

Erstatningsrettslig vern for aksjonærer og selskapsdeltagere

27. april 2020

Skrevet av [Peter Simonsen](#), partner/advokat (H)

Forholdet vurderes med utgangspunkt i Høyesteretts dom, HR-2019-1969-A, som gjaldt selskapsdeltagers erstatningskrav mot Staten etter Transocean-saken. Hovedspørsmålet i saken var om tapet som ble krevet erstattet var å anse som selskapets eller selskapsdeltagerens tap.

1 Høyesteretts dom (HR-2019-1969-A)

1.1 Hva det dreier seg om – er eierens eller deltakerens tap knyttet til virksomheten erstatningsrettslig vernet

Saken gjaldt A, som var partner i EY`s advokatvirksomhet i Norge, og hans krav på erstatning rettet mot Staten for tapt overskuddsandel fra advokatfirmaet (organisert som et indre selskap), som følge av urettmessig strafforfølgning i den såkalte “Transoceansaken”.

Ansvarsgrunnlaget var straffeprosesslovens § 444 første ledd bokstav a) som gir en frifunnet person krav på full erstatning av økonomisk tap som forfølgningen har påført vedkommende, utmålt etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, betinget av at kravet til årsakssammenheng er oppfylt.

Det vil nok ikke være et stort antall personer som blir urettmessig straffeforfulgt, men problemstillingen som Høyesterett behandler har betydning generelt når det gjelder krav på erstatning for skade som en aksjonær eller deltaker i en virksomhet blir påført og hvor tapet har tilknytning til eier- eller deltakerforholdet. Det er altså ikke ansvarsgrunnlaget, men spørsmålene om hvilke tap eieren av virksomheten kan kreve dekket på sin hånd som har interesse ut over saken selv. Hvilken betydning organiseringen av virksomheten har for deltakeres erstatningsrettslige vern, er et relevant spørsmål også hvor ansvarsgrunnlaget er et annet enn urettmessig strafforfølgelse.

I nær sammenheng med aksjonærens/selskapsdeltageren erstatningsrettslige vern står spørsmålet om hvilken mulighet aksjonæren/selskapsdeltageren har til å fremme krav om erstatning (eventuelt for en forholdsmessig andel av) selskapets tap.

Artikkelen vil også behandle Høyesteretts dom i Rt 2004-1816 (Skiltmaker) hvor rettens flertall på tre dommere kom til at redusert aksjeutbytte, som skyldes tap av inntekter som reduserte verdiskapningen i selskapet, ikke var erstatningsrettslig vernet på aksjonærens hånd. Flertallets syn ble lagt til grunn også i den enstemmige dommen i Rt-2012-543 (Bastesen). Mindretallet på to dommere i Skiltmaker mente at kravet på tapt utbytte kunne gjøres gjeldende på aksjonærens hånd, ut fra erstatningsrettslige betraktninger, betinget av at det var en "konkret og nær tilknytning" mellom eierens innsats og selskapets overskudd.

Dersom et aksjeselskap blir påført et tap, f.eks. fordi selskapet mistet en verdifull kontrakt og aksjekursen faller som følge av tapet, er det nærliggende for aksjonæren å oppleve det slik at selskapets tap er et tap også for ham. Kan aksjonæren vinne frem med et krav på erstatning for fallet i aksjekursen etter at han solgte aksjene til den lavere kursen og realiserte et tap, mot den som urettmessig og erstatningsbetingende påførte selskapet skaden? Man ser umiddelbart at spørsmålet reiser kompliserte problemstillinger. Man kan svare et mer eller mindre bestemt "nei" på spørsmålet under henvisning til at det i dette tilfellet dreier seg om selskapets tap og det må selskapet, ikke eierne, eventuelt kreve dekket. På den annen side; i erstatningsretten vil man som utgangspunkt ha krav på erstatning for et adekvat tap, og det er påregnelig at en erstatningsbetingende handling som reduserer selskapets verdi leder til et tilsvarende tap for eierne.

