesfristen***

Er en disposisjon «*fullbyrdet tidligere enn ti år før fristdagen*» kan den ikke omstøtes. Den subjektive omstøtelsesregel har en lengre omstøtelsesfrist sammenlignet med de objektive reglene. Dette må ses i sammenheng med at det ved subjektiv omstøtelse foretas en konkret vurdering av skyldners økonomiske situasjon på disposisjonstidspunktet i hvert enkelt tilfelle.<sup>64</sup>

## **DEL II. SAMMENLIGNING OG VURDERING**

### **3 Asl. § 3-7 (1) første punktum – «Skjulte utdelinger»**

#### **3.1 Utgangspunktet**

I en konkurssituasjon vil et tilbakeføringskrav kunne bygge på både et selskapsrettslig og konkursrettslig grunnlag.<sup>65</sup>

Konkursboet kan gjøre selskapets tilbakeføringskrav gjeldende etter asl. § 3-7, da boet trer inn i selskapets sted og kan innfordre de krav selskapet har, jf. dekl. § 2-2.<sup>66</sup> Dette gjelder selv om kreditorfellesskapet ikke har lidt noe tap.<sup>67</sup> Konkursboet har også mulighet til å kreve utdelingen omstøtt etter de konkursrettslige regler i dekl. kap 5.<sup>68</sup> I denne sammenheng oppstår spørsmålet om anvendelsen av de to regelsett og forholdet mellom dem.

Det vil bli foretatt en komparativ analyse av de to regelsett, hvor selskapsrettslig tilbakeføring etter asl. § 3-7 (1) første punktum vil bli sammenlignet med både subjektiv og objektiv

---

<sup>64</sup> Andenæs (2009a) s. 369.

<sup>65</sup> Aarbakke m.fl. (2012) note 0.3.

<sup>66</sup> Aarbakke m.fl. (2012) note 0.3. og Keiserud pkt. 6. 32.

<sup>67</sup> Keiserud (2000) pkt. 6.32.

<sup>68</sup> Rg. 1992 s. 709 Kristiansand og Rt. 1997 s. 1623.

omstøtelse etter dekningsloven. Formålet vil her være å si noe om hvilket regelsett som rekker lengst og gir det mest vidtgående krav for boet.

Forholdet mellom asl. § 3-7 (1) andre punktum og omstøtelsesreglene vil bli behandlet i pkt. 4.

Den følgende analysen og sammenligningen vil skille mellom vilkår og virkning. Bestemmelsenes vilkår behandles først, før det foretas en nærmere sammenligning av virkningene.

De objektive omstøtelsesreglene vil bli behandles samlet i det følgende.

## **3.2 Objektiv omstøtelse**

### **3.2.1 Vilkår**

#### **3.2.1.1 Gjenstand for objektiv omstøtelse**

Det er lagt til grunn i pkt. 2.2.3.3 at en utdeling fra et aksjeselskap i utgangspunktet vil kunne regnes som «*betaling av gjeld*», jf. dekl. § 5-5. For «*gave*» jf. dekl. § 5-2, se pkt. 2.2.3.2. Det vil kun være i de tilfeller utdelingen faller inn under de nærmere angitte disposisjoner i de objektive omstøtelsesreglene at konkursrettslig omstøtelse er aktuelt.

#### **3.2.1.2 Omstøtelsesgrunnlagene**

Omstøtelsesreglene er begrenset til de tilfeller som er positivt oppregnet i lovteksten, og vil som følge av dette ha et snevrere anvendelsesområde enn selskapsrettslig tilbakeføring. Det er etter dekl. § 5-5 kun om betalingen «*er foretatt med usedvanlig betalingsmiddel, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldneres betalingsevne*» en kan omstøte. En tilsvarende reservasjon finner en ikke etter asl. § 3-7, og konkursboet vil kunne anvende asl. § 3-7 som hjemmel for kravet, uavhengig av om betalingen er foretatt som nevnt i dekl. § 5-5.

#### **3.2.1.3 Ordinærreservasjonen**

Omstøtelse etter dekl. § 5-5 er begrenset til de tilfeller der betalingen ikke fremtrådte som «ordinær». Denne begrensningen er i teorien omtalt som «ordinærreservasjonen», og må ses i sammenheng med de overfor nevnte omstøtelsesgrunnlag.<sup>69</sup> Reservasjonen er generell i sin form, og hverken lovteksten eller forarbeidene gir en klar definisjon av vilkåret.<sup>70</sup> Det forhold at bestemmelsen inneholder en slik reservasjon er på samme måte som omstøtelsesgrunnlagene med på å begrense bestemmelsens anvendelsesområde.

Selv om de to regelverk i utgangspunktet er uavhengige av hverandre kan en her stille spørsmål ved om hvordan utdelingen blir vurdert selskapsrettslig kan ha betydning for omstøtelsesadgangen etter dekningsloven. Særlig om det forhold at det er tale om en selskapsrettslig ulovlig utdeling kan være et moment som trekker i retning av at betalingen ikke anses å være «ordinær».

Ordlyden i dekl. § 5-5 åpner opp for at det kan foretas en mer skjønnsmessig vurdering, hvor ulike forhold kan vektlegges. «Alminnelige omsetningsinteresser» er bakgrunnen for ordinærreservasjonen, og det er de vanlige og nødvendige utgifter som i utgangspunktet skal anses som «ordinære».<sup>71</sup> Det vil trolig kunne være et *moment* i retning av at det ikke er en «ordinær» betaling som er foretatt at den regnes som selskapsrettslig ulovlig. En ulovlig utdeling til aksjeeierne kan neppe karakteriseres som nødvendige utgifter i forbindelse med den daglige drift av selskapet. Er det foretatt en ulovlig utdeling kort tid før en konkurs, vil denne etter sitt innhold kunne formodes å være illojal overfor skyldners øvrige fordringshavere, og som følge av dette være i kjerneområde for objektiv omstøtelse.<sup>72</sup> I motsatt retning vil det at det er tale om en selskapsrettslig lovlig utdelingen være et moment for at utdelingen ikke er illojal overfor de øvrige kreditorene, og som følge av dette ikke bør kunne omstøtes.<sup>73</sup>

#### 3.2.1.4 Omstøtelsesfristene

Omstøtelsesadgangen etter de objektive regler er begrenset til de disposisjoner som er foretatt en viss tid før fristdagen, og omstøtelsesfristene er forholdsvis korte. Det følger eksempelvis av dekl. § 5-2 at det kun er gave som er fullbyrdet «ett år før fristdagen» som kan omstøtes.

---

<sup>69</sup> Andenæs (2009a) s. 317.

<sup>70</sup> Andenæs (2009a) s. 317.

<sup>71</sup> Rt. 1997 s. 1623, s. 1626.

<sup>72</sup> Andenæs (2009a) s. 288–289.

<sup>73</sup> Giertsen (2003) s. 252.

Det selskapsrettslige kravet går lenger tidsmessig enn det konkursrettslige, da det ikke er tidsmessig betinget av når utdelingen fant sted. Konkursboet vil derfor kunne kreve tilbakeført utdelinger som er foretatt også i tiden før de konkursrettslige regler får anvendelse med hjemmel i asl. § 3-7.

## 3.2.2 Virkning

### 3.2.2.1 Kravets omfang

Kravets innhold, særlig hvordan en fastsetter kravets omfang, er et av de viktigste punkt hvor de selskapsrettslige og konkursrettslige regler skiller seg fra hverandre.

For det selskapsrettslige tilbakeføringskrav er kravets omfang regulert direkte i asl. § 3-7, og det er det mottakeren «*har mottatt*» som skal tilbakeføres.

For de konkursrettslige regler er fastsettelsen av kravets omfang regulert i dekningsloven. En må her skille mellom fastsettelsen av et objektivt omstøtelseskrav etter deknl. §§ 5-2 til 5-8, og et subjektivt omstøtelseskrav etter deknl. § 5-9. I det følgende vil det være fastsettelsen av et objektivt omstøtelseskrav etter deknl. § 5-11 som vil være av interesse å se nærmere på.

#### a) Berikelsesbegrensning

Det følger av ordlyden i deknl. § 5-11 første ledd at omstøtelseskravet utgjør den «*berikelse*» den annen part har oppnådd ved den ulovlige utdelingen. Presiseringen medfører at mottaker ikke skal ha noen fordel av utdelingen, samt at omstøtelseskravet ikke skal overstige berikelsen som mottaker har oppnådd ved utdelingen.<sup>74</sup>

En tilsvarende formulering følger ikke av asl. § 3-7, og et selskapsrettslig tilbakeføringskrav vil ikke være begrenset til berikelsen. Etter de selskapsrettslige regler er det som nevnt det som er «*mottatt*» som skal tilbakeføres, uavhengig av mottakers berikelse.

Boet vil i de fleste tilfeller kunne få mer tilbakeført etter de selskapsrettslige regler, der en ikke må ta hensyn til berikelsesbegrensningen i deknl. § 5-11. Dette vil kanskje særlig komme på spissen i de tilfeller der det mottatte har gått tapt ved en hendelig begivenhet. Det er presisert i forarbeidene til deknl. at i de tilfeller der det mottatte har «*gått tapt, helt eller*

---

<sup>74</sup> Andenæs (2009a) s. 376.