For Høyesterett var erstatningskravet begrenset til å gjelde partnerens overskuddsandel fra det indre selskapet, idet partneren uavhengig av saken hadde fått dekket tapt lønn. Staten ble i lagmannsretten frifunnet for As krav på erstatning for tap av utbytte fra hovedmannen (et aksjeselskap) i det indre selskapet, en del av lagmannsrettens dom som ikke ble påanket.

Lagmannsretten ga partneren medhold i kravet på erstatning for tap av overskuddsandelen, men Staten anket til Høyesterett.

1.2 Partenes hovedanførsler

Staten anførte for Høyesterett at det for aksjeeiere og selskapsdeltagere må skilles mellom selskapets tap og den enkelte deltakers særtap, et særtap som forutsetningsvis ikke er sammenfallende med selskapets tap.

Selskapets tap kan ikke kreves erstattet av den enkelte aksjeeier ellers selskapsdeltaker. Staten henviste som grunnlag for dette til Høyesteretts dom i Rt-2004-1816 (Skiltmaker). Staten hevdet at partnerens krav var avledet av selskapets tap og korresponderte med det, altså var det selskapets tap partneren krevet erstattet og ikke et slikt særtap som ikke er sammenfallende med selskapets tap.

Partneren anførte for Høyesterett at saken må løses ut fra alminnelige erstatningsrettslige prinsipper om årsakssammenheng og adekvans. Partneren er gjennom tapt overskuddsandel påført et særtap, et særtap som ikke korresponderer med et mulig selskapstap for advokatfirmaet og som er erstatningsrettslig vernet på hans hånd.

1.3 Høyesteretts premisser og resultat

1.3.1 Organiseringen av virksomheten

Førstvoterende, dommer Normann, redegjør innledningsvis for hvordan EY`s virksomhet var organisert i den aktuelle perioden og viser bl.a. til (avsnitt 37) at den enkelte partners andel av overskuddet ble utbetalt som hhv. arbeidsgodtgjørelse (inntil 12 G), overskuddsandel fra EY IS og hovedmannsandel i form av utbytte fra hovedman-

nen (EY AS). Ved fordelingen av overskuddsandel fra EY IS hadde det ikke betydning om partneren hadde aksjer i hovedmannen.

1.3.2 Ansvarsgrunnlaget og påregnelig årsakssammenheng, gir som utgangspunkt erstatning

Førstvoterende redegjør deretter (avsnitt 39) for ansvarsgrunnlaget i straffeprosesslovens bestemmelse og viser til at erstatning skal utmåles etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og at den frikjente har krav på full erstatning for ethvert økonomisk tap, forutsatt at kravet til påregnelig årsakssammenheng er oppfylt.

Staten hadde ikke bestridt at A hadde lidt et tap ved at overskuddsandelen ble redusert og førstvoterende forstod det slik at det heller ikke ble bestridt at det var påregnelig årsakssammenheng mellom tapet og den erstatningsbetingende handlingen (avsnitt 40). Utgangspunktet må da være at A har krav på erstatning med mindre det er grunnlag for noe annet, heter det i dommen.

1.3.3 De grunnleggende rettslige utgangspunktene

Førstvoterende viser til at partene tilsynelatende er enige om de grunnleggende rettslige utgangspunktene, og redegjør kort for disse i dommen (avsnitt 42 flg.). Det vises til at når et aksjeselskap påføres tap, rammes samtidig selskapets aksjeeiere indirekte. Selskapets krav på erstatning skal primært fremmes av dette, jfr. aksjelovens §§ 17-3 til 17-5, men retten viser til at aksjelovens § 17-6 forutsetter at en aksjeeier har en subsidiær adgang til å kreve en forholdsmessig andel av selskapets tap erstattet. Bestemmelsen er ikke en egen hjemmel for ansvarsgrunnlag, men er en prioritetsregel som forutsetter at det foreligger ansvarsgrunnlag for kravet jfr. Høyesteretts dom i Rt-2012-543 (Bastesen).

En aksjeeier kan også påføres et særtap som er uavhengig av om selskapet har lidt et tap. Et slikt tap er selskapet uvedkommende og kan bare fremmes av aksjonæren.

I saken er det klart at partneren krevet erstatning for det han anførte var hans særtap og ikke en forholdsmessig andel av selskapets tap, jfr. det påberopte ansvarsgrunnlaget som etter det jeg forstår ikke kunne gi grunnlag for et erstatningskrav fra selskapet. Dersom kravet gjaldt selskapets tap ville altså Staten bli frifunnet.

“Dersom kravet gjaldt selskapets tap ville altså Staten bli frifunnet.”

1.3.4 Tapets art

Førstvoterende viser til at Staten anfører at det ikke foreligger erstatningsansvar fordi det dreier seg om et selskapstap som ikke er erstatningsrettslig vernet på A`s hånd. Staten henviste til rettstilstanden for aksjeeiere og de argumentene som var avgjørende for flertallet i Skiltmakerdommen, som det ble hevdet også måtte gjelde for deltager i indre selskap.

Høyesterett måtte derfor ta stilling til om tapet i saken er et selskapstap eller et særtap for A.

Foranlediget av Statens henvisning til Skiltmakerdommen gikk førstvoterende inn på dommen for å se om man kunne finne løsningen der (avsnitt 47). Det sentrale spørsmålet i den tidligere saken var om det er erstatningsrettslig vern for tapte fremtidige inntekter som kom i form av avkastning – utbytte - fra et aksjeselskap som den skadelidte var ansatt og hadde eierinteresser i. Spørsmålet gjaldt altså verdiskapning i aksjeselskapet som kom av aksjonærens arbeidsinnsats, og som gikk ut over utbetalt lønn (avsnitt 49). Flertallet i Skiltmakerdommen (hvis votum ble formulert av dommer Utgård) kom til at den skadelidte bare kunne kreve erstattet det tap som rammet ham selv, og ikke tapet som rammet selskapet. Aksjonæren kunne ikke kreve erstattet tapet som direkte rammet selskapet i form av tapt omsetning selv om dette på kort eller lang sikt ville redusere verdiskapningen i selskapet og dermed utbyttet til aksjonærene.

1.3.5 Skiltmakerdommen løser ikke saken

Førstvoterende sier seg (avsnitt 51) uenig i Statens anførsel om at Skiltmakerdommen er en avgjørelse av hvem tapet rammer (aksjonæren) og at tapets art ikke er av betydning. Hun underbygger dette ved å vise til at saken gjaldt “eierinntekter, verdiskapning for selskapet ut over utbetalt lønn” og “i begrunnelsen var det et sentralt poeng at man må ta konsekvensen av den valgte selskapsformen”. Førstvoterende konkluderer sin gjennomgang av Skiltmakerdommen slik: “Dette synes å forutsette at tap av inntekt man har på annet grunnlag enn deltakelse i selskapet, er et særtap. Jeg kan dermed ikke se at denne avgjørelsen løser vår sak.”

Jeg synes bruken av begrepet “annet grunnlag enn deltakelse i selskapet” bidrar til å gjøre formuleringen vanskelig tilgjengelig. En partner i et indre selskap som driver advokatvirksomhet betegnes ofte som “deltaker” og hans samlede godtgjørelse fra selskapet, i form av lønn og overskuddsandel, og eventuelt utbytte på aksjer eller selskapsandel, vil dermed gjerne bli oppfattet som inntekt vedkommende har på grunnlag av nettopp “deltakelse i selskapet”. Jeg forstår førstvoterende slik at hun mener at “tap av inntekt på annet grunnlag enn deltakelse i selskapet” avgrenses mot avkastning som skyldes eierandelen i selskapet og/eller et kapitalinnskudd. Tap av sistnevnte art vil altså være selskapets tap og kan bare kreves erstattet av selskapet (gitt ansvarsgrunnlag og øvrige vilkår for erstatning). Tap av partnerinntekt, arbeidsgodtgjørelse eller overskuddsandel, som er et resultat av partnerens arbeidsinnsats i selskapet, vil derimot være partnerens “særtap”.

Spørsmålet, som førstvoterende ikke fant svaret på i flertallets votum Skiltmakerdommen, var etter dette fremdeles ubesvart (avsnitt 52): hvilken skade er det man står overfor her, har A lidt et tap som følge av at selskapet er påført et tap eller dreier det seg om at særskilt tap som er påført A uten at selskapet har et korresponderende tap, altså uten at selskapet er skadelidt.