*delvis, ved et uhell, er ikke mottaker ansvarlig».*<sup>75</sup> Mottaker bærer ikke risikoen, og en vil ikke kunne si at mottaker har oppnådd noen berikelse, og omstøtelse er dermed avskåret. Et slikt forbehold finner en ikke i asl. § 3-7, og hvilken løsning som her anses for å være gjeldende rett er noe usikkert. Det er likevel antydning at i de tilfeller mottaker var i ond tro vil vedkommende måtte bære risikoen for det inntrufne, slik at det mottatte må tilbakeføres.<sup>76</sup>

### **b) Verdiendringer**

Verdien av det mottatte vil kunne endre seg i tiden mellom utdelingen og frem til restitusjonskravet fremmes. Hvilket tidspunkt som er avgjørende for verdivurderingen vil kunne få betydning for omfanget av kravet etter de to regelsett. En må i denne sammenheng skille mellom de tilfeller der det mottatte har sunket i verdi, og de tilfeller det er tale om en verdiøkning.

For konkursrettslig omstøtelse følger det av juridisk teori at i de tilfeller det mottatte har økt i verdi må den annen parts berikelse anses å utgjøre verdien på omstøtelsestidspunktet.<sup>77</sup> En vil her kunne kreve omstøtt den verdi det mottatte har på omstøtelsestidspunktet, og boet vil ikke være begrenset av utdelingens verdi på utdelingstidspunktet. Har det mottatte sunket i verdi, vil den annen parts berikelse gjenspeiles av dette, og har det gått så langt at det mottatte er verdiløst vil det ikke foreligge noen berikelse. Konkursboet vil derfor nyte godt av en verdistigning, men samtidig må det bære risikoen for at det mottatte kan synke i verdi slik at omstøtelseskravet avkortes.

For selskapsrettslig tilbakeføring taler ordlyden i asl. § 3-7 for at tidspunktet for gjennomføringen av utdelingen skal være avgjørende.<sup>78</sup> Her bærer mottaker risikoen og gevinsten for utdelingens verdisvingninger.<sup>79</sup>

Da det er forskjellige tidspunkt som legges til grunn for verdsettelsen av det mottatte, vil det variere hvilket regelsett konkursboet vil være tjent med å påberope seg. I de tilfeller det har skjedd en verdistigning vil konkursboet være tjent med å fremme krav etter de konkursrettslige regler. Har det mottatte sunket i verdi vil boet derimot være tjent med å fremme krav etter asl. § 3-7.

---

<sup>75</sup> NOU 1972: 20 s. 300

<sup>76</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.43.3 og Krokeide (1982) s. 392 flg.

<sup>77</sup> Andenæs (2009a) s. 377.

<sup>78</sup> Andenæs (2006) s. 454.

<sup>79</sup> Keiserud pkt. 2.43.6

### *c) Avkastning /utbytte*

Hva som skjer med avkastning mottaker har vunnet av det mottatte vil også kunne få betydning for kravets omfang.

For omstøtelseskrav er situasjonen regulert direkte i dekl. § 5-11 første ledd andre punktum. Utgangspunktet er at utbytte av utdelingen skal regnes som den annen parts berikelse, og som følge av dette være gjenstand for omstøtelse.<sup>80</sup> Men andre punktum oppstiller her et unntak, og omfanget av boets omstøtelseskrav til kunne reduseres om visse vilkår er oppfylt.<sup>81</sup> Et eksempel er her at renteinntekten fra det mottatte beløp normalt ikke er gjenstand for omstøtelse om vilkårene i andre punktum er oppfylt.

I asl. § 3-7 er det ikke nærmere presisert hva som skjer med avkastning av det mottatte, og det anses som usikkert etter gjeldende rett om avkastning som mottaker har vunnet på den ulovlige utdelingen skal omfattes av tilbakeføringskravet.<sup>82</sup> En må her foreta et skille mellom ulovlig utdelte kontanter og realverdier.

Består den ulovlige utdelingen av utdelte naturalia vil trolig de alminnelige prinsipper om restitusjon som følge av ugyldighet få anvendelse, og konkursboet vil kunne kreve tilbakeført avkastningen som mottaker har hatt.<sup>83</sup> Løsningen er her ulik den som følger av dekl., og konkursboet vil i utgangspunktet kunne kreve mer tilbakeført etter asl. § 3-7. Denne løsning er i teorien antatt kun å gjelde om mottaker er i ond tro etter asl. § 3-7. Er mottaker i god tro, og regelen i asl. § 3-7 (1) andre punktum ikke kommer til anvendelse, vil vedkommende antakeligvis ha krav på å få beholde avkastningen.<sup>84</sup>

Ved kontantutdelinger er løsningen noe annerledes enn den som er skissert ovenfor, og en kan stille spørsmål ved om mottaker plikter å tilbakeføre avkastning som vedkommende har oppebåret? En må her ta utgangspunkt i alminnelige formuerettslige prinsipper da hverken ordlyden i asl. § 3-7 eller lovens forarbeider regulerer spørsmålet. Løsningen vil trolig bli at avkastning som skyldes egen innsats ikke kan kreves tilbakeført, men at annen avkastning må tilbakeføres til selskapet.<sup>85</sup> Når det gjelder renter av det ulovlig utbetalte beløp, må en se hen

---

<sup>80</sup> Andenæs (2009a) s. 378.

<sup>81</sup> Den gode tro knytter seg her til det forhold at den annen part ikke innser eller burde innse at han har en plikt til å tilbakeføre det mottatte til konkursboet. Se Andenæs (2009a) s. 378.

<sup>82</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.42.2

<sup>83</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.42.2 med nærmere henvisninger.

<sup>84</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.42.2. n.120.

<sup>85</sup> Carlsen (2012) pkt. 4.4.3.2.



til Lov om renter ved forsinket betaling m.m. av 1976 (forsinkelsesrenteloven) for løsning av spørsmålet. Mottaker plikter her å betale forsinkelsesrente fra en måned etter det er blitt sendt oppfordring om tilbakebetaling, jf. § 2 første ledd annet punktum. Det er diskutert om mottaker evt. kan plikte å svare renter fra et tidligere tidspunkt, og hva som vil være grunnlaget for en slik plikt. Dette er likevel noe usikkert, og det foreligger ingen sikker løsning på spørsmålet hverken i teori eller praksis.<sup>86</sup>

Konkursboet vil derfor i de fleste tilfeller være tjent med å fremme et krav etter asl. § 3-7, både ved real og kontantutdelinger om de ønsker avkastningen av det mottatte tilbakeført.

### 3.2.2.2 Oppgjørsmåten

Oppgjørsmåten, herunder om konkursboet kan kreve det mottatte tilbakeført in natura eller om det har krav på tilbakeføring av verdien, vil kunne være av betydning for konkursboets valg av regelsett.

Er det en realverdi som er utdelt er utgangspunktet etter asl. § 3-7 at denne skal «tilbakeføres» in natura.<sup>87</sup> Mottaker vil etter gjeldende rett også være forpliktet til å erstatte verdien om det utdelte ikke lenger kan tilbakeføres in natura.<sup>88</sup> Er det kontanter som er ulovlig utdelt er utgangspunktet etter aksjelovens regler at mottaker må tilbakeføre et tilsvarende beløp som det «mottatte».

Det følger av dekl. § 5-11 andre ledd at «når noen av partene krever det» skal oppjøret skje ved at hver «leverer tilbake det mottatte(.)». Dekl. åpner her opp for tilbakeføring in natura, men kun i de tilfeller det mottatte «er i behold» og tilbakelevering kan skje «uten urimelig verdispille». En av partene må også kreve at oppjøret skal skje på denne måten.

En kan stille spørsmål ved om en tilsvarende begrensning som følger av dekl. i forhold til at naturalrestitusjon bare kan skje om dette ikke medfører «urimelig verdispille» gjelder etter asl. § 3-7? Dette har sammenheng med hvilken terskel som skal legges til grunn for at verdirestitusjon kan tre i stedet for naturalrestitusjon som er bestemmelsens utgangspunkt. Det kan her stilles spørsmål ved om dekl. § 5-11 andre ledd skal anvendes analogisk for et

---

<sup>86</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.42.2 for nærmere vurdering av spørsmålet.

<sup>87</sup> Andenæs (2006) s. 454. Det noe uenighet om en i de tilfeller mottaker er i god tro må nøye seg med et verdikrav, eller om en også da vil kunne kreve tilbakeføring in natura, men denne problemstillingen behandles ikke nærmere.