1.3.6 Hva er overskuddsandelen godtgjørelse for

Førstvoterende viser til (avsnitt 53) at “A har fremmet krav om å få dekket sin faktiske tapte overskuddsandel i EY IS” og “(d)et er dermed av interesse å se på hva denne overskuddsandelen er.”

Under henvisning til kriteriene for beregning av den enkelte partners overskuddsandel i selskapsavtalen slås det fast at “(o)verskuddsdelingen er betaling for partnerens arbeidsinnsats og verdiskapning for selskapet.” Uttrykket “verdiskapning for selskapet” må vel etter det jeg forstår et uttrykk for at partnerne gjennom deltakelse i partnerskapet normalt vil ta del i og få en andel av en verdiskapning som skyldes selskapet, ut over den enkelte partners arbeidsinnsats.

Førstvoterende fremhever i sammenheng med dette at beregningen av overskuddsandelen skjer individuelt og uavhengig av om partneren har aksjer i hovedmannen og uavhengig av størrelsen på innskuddet i det indre selskapet (avsnitt 54). Dersom overskuddsandelen helt eller delvis hadde vært knyttet til partnerens aksjer i hovedmannen eller avhengig av størrelsen på innskuddet ville det trukket i retning av at det dreiet seg om et overskudd som ikke var et resultat av partnerens arbeidsinnsats og dermed falle utenfor det som ville være dekket.

1.3.7 “Sentralt” at fordelingen mellom arbeidsinntekt og overskuddsandel ikke er en konsekvens av selskapsformen

Videre skriver førstvoterende at det er “sentralt” at fordelingen mellom utbetalt arbeidsinntekt og overskuddsandel ikke er en konsekvens av selskapsformen, men er valgt av skatte- og trygdemessige årsaker (avsnitt 55). Dette til forskjell fra Skiltmakerdommen hvor kravet gjaldt verdiskapning knyttet til aksjene og tapet var en konsekvens av valg av aksjeselskapet som den valgte selskapsformen.

1.3.8 Erstatningskravet gjaldt reduksjon av partnerens krav mot selskapet basert på kontrakt

Etter dette skriver førstvoterende at partnerens krav på erstatning for tapt overskuddsandel ikke er basert på inntektsbortfall for selskapet, men på endret internfordeling av overskuddet mellom selskapets partnerne. Partnerens krav var altså ikke basert på at selskapets overskudd ble – eller vil bli - redusert som følge av strafforfølgingen mot ham. “Det tap A krever erstattet, er altså reduksjonen i hans personlige krav mot selskapet som er basert på kontrakt.”, heter det i dommen (avsnitt 56). Hvilken vekt det er tillagt i favør av det resultat retten kommer til at kravet er basert på kontrakt fremgår ikke av dommen. Et krav på overskuddsandel i et partnerskap vil være basert på avtale og det bidrar i et hvert fall til å underbygge at det er partnerens krav som medkontrahent som kreves erstattet og at det er et tap som selskapet ikke kan kreve erstattet.

Førstvoterende viser deretter til Statens anførsel om at “det er selskapets kasse som rammes, og at den senere overskuddsdelingen ikke endrer dette.”, men anførselen avvises ved henvisning til at det var “verdien av As innsats for EY som ble redusert.” Og til at partnerens “reduuerte innsats resulterte i redusert partnerinntekt for ham personlig, og fellesskapet unngikk derfor den økonomiske belastningen ved at A ikke fungerte optimalt.”

Det vises avslutningsvis til at det ikke er påvist at selskapet er påført et tap som følge av strafforfølgingen mot A og til at resultatet til fordeling på partnerne i den aktuelle perioden var relativt konstant. Og helt til slutt i vurderingen av om anken skulle føre frem: “A har lidt et tap uavhengig av om selskapet er påført skade, og det er dermed uansett ikke nødvendig å ta stilling til om selskapet har lidt et tap for å beregne As tap.”