<sup>88</sup> Andenæs (2006) s. 454.

tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7. Lovteksten i asl. § 3-7 oppstiller ikke en tilsvarende begrensning som følger av dekl. § 5-11 andre ledd, og hverken forarbeidene til aksjeloven eller dekningsloven taler for en analogisk anvendelse. Graden av likhet mellom de to tilfeller vil være et moment som likevel kan tale for analogi.<sup>89</sup> Selv om kreditorvern er et av hovedformålene bak begge bestemmelser, er det trolig ikke tale om en slik likhet at analogi vil være aktuelt i dette tilfellet.<sup>90</sup>

Et eksempel som kan bidra til å belyse betydningen av oppgjørsmåten er de tilfeller der utdelingen består av en ytelse fra selskapet mot vederlag, og der det er misforhold mellom vederlaget og markedsverdien av selskapets ytelse.<sup>91</sup> Det foreligger her en gjensidig bebyrdende avtale mellom selskapet og aksjonær, eks. ved at aksjonæren får kjøpe en eiendom av selskapet til underpris. Utbytteelementet ligger i at aksjonæren betaler mindre enn markedsverdien av selskapets ytelse, slik at det oppstår et misforhold mellom selskapets ytelse og verdien av aksjonærens motytelse.<sup>92</sup> Spørsmålet blir hvordan oppjøret skal skje i dette tilfellet, og om resultatet vil variere ut fra hvilket regelsett som anvendes.

Utgangspunktet etter asl. § 3-7 vil i dette tilfellet være at mottaker plikter å tilbakeføre eiendommen, mens vedkommende vil kunne få et verdikrav etter dekl. § 5-11.<sup>93</sup>

En kan her stille spørsmål ved hvilken oppgjørsmåte konkursboet vil være tjent med, og hvilken oppgjørsform som vil være ønskelig. I utgangspunktet vil konkursboet være tjent med kontante tilbakebetalinger siden det da slipper de ulemper og kostnader som kan oppstå ved en evt. realisasjon.<sup>94</sup> I forarbeidene til dekl. påpekes det at boet sjelden vil ha noen interesse av tilbakeføring in natura da de uansett skal gjøre boets aktiva om til penger. Men det fremheves at boet likevel vil kunne stå sterkere i de tilfeller det har krav på naturalrestitusjon, som følge av at det da kan ta seg av realisasjonen selv.<sup>95</sup> Etter min mening vil hvilken oppgjørsmåte som er å foretrekke for boet variere. En må her ta med i vurderingen hvordan markedet er, om eks. en bolig er lett omsettelig, om det forventes ytterligere prisstigning i nærmeste fremtid eller om eks. boligen kan leies ut, og evt. til hvilken pris.

---

<sup>89</sup> Andenæs (2009b) s. 71.

<sup>90</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.43.3 for motsatt løsning.

<sup>91</sup> Andenæs (2006) s. 454, Aarbakke m.fl. (2012) s. 2.

<sup>92</sup> Andenæs (2006) s. 454.

<sup>93</sup> Aarbakke m.fl.(2012) Note 1.4. Men merk at det antydes at i de tilfeller der mottaker er i god tro, men tilfellet faller utenfor asl. § 3-7, 1 ledd 2 pkt. vil vedkommende kunne betale selskapet verdidifferansen. Se Keiserud (2000) pkt. 2.43.4 hvor det stilles spørsmål om verdirestitusjonsplikten etter asl. § 3-7 anses å være subsidiær.

<sup>94</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.43.5.

<sup>95</sup> NOU 1972:20 s. 301 og Keiserud (2000) pkt. 2.43.5 n. 158.

Et annet spørsmål som også må vurderes i denne sammenheng er når en eventuell verdierstatningsplikt oppstår etter asl. § 3-7, og hvilken betydning dette får for adgangen til omstøtelse. Det er her en sammenheng med berikelsesbegrensningen i deknl. § 5-11, jf. pkt. 3.2.2.1.

Det er uttrykt i teorien at plikten til å tilbakeføre utdelingen *in natura* etter asl. § 3-7 går over til å bli en verdirestitusjonsplikt i de tilfeller det mottatte er forbrukt eller anvendt på annen måte av mottaker.<sup>96</sup> I forhold til et omstøtelseskrav kan det stilles spørsmål ved om det foreligger noen «berikelse» når det mottatte er forbrukt, og om omstøtelse er avskåret som følge av dette. Tendensen i konkursrettslig teori er at forbruk ikke skal regnes som berikelse.<sup>97</sup> Det er også uttrykt i forarbeidene til dekningsloven at i de tilfeller utdelingen består av penger, og disse er brukt til «*utdannelse, feriereise e.l. skal dette ikke anses for å ha medført en berikelse*».<sup>98</sup> En ser derfor at det vil kunne være gunstigere for boet å kreve utdelingen tilbakeført etter asl. § 3-7 i de tilfeller det mottatte er forbrukt da omstøtelse etter deknl. her vil kunne være avskåret.

### 3.2.2.3 Forholdet til rettsetterfølgere

Hvilket vern tilbakeføringskravet har overfor mottakers rettsetterfølgere kan være av betydning for konkursboets valg av regelsett. En må her skille mellom forholdet til avtaleerververe og til andre fordringshavere.

Den første situasjonen er at mottaker overfører et formuesgode som er utdelt fra selskapet, til en tredjeperson. Det blir da spørsmål om konkursboet kan fremme krav direkte mot tredjeperson eller om kravet ekstingveres?

Det følger av ordlyden i asl. § 3-7 (1) første punktum at tilbakeføringsplikten ikke kommer til anvendelse overfor tredjeperson som har ervervet rett fra mottaker av utdelingen. Det er «*mottaker*» som er pålagt en tilbakeføringsplikt etter bestemmelsen.<sup>99</sup> Det finnes heller ikke støtte i andre kilder for at en skal tolke loven utvidende eller analogisk i denne

---

<sup>96</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note 1.4.. Se også Keiserud (2000) pkt. 2.43.3 hvor det oppstilles en noe annerledes regel.

<sup>97</sup> Andenæs (2009a) s. 377. Merk at det stilles spørsmål ved om det kan tenkes unntak ved noen typer forbruk.

<sup>98</sup> NOU 1972:20 s. 300.

<sup>99</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note 1.9.

sammenheng.<sup>100</sup> Det er videre lagt til grunn i teorien at en ikke kan oppstille en særregel for de tilfeller som her er aktuelle, og løsningen vil måtte søkes i de alminnelige ekstinksjonsregler som kommer til anvendelse for det aktuelle formuesgodet.<sup>101</sup>

Det er i teorien presisert at tredjeperson kan ekstingvere «*selskapets*» krav etter asl. § 3-7. Løsningen vil trolig bli den samme der det er et «*konkursbo*» som har et tilbakeføringskrav, da boet trer inn i selskapets krav og vil hverken få en svakere eller sterkere posisjon enn den selskapet hadde.<sup>102</sup>

For omstøtelseskrav er ekstinksjonsspørsmålet regulert direkte i dekl. § 5-11 tredje ledd, og muligheten for ekstinksjon vil være lik uavhengig av formuesgode. Om tredjeperson «*kjente eller burde kjenne de forhold ved den annen parts rettsverv som kunne føre til omstøtelse*» vil boet kunne kreve omstøtelse også direkte overfor tredjeperson.<sup>103</sup> Regelen i dekl. kan derfor ses på som en spesialregel om ekstinktvt godtroerverv ved avtale.<sup>104</sup> Bestemmelsen gjelder bare overfor omsetningserververe, ikke overfor kreditorer.<sup>105</sup>

Tredjeperson vil derfor i utgangspunktet kunne ekstingvere boets krav, uavhengig av om det er et tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7 eller et omstøtelseskrav etter dekningsloven, om de vilkår som gjelder for det enkelte regelsett er oppfylt. Spørsmålet blir da om boet i et slikt tilfelle har et verdirestitusjonskrav mot «*mottaker*», og hvilket regelsett som her er mest gunstig for boet.

Følger det av de alminnelige ekstinksjonsregler at tredjeperson har ekstingvert konkursboets tilbakeføringskrav, og eiendelen som følge av dette ikke kan kreves tilbakeført, er det lagt til grunn i teorien at konkursboet kan gjøre gjeldende et verdierstatningskrav mot mottaker.<sup>106</sup>

For omstøtelseskrav er det lagt til grunn i lovens forarbeider at i de tilfeller omstøtelse overfor godtroende tredjeperson ikke kan skje, vil konkursboet kunne kreve mottakers «berikelse» omstøtt. «*Berikelsen*» vil i et slikt tilfelle være det nettobeløp mottaker har tjent ved salget.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Keiserud (2000) pkt. 2.44.2.

<sup>101</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note. 1.9 og Andenæs (2006) s. 454.

<sup>102</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note. 1.9.

<sup>103</sup> Andenæs (2009a) s. 381. For de objektive omstøtelsesregler må tredjeperson kjenne til eller burde kjent til både arten og tidspunktet for vedkommende disposisjon mellom selskapet og mottaker. Men det er ikke krav om kunnskap ift. selskapets svake økonomi, NOU 1972: 20 s. 301.

<sup>104</sup> Andenæs (2009a) s. 381.

<sup>105</sup> Wiker (2012) Note. 209.

<sup>106</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note. 1.9. Også et erstatningskrav etter asl. 3-7 annet ledd vil her kunne bli aktuelt.

<sup>107</sup> NOU 1972:20 s. 300.

Hvilket regelsett som i denne sammenheng vil være mest gunstig for boet vil ha sammenheng med beregningen av kravets omfang, jf. pkt. 3.2.2.1.

Når det gjelder konkursboets vern mot mottakers andre fordringshavere er utgangspunktet at et tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7 står seg overfor andre kreditorer etter de alminnelige regler om separatistrett overfor kreditorbeslag.<sup>108</sup> Det følger ikke direkte av dekl. hvilken stilling omstøtelseskravet har i forhold til mottakers andre kreditorer, men det er lagt til grunn i teorien og lovens forarbeider at det følger av lovens konstruksjon at omstøtelseskravet også har separatistrett i forhold til de andre kreditorene.<sup>109</sup>

#### 3.2.2.4 Foreldelsesregler

Et annet forhold som vil være av betydning for konkursboets valg av regelsett er foreldelsesreglene.

Krav etter asl. § 3-7 som anses å være «fordring på penger eller andre ytelser» vil falle inn under foreldelseslovens regler, jf. foreldelsesloven (heretter fl.) § 1.<sup>110</sup> Alminnelig foreldelsesfrist for slike krav er 3 år, jf. fl. § 2 jf. § 3, og regnes fra den dagen fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse. Dette vil for ulovlige utdelinger være den dagen da den ulovlige utdelingen fant sted.<sup>111</sup>

Foreldelse av omstøtelseskrav er regulert direkte i dekl. § 5-15 hvor foreldelsesfristen er satt til «ett år fra åpning av konkurs eller forhandling om tvangsakkord». Det er slått fast i rettspraksis at boet må ta rettslige skritt for å avbryte fristen.<sup>112</sup>

Selv om den alminnelige frist i fl. § 2 i utgangspunktet kommer til anvendelse ved ulovlige utdelinger fra selskaper, er oppfatningen i teorien at slike krav likevel foreldes «tidligst 1 år etter at ververt et opphørt» jf. fl. § 12,1,b.<sup>113</sup> I aksjeselskap er det antatt at «vervet» må forstås slik at det henviser til aksjeeierposisjonen, slik at det avgjørende blir når mottaker trådte ut av selskapet.<sup>114</sup> Det er kun om mottaker er «medeier eller medlem av et organ for rettshaveren»

---

<sup>108</sup> Andenæs (2006) s. 454.

<sup>109</sup> Andenæs (2009a) s. 382 og NOU 1972:20 s. 301.

<sup>110</sup> Lov om foreldelse av fordringer 1979, 18.mai nr. 18 (foreldelsesloven).

<sup>111</sup> Rt. 1998 s. 1042, s. 1058.

<sup>112</sup> Rt. 1998 s. 1042, s. 1056.

<sup>113</sup> Andenæs (1998), s. 344, merk «normalt». En noe annen tilnærming er lagt til grunn av Andenæs (2006) s. 457, men også her uttrykkes det at tilleggsfristen i fl. § 12,1,b kan komme til anvendelse for krav etter asl. § 3-7.

<sup>114</sup> Giertsen (2003) note. 31.

at tilleggsfristen i § 12,1,b kommer til anvendelse.<sup>115</sup> Tilleggsfristen i første punktum modifiseres imidlertid av bestemmelsens andre punktum.<sup>116</sup>

Forholdet til § 12,1,b reiser i en konkurssituasjon noen særlige spørsmål. I denne sammenheng er det verdt å nevne at bestemmelsens tredje punktum ikke får anvendelse for et evt. krav konkursboet har etter asl. § 3-7.<sup>117</sup> Når det gjelder unntaket i andre punktum er det antatt at bobestyrer vil regnes som «rette vedkommende», slik at regelen får anvendelse i de tilfeller konkursboet har et krav etter asl. § 3-7.<sup>118</sup> I Rt. 1998 s. 1042 vurderer Høyesterett tilleggsfristens betydning der et konkursbo har fremmet et selskapsrettslig tilbakeføringskrav, og slår fast fristen «*begynner å løpe fra bobestyrer fikk kunnskap om det faktiske søksmålsgrunnlag*».<sup>119</sup>

Da foreldelsesfristen for krav etter asl. § 3-7 er lenger enn etter dekningsloven, vil boet i de aller fleste tilfeller være tjent med å påberope seg den selskapsrettslige regel med hensyn til foreldelsesreglene.

### 3.2.3 Oppsummering

Hvorvidt konkursboet burde kreve en ulovlig utdeling tilbakeført etter asl. § 3-7 eller med hjemmel i dekningslovens objektive omstøtelsesregler, vil variere ut fra den faktiske situasjonen. Omstøtelsesreglene er bevismessig forholdsvis enkle å anvende, noe som i mange tilfeller vil kunne tale for anvendelse av dekningslovens regler. På den annen side er det flere forhold som taler for anvendelse av den selskapsrettslige tilbakeføringsregelen i asl. § 3-7. For det første er de objektive omstøtelsesreglene begrenset til de tilfeller som er positivt oppregnet i bestemmelsenes ordlyd. For det andre er omstøtelsesfristene korte, samt at kravets omfang er underlagt en berikelsesbegrensning. På bakgrunn av dette, samt de forhold som er fremhevet i den komparative delen ovenfor, vil trolig det selskapsrettslige tilbakeføringskrav være å foretrekke for konkursboet på generelt grunnlag.

---

<sup>115</sup> Det er i denne sammenheng stilt spørsmål ved om ordlyden skal forstås slik at det kun er aksjonærer med dominerende innflytelse i selskapet som omfattes av bestemmelsen på bakgrunn av en uttalelse i Ot.prp.nr 38 1977–98 s. 65. Se bl.a. Andenæs (2006) s. 457 og Keiserud (2000) pkt. 7.22.3 for ulik forståelse av hvem som omfattes.

<sup>116</sup> Se Andenæs (2006) s. 457 hvor det slås fast at annet pkt. som regel kun får betydning om selskapet er konkurs.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr.38 (1977–78) s. 65–66. og Keiserud (2000) pkt. 7.3

<sup>118</sup> Keiserud (2000) pkt. 7.3 Merk også at «vervet» ikke automatisk opphører ved konkurs, slik at regelen ikke automatisk kommer til anvendelse i alle tilfeller der selskapet er konkurs.

<sup>119</sup> s. 1060.

## 3.3 Subjektiv omstøtelse

### 3.3.1 Vilkår

#### 3.3.1.1 Gjenstand for omstøtelse

Det er lagt til grunn i pkt. 2.2.4 at en ulovlig utdeling fra et aksjeselskap i utgangspunktet vil kunne regnes som en «*disposisjon*» etter dekl. § 5-9.

#### 3.3.1.2 Skyldners økonomiske stilling

Den subjektive omstøtelsesregelen stiller krav til skyldners, her aksjeselskapets, økonomiske stilling og det kreves at «*skyldners økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen*». Et tilsvarende økonomisk vilkår følger ikke av asl. § 3-7, og en kan her kreve utdelingen tilbakeført uavhengig av selskapets økonomiske stilling etter at utdelingen er foretatt. Det forhold at bestemmelsen inneholder et slikt økonomisk vilkår fører også til at bevisvurderingen etter dekl. § 5-9 blir mer omfattende enn om boet påberoper seg asl. § 3-7.

#### 3.3.1.3 Utilbørighetskriteriet

Etter dekl. § 5-9 er det kun de «*utilbørlige*» disposisjoner som kan omstøtes med hjemmel i bestemmelsen. Asl. § 3-7 inneholder ikke en tilsvarende begrensning, og vil i utgangspunktet komme til anvendelse ved enhver utbetaling som anses å være i strid med aksjelovens regler. At den selskapsrettslige regelen ikke inneholder en begrensning i forhold til utdelingens karakter vil føre til at den er anvendelig i langt flere tilfeller enn dekl. § 5-9 er. Videre vil det forhold at boet må påvise at utdelingen er «*utilbørlig*», mens det selskapsrettslige tilbakeføringskravet er objektivt, føre til at det både er enklere og mer effektivt for boet å fremme krav etter asl. § 3-7.

#### 3.3.1.4 Tap

Etter dekl. § 5-9 må den utilbørlige disposisjonen som er foretatt påføre fordringshaverne tap. Tapsvilkåret følger ikke direkte av lovens ordlyd, men kommer til uttrykk ved at loven retter seg mot å begunstige en fordringshaver *på de øvriges bekostning* eller *unndra eiendeler*

fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøke skyldnerens gjeld til *skade* for dem.<sup>120</sup> Etter asl. § 3-7 er det ikke noe vilkår at utdelingen representerer et tap for kreditorene. Dette har sammenheng med at kravet etter asl. § 3-7 er et rent tilbakeføringskrav, og kravet kan gjøres gjeldende selv om kreditorfellesskapet ikke har lidt noe tap ved utdelingen.<sup>121</sup>

### 3.3.1.5 God tro

Kravet etter asl. § 3-7 (1) første punktum er som nevnt objektivt, og stiller ikke krav om kunnskap hos mottaker for at utdelingen skal kunne tilbakeføres. Etter dekl. § 5-9 kreves det at mottaker «*kjente eller burde kjent til skyldners økonomiske vanskelige stilling*» og «*de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*» for at den ulovlige utdelingen skal kunne omstøtes. Boet må påvise subjektiv skyld hos mottaker, noe som i mange tilfeller vil medføre et omfattende bevisstema.<sup>122</sup> Det vil derfor kunne være å foretrekke for boet å fremme et krav etter asl. § 3-7 i de tilfeller bevisvurderingen tilknyttet mottakers skyld er omfattende og tidkrevende.