Dette siste bringer klarhet i noe som ellers ville ha vært uklart i det Høyesterett skriver. Det er vanskelig å tenke seg at reduksjonen av partnerens arbeidsinnsats for selskapet pga strafforfølgingen ikke påførte selskapet et tap ved at inntektene til selskapet ble redusert. Dersom inntektene som partneren brakte inn til firmaet ikke ble redusert ville ikke partnerens overskuddsandel ha blitt redusert og han ville ikke lidt det tapet som ga grunnlag for erstatningskravet.

Jeg synes det er vanskelig å forstå resonnementet om at partnerens reduserte innsats reduserte hans partnerinntekt slik at fellesskapet angivelig skal ha unngått den økonomiske belastningen ved at A ikke fungerte optimalt. Partnernes inntekter til selskapet vil gå til dekning av selskapets kostnader før overskudd til fordeling på partnerne, slik at et inntektsbortfall vil føre til redusert bidrag til selskapets kostnadsdekning (kostnader som vanskelig kan reduseres tilsvarende inntektsbortfallet, særlig på kort sikt) og redusert overskuddsandel. Reduksjonen i partnerens overskuddsandel kan vanskelig tenkes å være minst like stort som tapet i partnerens brutto inntekter til selskapet. Jeg forstår dermed Høyesterett slik at retten i saken holder åpent at det kan være slik at selskapet også er påført et tap som følge av partnerens reduserte arbeidsinnsats, men det er likevel ikke det tapet som A krever erstattet, hans tap er “uavhengig av om



selskapet er påført skade”, som det heter. Tapet overskuddsandel dreier seg altså i dette tilfellet om et særtap for partneren, og det ser ikke ut til å være avgjørende at dette tapet helt eller delvis kan korrespondere med et tap på selskapets hånd.

Hva er da løsningen, kan man spørre, hvis både selskapet og partneren krever erstatning for tapet knyttet til partnerens inntektsbortfall, selskapet for lavere omsetning fordi partneren var opptatt med å forsvare seg i straffesaken mot ham og partneren pga redusert overskuddsandel. Jeg innbiller meg at selskapet som utgangspunkt vil ha krav på erstatning for tapte brutto inntekter, men etter fradrag for reduserte overskuddsandel til partneren og partneren vil ha krav på erstatning tilsvarende den reduserte overskuddsandelen. I så fall ser det ut til å ikke oppstå noen problemer.

2 Rettstilstanden etter Høyesteretts dom

2.1 Hva er det som er avgjort i saken, gjennom Høyesteretts og lagmannsrettens dom

Høyesteretts dom tar i realiteten kun stilling til om en partner i et indre selskap kan kreve erstattet tapte overskuddsandel fra selskapet når tapet som kreves erstattet skyldes en reduksjon av partnerens overskuddsandel, uavhengig av om selskapet er påført skade.

En forutsetning for at kravet skal føre frem er at overskuddsandelen er en funksjon av partnerens arbeidsinnsats og ikke avkastning basert på størrelsen av eierandel i selskapet eller avkastning på et kapitalinnskudd.

At arbeidsgodtgjørelsen i form av lønn er dekket ble akseptert av Staten før saken.

Lagmannsretten kom til at partneren ikke hadde krav på erstatning for tapte såkalt “hovedmannsinntekt”, og denne del av lagmannsrettens dom ble ikke påanket av partneren. Hovedmannsinntekten var inntekt i form av utbytte (til partnerens heleide aksjeselskap) fra et aksjeselskap som var hovedmann i det indre selskapet.

“En forutsetning for at kravet skal føre frem er at overskuddsandelen er en funksjon av partnerens arbeidsinnsats og ikke avkastning basert på størrelsen av eierandel i selskapet eller avkastning på et kapitalinnskudd.”

Lagmannsretten legger som et generelt erstatningsrettslig prinsipp til grunn at en aksjonær som et utgangspunkt ikke kan fremme krav på erstatning av selskapets tap, selv om selskapets tap vil innebære et tap også for aksjonærene.