### 3.3.1.6 Omstøtelsesfristen

Det er ingen tidsmessig begrensning for vindikasjonskrav ved ulovlige tingsuttak.<sup>123</sup> I forhold til de objektive omstøtelsesregler så en i pkt. 3.2.1.4 at de forholdsvis korte omstøtelsesfrister fører til at omstøtelse etter dekningsloven i mange tilfeller kan være avskåret. Dette stiller seg noe annerledes i forhold til den subjektive regel som slår fast at disposisjoner som er foretatt «*tidligere enn ti år før fristdagen*» ikke kan omstøtes, med utgangspunkt i fullbyrdelsen. Det vil derfor i de fleste tilfeller ikke være av betydning for boets valg av regelsett at dekl. § 5-9 er begrenset til de disposisjoner som er foretatt i et tidsrom før konkursen, da omstøtelsesfristen uansett er forholdsvis lang.

Som følge av den lange omstøtelsesfrist etter dekl. § 5-9 kan det ved ulovlige pengeytelser tenkes situasjoner der den subjektive omstøtelsesregelen vil rekke lenger enn det

---

<sup>120</sup> Andenæs (2009a) s. 365.

<sup>121</sup> Keiserud (2000) pkt. 6.32.

<sup>122</sup> Giertsen (2003) s. 260.

<sup>123</sup> Giertsen (2003) s. 261.



selskapsrettslige tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7.<sup>124</sup> Men dette er lite praktisk og vil sjelden forekomme i praksis.<sup>125</sup>

### 3.3.2 Virkning

#### 3.3.2.1 Kravets omfang

Etter asl. § 3-7 er det som tidligere nevnt «*det som er mottatt*» som er utgangspunktet for tilbakeføringsplikten. Kravet retter seg her mot det mottaker har mottatt, og kravets størrelse påvirkes ikke av et evt. tap hos kreditorfellesskapet.<sup>126</sup>

Fastsettelsen av et subjektivt omstøtelseskrav etter dekl. § 5-9 er regulert i dekl. § 5-12. Det følger av bestemmelsen at boet kan kreve at den annen part «*erstatte boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon*». Kravet er her ikke begrenset til berikelsen på samme måte som etter de objektive regler, noe som vil kunne få betydning for konkursboets valg av regelsett. Det følger av ordlyden i bestemmelsen at omstøtelseskravet er utformet som et erstatningskrav, og det er erstatning for det «*tap*» boet har blitt tilføyd ved den ulovlige utdelingen som skal tilbakeføres.

Mottaker kan ved subjektiv omstøtelse ikke kreve fradrag for utgifter, slik utgangspunktet er ved beregningen av det objektive omstøtelseskravet. Mottaker bærer også risikoen for at det mottatte har gått tapt eller er forbrukt.<sup>127</sup> Dette samsvarer i all hovedsak med den løsningen som følger av asl. § 3-7, jf. pkt. 3.2.2.1.

Ved beregningen av hva boet kan kreve, skal en ta utgangspunkt i det mottaker har mottatt etter begge regelsett.<sup>128</sup> Utgangspunktet for vurderingen er det samme, men resultatet vil likevel kunne bli ulikt da det etter dekl. § 5-12 kun er *utgangspunktet* for beregningen, og det avgjørende vil være boets «*tap*». I Rt. 1998 s. 1042 var en utfisjonering påberopt som grunnlag for både selskapsrettslig tilbakeføring og subjektiv omstøtelse. Høyesterett presiserte her at selv om grunnlaget for kravet er det samme, er det en viktig forskjell mellom de to

---

<sup>124</sup> Giertsen (2003) s. 260.

<sup>125</sup> Giertsen (2003) s. 260.

<sup>126</sup> Rt. 1998 s. 1042, s. 1060.

<sup>127</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 279.

<sup>128</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 279.

regelsett at «erstatningskravet bestemmes av det økonomiske tap på boets hånd, mens tilbakesøkningskravet bestemmes av hva aksjonærene har mottatt ulovlig». <sup>129</sup>

#### **a) Verdiendringer**

Det er verdien på omstøtelsestidspunktet som skal legges til grunn etter deknl. § 5-12. <sup>130</sup> Utgangspunktet er her det samme som etter deknl. § 5-11, og det vises derfor til fremstillingen i pkt. 3.2.2.1 b).

#### **b) Avkastning /utbytte**

Hva som skjer med utbytte som mottaker har oppebåret på den ulovlige utdelingen er ikke direkte regulert i deknl. § 5-12 slik det er for objektive omstøtelseskrav. For subjektive omstøtelseskrav er det lagt til grunn i teorien at utbytte som mottaker har mottatt må erstattes, uavhengig av mottakers gode eller onde tro. <sup>131</sup>

Som nevnt i pkt. 3.2.2.1 c) er det i forhold til det selskapsrettslige tilbakeføringskrav noe usikkert om avkastning skal omfattes av tilbakeføringskravet eller ikke. Men hovedregelen vil også her i de fleste tilfeller være den samme som etter deknl. § 5-12. Mulighetene til å få tilbakeført avkastning av utbyttet vil derfor ikke være avgjørende for boets valg av regelsett.

### **3.3.2.2 Oppgjørsmåten**

Det er som nevnt «erstatning for boets tap» som kan kreves etter deknl. § 5-12. Det følger av bestemmelsens første ledd andre punktum at boet likevel kan velge at «hver av partene leverer tilbake det mottatte». Velger boet denne oppgjørsmåten vil forskjellen til oppgjørsmåten ved selskapsrettslig tilbakeføring bli liten, og resultatet vil i stor grad bli det samme for boet uavhengig av valg av regelsett. <sup>132</sup>

Men merk at muligheten for å kreve tilbakeføring in natura også her, som etter deknl. § 5-11, forutsetter at det mottatte er «i behold» og at det kan tilbakeleveres «uten urimelig

---

<sup>129</sup> Rt. 1998 s. 1042, s. 1059.

<sup>130</sup> Andenæs (2009a) s. 380 og Aasebø m.fl. (2015) s. 279.

<sup>131</sup> Aasebø m.fl. (2015) s. 279 og Andenæs (2009a) s. 380.

<sup>132</sup> Giertsen (2003) s. 260.

*verdispille*». Tilsvarende vilkår finner en ikke som forutsetning for tilbakeføring in natura etter de selskapsrettslige regler.<sup>133</sup>

### 3.3.2.3 Forholdet til rettsetterfølgere

For omstøtelseskrav etter deknl. § 5-9 reguleres forholdet til mottakers rettsetterfølgere av deknl. § 5-12 tredje ledd. Bestemmelsen er identisk med deknl. § 5-11 tredje ledd og det vises derfor til fremstillingen av regelen i pkt. 3.2.2.3.

Hvilken virkning overdragelsen av utdelingen får for omstøtelseskravets omfang i de tilfeller boets rett er i behold, er ikke den samme etter de subjektive og objektive regler. Ved subjektiv omstøtelse kan boet kreve hele tapet omstøtt, både av mottaker av den ulovlige utdelingen og tredjeperson som har ervervet den, som solidarisk ansvarlige.<sup>134</sup> Denne løsningen har en ikke etter asl. § 3-7, der en må holde seg til mottakers rettsetterfølger. Det vil derfor kunne være gunstigere for boet å kreve utdelingen omstøtt etter deknl. § 5-9, da de kan kreve både mottaker og rettsetterfølger.

### 3.3.2.4 Foreldelsesregler

Foreldelse av omstøtelseskrav etter deknl. § 5-9 er på samme måte som for objektive omstøtelseskrav regulert i deknl. § 5-15. De vises derfor her til fremstillingen i pkt. 3.2.2.4.

### 3.3.2.5 Lemping

Muligheter for lemping av tilbakeføringskravet er ikke direkte regulert i asl. § 3-7, men det er lagt til grunn i teorien at kravet ikke kan lempes.<sup>135</sup> Deknl. § 5-12 åpner på den annen side opp for at en kan lempe omstøtelseskravet, forutsatt at vilkårene i bestemmelsens annet ledd første punktum er oppfylt. Det er likevel en skranke for lempingsadgangen ved at den annen part ikke skal «(.)stilles gunstigere enn vedkommende ville vært stilt etter § 5-11». En må her forstå ordlyden slik at det vises til berikelsesbegrensningen i deknl. § 5-11 første ledd, første og andre punktum.<sup>136</sup> At deknl. § 5-12 oppstiller en mulighet for lemping, mens denne muligheten ikke eksisterer etter asl. § 3-7 vil være et moment som kan tale for at konkursboet

---

<sup>133</sup> Se pkt. 3.2.2.2 for spørsmålet om en likevel kan oppstille som vilkår for naturaloppgjør etter asl. § 3-7 at dette kan skje uten «urimelig verdispille».

<sup>134</sup> Andenæs (2009a) s. 382.

<sup>135</sup> Andenæs (2006) s. 454.

<sup>136</sup> NOU 1972:20 s. 302.

kan være tjent med det selskapsrettslige tilbakeføringskrav i de tilfeller lemping etter dekl. § 5-12 kan være aktuelt.

### 3.3.3 Oppsummering

Den subjektive omstøtelsesregelen vil i mange tilfeller gi boet et mer omfattende krav enn de objektive regler, da krav etter dekl. § 5-9 ikke er underlagt en berikelsesbegrensning. Den subjektive regelen har også en lenger omstøtelsesfrist.

Selv om dekl. § 5-9 kan være gunstigere for boet enn de objektive reglene, vil konkursboet likevel komme lenger med asl. § 3-7 i mange tilfeller. Boet må påvise både subjektiv skyld og utilbørighet, og dette medfører ofte et omfattende bevistema. Dekl. § 5-9 inneholder også et økonomisk vilkår, samt at det kreves tap for å kunne omstøte.

Når det gjelder omfanget av restitusjonskravet, og hvilket regelsett som gir det mest vidtgående krav for boet er ikke løsningen like klar. Et subjektivt omstøtelseskrav er ikke underlagt en berikelsesbegrensning, og særlig i de tilfeller boet velger at oppgjøret skal skje in natura, vil det bli liten forskjell mellom kravets omfang etter de to regelsett.

## 4 Asl. § 3–7 (1) andre punktum - «Åpne utdelinger»

### 4.1 Utgangspunktet

Det følger av asl. § 3-7 (1) andre punktum at ved *«utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning»* gjelder ikke tilbakeføringsplikten i de tilfeller *«mottakeren (.) hverken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig»*.

I de situasjoner som er beskrevet ovenfor vil en være avskåret fra å kreve utdelingen tilbakeført på selskapsrettslig grunnlag. Vil omstøtelsesreglene her rekke lenger slik at de også kommer til anvendelse der selskapsrettslig tilbakeføring er avskåret, jf. asl. § 3-7 (1) andre punktum?

Det skilles mellom subjektiv og objektiv omstøtelse i det følgende.

## 4.2 Objektiv omstøtelse

Vurderingstema er om en i de tilfeller en er avskåret fra å kreve den ulovlige utdelingen tilbakeført, jf. asl. § 3-7 (1) andre punktum kan kreve utdelingen omstøtt etter de objektive reglene i dekl.?

Det vil være aktuelt å drøfte spørsmålet i forhold til dekl. §§ 5-2 og 5-5.

### 4.2.1 Deknl. § 5-2

Der det er tale om en utdeling etter asl. § 3-7 (1) andre punktum som formelt sett fremtrer som lovlig vil ikke mottaker være kjent med de momenter som karakteriserer en gave. Særlig aktuelt er her gavehensikten som nevnt i pkt. 2.2.3.2. Utdelingen vil i disse tilfeller ha karakter av å være en avkastning på eiernes investering, og vil være forretningsmessig begrunnet.<sup>137</sup> For utdelinger som faller innenfor asl. § 3-7 (1) andre punktum vil de momenter som gjør seg gjeldende for vurderingen av om de selskapsrettslig *lovlige* utdelinger kan regnes som en omstøtelig «gave» være relevante.<sup>138</sup> Utdelinger etter asl. § 3-7 (1) andre punktum har en formell form, hvor formålet med utdelingen er at aksjeeierne skal få avkastning på sin investering. En vil derfor vanskelig kunne si at slike utdelinger omfattes av gavebegrepet i dekningsloven.

Faller utdelingen innenfor asl. § 3-7 (1) andre punktum vil omstøtelse derfor være avskåret som følge av at den ulovlige utdelingen ikke regnes som «gave», jf. dekl. § 5-2.

### 4.2.2 Deknl. § 5-5

Det er i pkt. 2.2.3.3 lagt til grunn at en ulovlig utdeling trolig kan regnes som «*betaling av gjeld*», og derfor i utgangspunktet vil kunne være gjenstand for omstøtelse etter dekl. § 5-5. Dette gjelder og for de utdelinger som omfattes av asl. § 3-7 (1) andre punktum.

Skal en omstøte med hjemmel i dekl. § 5-5 må betalingen også falle inn under ett av de tre omstøtelsesgrunnlag som nevnt i bestemmelsen, samt at den ikke må fremstå som «*ordinær*». I forhold til asl. § 3-7 (1) andre punktum vil det særlig være forholdet til ordinærreservasjonen som må vurderes nærmere.

---

<sup>137</sup> Giertsen (2003) s. 253 og 261.

<sup>138</sup> Giertsen (2003) s. 253-254.

#### 4.2.2.1 “Ordinærreservasjonen”

Ordinærreservasjonen er generell i sin form og lovteksten er her av en slik karakter at det ved tolkningen av vilkåret åpnes opp for en mer sammensatt og skjønnsmessig vurdering.<sup>139</sup>

Selv om betalingen ikke kan kreves tilbakeført på selskapsrettslig grunnlag, foreligger det likevel en «*ulovlig utdeling*» etter aksjeloven. Det kan stilles spørsmål ved om det forhold at det er tale om en selskapsrettslig ulovlig utdeling vil kunne tillegges vekt ved vurderingen av om betalingen anses å være «*ordinær*».

At det foreligger en ulovlig overføring etter de selskapsrettslige regler vil i utgangspunktet være et moment for at betalingen ikke anses å være ordinær, jf. pkt. 3.2.1.3. Situasjonen er her likevel noe annerledes, da lovgiver har valgt at en ulovlig utdeling ikke skal kunne kreves tilbakeført av hensyn til godtroende mottaker. Det vil derfor ikke være disposisjonens karakter som direkte taler imot omstøtelse, men hvilken betydning det skal tillegges at lovgiver har valgt å beskytte godtroende mottaker, når en tilsvarende sontring ikke følger av dekningsloven.

Formålet med unntaket fra tilbakeføringsplikten er å beskytte den godtroende mottaker i de tilfeller utdelingen utad og formelt fremtrer som en lovlig utdeling.<sup>140</sup> I aksjelovens forarbeider er det fremhevet at lovgiver ønsket å styrke vernet av godtroende mottaker. Vernet er utvidet til å omfatte alle former for utdelinger som loven åpner for, og ikke bare utbytte som tidligere.<sup>141</sup> Om konkursboet kan kreve samme disposisjon omstøtt etter de konkursrettslige regler vil vernet av godtroende mottaker bli noe svekket. Hovedregelen om tilbakeføringsplikt modifiseres vesentlig av andre punktum, og når lovgiver har valgt å ha en slik regel taler dette for at disse typer utdelinger ikke skal kunne kreves tilbakeført. På den annen side står hensynet til vern av kreditor sterkt i en konkurssituasjon, og ved de objektive omstøtelsesreglene er kunnskap hos mottaker ikke vektlagt på samme måte som etter den selskapsrettslige regel. Den objektive omstøtelsesregel i deknl. § 5-5 er absolutt, og det er nevnt i lovens forarbeider at bevis for kreditors gode tro ikke kan forhindre omstøtelse.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Giertsen (2003) s. 251.

<sup>140</sup> Andenæs (2006) s. 453.

<sup>141</sup> NOU 1996:3 s. 149.

<sup>142</sup> NOU 1972:20 s. 292.

Bakgrunnen for at en ønsker å verne om godtroende mottaker er blant annet at en ubetinget tilbakeføringsplikt vil fremstå som lite rimelig overfor mottaker.<sup>143</sup> Mottaker vil ikke være klar over at utdelingen er ulovlig, og har derfor ingen grunn til å reagere. Når dette ikke er tillagt avgjørende vekt ved omstøtelse kan det være fordi hensynet til kreditor veier tyngre i en slik situasjon. I de tilfeller selskapet har gått konkurs vil prinsippet om at kreditorene skal ha bedre dekningsprioritet i selskapets eiendeler enn aksjeeierne, veie tyngre enn hensynet til godtroende mottaker. Dette vil medføre at terskelen blir høy for at en ulovlig utdeling til aksjeeierne skal regnes som «ordinær» i de tilfeller den er foretatt i tiden før konkurs.

Hvordan en utdeling blir vurdert selskapsrettslig vil være et moment ved vurderingen av ordinærreservasjonen, men kan ikke tillegges avgjørende vekt. At godtroende mottaker er vernet etter den selskapsrettslige regel, vil derfor ikke få avgjørende betydning for adgangen til å omstøte etter deknl. § 5-5. Om de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt vil utdelingen trolig kunne omstøtes selv om tilbakeføring på selskapsrettslig grunnlag er avskåret som følge av god tro hos mottaker.

### 4.3 Subjektiv omstøtelse

Vurderingstema i det følgende er om den subjektive omstøtelsesregel vil få anvendelse der selskapsrettslig tilbakeføring er avskåret, jf. asl. § 3-7 (1) andre punktum.

En ulovlig utdeling etter asl. § 3-7 (1) andre punktum vil i utgangspunktet kunne være gjenstand for omstøtelse jf. den tidligere drøftelsen av «disposisjoner» i pkt. 2.2.4.

En vurdering av aktsomhetsvilkåret vil stå sentralt i det følgende, da både asl. §3-7 (1) andre punktum og deknl. § 5-9 inneholder et slikt vilkår.

#### 4.3.1 Nærmere om aktsomhetskravet

Etter asl. § 3-7 kreves det at mottaker «hverken forsto eller burde ha forstått at» utdelingen var ulovlig. Det stilles her krav om at mottaker må være i *god tro* for at unntaket fra tilbakeføringsplikten skal komme til anvendelse.

---

<sup>143</sup> Keiserud (2001) pkt. 1.5.

Etter dekl. § 5-9 er det krav om at den annen part «*kjente eller burde kjent til skyldners vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*». Det er her krav om at mottaker er i *ond tro* for at disposisjonen skal kunne omstøtes.

Kravet til mottaker er formulert ulikt etter de to bestemmelser, krav om god tro etter aksjeloven og krav om ond tro etter dekningsloven. Resultatet vil likevel bli det samme etter de to regelsett; god tro hos mottaker vil utelukke både tilbakeføring og omstøtelse etter de to bestemmelser.

#### **4.3.1.1 Innholdet i aktsomhetskravet**

Det følger av ordlyden i de to bestemmelser at aktsomheten må omfatte ulike momenter. Etter asl. § 3-7 (1) andre punktum knytter god tro kravet seg til om utdelingen «*var ulovlig*». Etter dekl. § 5-9 er det «*skyldners vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*» som står sentralt.<sup>144</sup> Innholdet i aktsomhetskravet er ikke det samme etter de to regelsett, og vil kunne få betydning for vurderingen av om den konkursrettslige regel rekker lenger enn den selskapsrettslige.

Alminnelig uaktsomhet er nok i begge tilfeller, og det er antatt at aktsomhetsnormen vil kunne variere etter hvem den annen part er.<sup>145</sup> Dette er særlig aktuelt i en situasjon som den forestående der mottaker av utdelingen ofte er aksjonær i selskapet, og har nærmere kjennskap til selskapet.<sup>146</sup> I konkursrettslig praksis er det i flere tilfeller lagt til grunn en strengere aktsomhetsvurdering der mottaker er styremedlem i selskapet som er skyldner.<sup>147</sup> Det kan og stilles spørsmål ved om en i noen tilfeller kan strekke aktsomhetsplikten enda lenger, og si at det foreligger en undersøkelsesplikt for mottaker av utdelingen.<sup>148</sup>

#### **4.3.1.2 Hvem må være i god tro**

---

<sup>144</sup> Skylden må og omfatte "*de forhold som medfører tap for fordringshaverne*" jf. Rt. 1986 s. 889.

<sup>145</sup> NOU 1972:20 s. 298 og Ot.prp.nr. 50 (1980–1981) s. 170–173.

<sup>146</sup> Andenæs (2006) s. 453.

<sup>147</sup> Rt. 1966 s. 636, Rt. 199 s. 259. Se også Ot.prp nr.50 (1980–1981) s. 173. Selv om ikke samme presiseringen er foretatt i forarbeidene til asl. § 3-7, er det likevel lagt til grunn i teorien at aktsomhetsnormen vil variere etter hvem mottaker er, Andenæs (2006) s. 453.

<sup>148</sup> Aasebø (2015) s. 265. Her legges det til grunn at undersøkelsesplikt kan være aktuelt, men at det må vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle.



Etter asl. § 3-7 er det «mottaker» som må være i god tro, mens det etter dekl. § 5-9 er «den annen part». Dette referer i begge tilfeller til mottaker av utdelingen, som normalt vil være aksjeeier.

#### 4.3.1.3 Tidspunktet for aktsomhetsvurderingen

Etter asl. § 3-7 må den gode tro foreligge «da utdelingen ble mottatt». Det er her oppfyllelsestidspunktet og ikke beslutningstidspunktet som er avgjørende.<sup>149</sup> I dekl. § 5-9 er ikke tidspunktet for aktsomhetsvurderingen direkte regulert i loven. Utgangspunktet er her at skjæringstidspunktet vil være det samme som ved vurderingen av de objektive vilkårene i bestemmelsen, og dette antas å være ved oppfyllelsen.<sup>150</sup> I forhold til vilkåret om at den annen part «kjenner eller burde kjenne de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig», er tidspunktet det samme som for utilbørlighetsvilkåret.<sup>151</sup>

Tidspunktet for når den gode tro må foreligge vil derfor ikke være avgjørende for konkursboets valg av regelsett.<sup>152</sup>

#### 4.3.2 Rekker dekl. § 5-9 lenger enn asl. § 3-7 (1) andre punktum?

Det legges i det følgende til grunn at god tro etter asl. § 3-7 (1) andre punktum foreligger hos mottaker. Spørsmålet blir videre om en her kan kreve utdelingen omstøtt etter dekl. § 5-9?

Sentralt er her det nærmere innholdet i aktsomhetskravet, og da særlig hva som må omfattes av den gode tro. Kjernen i vurderingen vil være om aksjeeier/mottaker kan ha kunnskap om de forhold som følger av dekl. § 5-9, samtidig som han hverken forstod eller burde ha forstått at utdelingen som er foretatt «var ulovlig». Er svaret her nei, vil omstøtelse etter dekl. § 5-9 være utelukket.

Det er tidligere blitt anført av Johan Giertsen at en i utgangspunktet kan tenke seg en situasjon der en utdeling ikke kan kreves tilbakeført etter asl. § 3-7 (1) andre punktum, men der omstøtelse etter dekl. § 5-9 er aktuelt.<sup>153</sup> Forutsetningen er da at mottaker hverken forsto

---

<sup>149</sup> Aarbakke m.fl. (2012) Note. 1.6.

<sup>150</sup> Andenæs (2009a) s. 355 og 369.

<sup>151</sup> Andenæs (2009a) s. 369.

<sup>152</sup> Giertsen (2003) s. 262.

<sup>153</sup> Giertsen (2003) s. 263.

eller burde ha forstått at utdeling han har mottatt er ulovlig, samtidig som han var i ond tro i forhold til de vilkår som følger av dekl. § 5–9.

Dette vil sjelden være tilfelle i praksis da en aksjeeier som har kunnskap om de forhold som følger av dekl. § 5-9, sjelden vil være i god tro angående utdelingens lovlighet. Eksempelvis er det flere bestemmelser i aksjeloven som oppstiller begrensninger for adgangen til å foreta utbytte, bl.a. asl. kap 8. Det er her en rekke begrensninger som knytter seg til selskapets økonomi, og det følger bl.a. av asl. § 8-1 at selskapet bare kan dele ut utbytte så lenge det etter utdelingen er dekning for «*selskapets aksjekapital og øvrig bundet egenkapital*».<sup>154</sup> Er aksjeeier innforstått med at selskapets økonomiske situasjon er svak vil det være nærliggende at en beslutning om utbytte vil kunne komme til å ramme selskapets midler på en slik måte at det er i strid med asl. kap 8. Selv om aksjeeier her ikke forsto at utdelingen var ulovlig, må en evt. stille spørsmål ved om han «*burde ha forstått*»?

Har mottaker kunnskap om selskapets vanskelige økonomiske stilling vil en derfor vanskelig kunne tenke seg at vedkommende er aktsom i forhold til utdelingens lovlighet. En ser derfor at dekl. § 5-9 har et begrenset anvendelsesområde i de tilfeller det foreligger god tro hos mottaker etter asl. § 3-7 (1) andre punktum.

En slik forståelse vil også føre til bedre sammenheng mellom de to regelverk, ved at hensynet til å beskytte godtroende mottaker blir ivaretatt. Selv om kreditorvern veier tungt ved omstøtelse er det kun de disposisjoner der det er noe subjektiv å bebreide mottaker som kan omstøtes med hjemmel i den subjektive omstøtelsesregel.<sup>155</sup> Er en i god tro angående utdelingens lovlighet vil det sjelden være noe subjektivt å bebreide mottaker. Disposisjonen vil da i utgangspunktet ikke være av en slik karakter at den faller innenfor område av omstøtelige disposisjoner etter dekl. § 5-9. Alternativet vil her være å kreve omstøtelse etter dekl. § 5-5 som nevnt i pkt. 4.2.2, da mottakers kunnskap ikke tillegges betydning her.

## **5 Anvendelsen av de to regelsett i praksis**

### **5.1 Generelt**

---

<sup>154</sup> Bestemmelsen setter materielle skranker for adgangen til å foreta utbytte, og en er likevel innenfor asl. § 3–7, 1 ledd 2 pkt. om det foreligger brudd på bestemmelsen, forutsatt at de formelle reglene om utdeling av utbytte er overholdt.

<sup>155</sup> Aasebø (2015) s. 250.

Oppgavens formål har vært å sammenligne og vurdere selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse, med hovedfokus på hvilket regelsett som vil være å foretrekke for konkursboet i praksis. I denne sammenheng kan det stilles spørsmål ved om tilbakeføring på selskapsrettslig grunnlag er foretrukket i praksis, eller om omstøtelsesreglene blir påberopt av boet til tross for at asl. § 3-7 i mange tilfeller gir et mer omfattende tilbakeføringskrav?

## 5.2 Nærmere om anvendelsen i praksis

Det er vanskelig å si noe bestemt om hvilket regelsett som er mest anvendt i praksis, da det ikke foreligger noen oversikt som kan belyse situasjonen tilstrekkelig.<sup>156</sup> Det er likevel antydning at i en konkurssituasjon har omstøtelsesreglene i dekningsloven hatt større praktisk betydning en asl. § 3-7.<sup>157</sup> Det forhold at det finnes svært få Høyesterettsdommer der asl. § 3-7 har blitt påberopt direkte, samt det faktum at andelen dommer der dekn. er påberopt er vesentlig større, vil kunne trekke i retning av at konkursrettslig omstøtelse i større grad har vært foretrukket i praksis frem til nå.<sup>158</sup>

## 5.3 Hvorfor har dekningslovens regler vært foretrukket i praksis?

Når konkursboet ofte vil være tjent med den selskapsrettslige regel, men tendensen i praksis likevel har vært at omstøtelsesreglene anvendes, kan det stilles spørsmål ved hva som er årsaken til dette?

Det vil trolig være en rekke mulige grunner til at konkursrettslig omstøtelse er mer utbredt i praksis. Det vil her være vanskelig å peke på en avgjørende årsak, og jeg tror det heller mer mot å være en kombinasjon av flere faktorer som er grunnen til den forholdsvis restriktive anvendelsen av asl. § 3-7 i konkurssituasjoner.

For det første kan det forhold at en har egne omstøtelsesregler som er utformet med tanke på en konkurssituasjon, og på denne måte fungerer som en alternativ sanksjonshjemmel, være en av årsakene til at asl. § 3-7 ikke blir anvendt i like stor grad som en skulle tro. I en forlengelse

---

<sup>156</sup> Det finnes som jeg kjenner til ikke noen oversikt over anvendelsen av de to regelsett, og de få sakene som kommer opp for Høyesterett vil ikke gi et fullstendig bilde av hvilket av regelsettene som er foretrukket i praksis.

<sup>157</sup> Keiserud (2000) pkt. 1.13.

<sup>158</sup> Se bl.a. Rt. 1998 s. 1042 (tidligere asl. § 12-8), samt Rt. 2003 s. 1501 og Rt. 2008 s. 385 der asl. § 3-7 har blitt påberopt direkte.

av dette kan en stille spørsmål ved om bobestyrene mestrer konkursrett bedre enn selskapsrett, og på bakgrunn av dette velger det regelsett de er mest fortrolig med?

Asl. § 3-7 har videre vært behandlet lite i litteraturen, og da særlig i konkursrettslig teori.<sup>159</sup> Er det sammenheng mellom den manglende kunnskap om bestemmelsen som dette fører til, og anvendelsen av regelen i praksis? Den svenske bestemmelsen om tilbakeføringsplikt har i større grad vært gjenstand for behandling i svensk konkursrettslig teori, og rettspraksis viser at den i større grad blir anvendt av bobestyrene. I Danmark ser en at tendensen er nokså lik som i Norge, og bestemmelsen er lite behandlet både i teorien og i praksis.<sup>160</sup> At det i de andre nordiske landene er sammenheng mellom manglende kunnskap og anvendelsen i praksis, taler for at dette også kan være tilfelle i Norge.

---

<sup>159</sup> Asl. § 3-7 er behandlet av bl.a. Andenæs (2006) og Aarbakke m.fl. (2012) i selskapsrettslig litteratur, men det er en rekke spørsmål som ikke er besvart her. Jeg er ikke kjent med at bestemmelsen er behandlet i den konkursrettslige litteraturen.

<sup>160</sup> Keiserud (2000) pkt.1.13 og 1.61.

# Litteraturliste

## Bøker

- *Aarbakke*: Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, Asle Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget /kommentarutgaver.no, 2.utg, 2004.
- *Aarbakke*: Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, Jan Skare. *Aksjeloven og allmennaksjeloven*. Kommentartutgave, kommentarutgaver.no, 3.utg, 2012.
- *Aasebø*: Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen, Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, 1 utg, Oslo 2015.
- *Andenæs*: Mads Henry Andenæs. *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, Grafisk Hus AS Bergen, Oslo 1998.
- *Andenæs*: Mads Henry Andenæs. *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 07 Gruppen AS, 2. utg, Oslo 2006.
- *Andenæs*: Mads Henry Andenæs. *Konkurs*, Calax AS, 3.utg, Oslo 2009a.
- *Andenæs*: Mads Henry Andenæs. *Rettskildelære*, 07 Gruppen AS, 2 utg. Oslo 2009b.
- *Nazarin*: Henriette Nazarin, *Konkursrett*, Cappelen Damm, 2012.
- *Woxholt*: Geir Woxholt, *Selskapsrett*. Gyldendal Norsk Forlag AS, 4.utg, Oslo 2012.
- *Woxholt*: Geir Woxholt, *Selskapsrett*. Gyldendal Norsk Forlag AS, 5.utg, Oslo 2014.

## Tidsskrifter

- *Krokeide*: Kjetil Krokeide, *Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter*. TfR Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 3/1982.
- *Skåre*: Jan Skåre, *Det nordiske aksjelovsamarbeidet*, TfR Tidsskrift for rettsvitenskap, 1998 s. 606 flg.

## Artikler

- *Carlsen*: Marit Bliksås Carlsen, *Restitusjon i aksjeselskapsforhold ved råddighetsoverskridelser*, Nordisk tidsskrift for Selskapsrett, Nr. 3/4 2012.

- *Giertsen: Johan Giertsen, Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse, Jussens venner 2003 s. 249-263, Universitetsforlaget.*
- *Reiersen: Hedvig Bugge Reiersen, Utdeling fra aksjeselskaper – Utdelingsbegrepet betydning for selskapets disposisjoner med aksjeeiere og dets kapitalbeskyttende funksjon, Jussens Venner 1/16 vol. 51 s. 1 – 60.*

### **Lovgivning**

- Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13.juni 1997 nr. 44.
- Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.
- Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8.juni 1984 nr. 59.
- Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18.mai 1979 nr. 18.
- Lov om renter ved forsinket betaling m.m. (forsinkelsesrenteloven)av 17. desember 1976 nr. 100.

### **Utenlandske lover**

- Aktiebolagslag (2005:551) Sverige.
- Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)(1089 af 14/09/2015) Danmark, Danmark.

### **EU – Direktiv**

- ANNET RÅDS DIREKTIV av 13. desember 1976 om samordning av de garantier som kreves i medlemsstatene av selskaper som definert i traktatens artikkel 58 annet ledd for å verne selskapsdeltakeres og tredjemanns interesser når det gjelder stiftelsen av åpne aksjeselskaper og sikring og endring av deres kapital, med det formål å gjøre slike garantier likeverdige (Selskapsdirektiv nr. 2 (kapitaldirektivet)).

### **Rettspraksis**

- Rt. 1966 s. 636.
- Rt. 1986 s. 889.
- Rt. 1995 s. 259.
- Rt. 1996 s. 1647.
- Rt. 1997 s. 1623.
- Rt. 1998 s. 1042.
- Rt. 2003 s. 1501.

- Rt. 2008 s. 385.
- RG. 1992 s. 709.

### **Forarbeider**

- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.
- NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.
- Ot.prp.nr. 38 (1977 – 78) Om Lov om forelding av fordringer.
- Ot.prp.nr.50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.
- NUT 1970:1 Innstilling til lov om aksjeselskaper.
- Prop.111. L (2012 – 2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger).

### **Nettdokument**

- *Ellensen*: Siren Skalstad Ellensen, *Ulovlig utbytteutdeling – Ulovlig utdeling av utbytte i aksjeselskaper som vilkår for tilbakeføring av midler til konkursboet*, <http://www.konkursradet.no/ulovlig-utbytteutdeling-ulovlig-utdeling-av-utbytte-i-aksjeselskaper-som-vilkaar-for-tilbakefoering-av-midler-til-konkursboet.5305133-300307.html>, Konkursrådet, 19.1.2006.
- *Keiserud*: Konkursrådet: Thomas Keiserud, *Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper*, <http://www.konkursradet.no/rettsvirkningene-av-ulovlig-utdeling-fra-aksjeselskaper.5304597-307312.html>. (Artikkelen er også trykket i Konkurs i praksis Kap 23 s. 467 flg., Oslo 2000) 16.1.2000.
- *Wiker*: Håvard Wiker, Norsk lovkommentar (rettsdata.no), 09.10.2012.