Lagmannsretten kom til at prinsippene i Skiltmakerdommen måtte legges til grunn, med den

konsekvens at partneren ikke kunne kreve erstatning for tapte utbytte som skyldes tap som direkte er påført selskapet og kravet på erstatning for tapte hovedmannsinntekt førte dermed ikke frem. Lagmannsretten fremhever at tapet er et selskapstap som partneren ikke kan kreve erstattet og at det ikke foreligger en avtale mellom aksjeselskapet og A som gir tapet erstatningsrettslig vern på As hånd.

Lagmannsretten fant det ikke avgjørende, i likhet med flertallet i Skiltmakerdommen, at selskapet ikke kunne fremme krav på dekning av sitt erstatningskrav. Selskapet kunne i dette konkrete tilfellet ikke fremme krav basert på straffeprosesslovens § 444, slik jeg har vært inne på tidligere.

Jeg forstår lagmannsrettens og Høyesteretts dom slik at tapet av inntekten tilsvarende fra hovedmannen, altså utbyttet fra aksjeselskapet som var hovedmann i det indre selskapet, ville ha vært erstatningsrettslig vernet og erstattet på partnerens hånd der-

som inntekten ikke hadde vært knyttet til partnerens aksjer, men i stedet tilflytt ham på linje med inntekten som betegnes som overskuddsandel. Det økonomiske tapet på partnerens hånd ville ha vært identisk, men organiseringen av virksomheten er altså avgjørende for det erstatningsrettslige vernet. Antagelig vil de fleste med god grunn tenke at man ikke kommer i en situasjon med urettmessig strafforfølgning slik at man lever godt med den lavere skattebelastning som utbyttet fra aksjeselskapet normalt gir.

2.2 Om aksjonæren/selskapsdeltakeren kan kreve erstatning for en forholdsmessig andel av selskapets tap

2.2.1 Problemstillingen

Spørsmålet om en aksjonær eller selskapsdeltaker har et selvstendig krav på å få dekket et tap vedkommende er påført indirekte som følge av at selskapet er påført et direkte tap som reduserer aksjenes verdi eller gir redusert fremtidig avkastning på aksjene, har vært og er et spørsmål som stadig er aktuelt og som mange er opptatt av.

Sondringen mellom tap som er selskapets tap, som eventuelt bare kan fremmes av selskapet, og aksjonærenes eller selskapsdeltagernes såkalte “særtap” er i noen tilfeller vanskelig å foreta, og det kan lede til at man fremmer en erstatningssak hvor det viser seg at man krever dekket et tap som er erstatningsrettslig vernet, men ikke hos den som fremmer kravet.

Det er ulike oppfatninger som gjør seg gjeldende i juridisk teori.

Jeg skal redegjøre for noen ulike oppfatninger i juridisk teori og for mindretallets votum i Skiltmakerdommen og lagmannsrettens avgjørelse av kravet på tap av utbytte i Transocean-saken.

2.2.2 Aarbakke m.fl. mener at mindretallet i Skiltmakerdommen har fått tilslutning

I Aarbakke m.fl. kommentarutgave til Aksjelovene, 4. utgave (2017) er spørsmålet behandlet under behandlingen av aksjelovens § 17-1, side 946 pkt. 1.25, jfr. pkt. 1.20 og pkt. 1.21, som omhandler de tilfeller hvor aksjonæren har et særkrav som er uavhengig av om selskapet er påført et tap.

Spørsmålet om aksjonærene bl.a. selv kan gjøre gjeldende krav på erstatning fordi selskapet er påført et tap er regulert i aksjelovens § 17-6, Aarbakke m.fl. s. 941, pkt. 1.20. Aksjonær som representerer mer enn 10 prosent av aksjene kan fremme krav på erstatning for selskapets tap i selskapets navn, hvis et forslag om at selskapet skal fremme kravet er nedstemt på generalforsamlingen. Aksjonærenes krav på erstatning for det som betegnes som aksjonærens “særtap” eller “særkrav” kan gjøres gjeldende uavhengig av § 17-6.

Som eksempler på aksjonærers særkrav nevner Aarbakke m.fl. (s. 941, pkt. 1.21) at tillitsmenn i selskapet forårsaker at aksjonæren ikke får benytte tegningsrett ved emisjon eller at tillitsmenn gir uriktige opplysninger i selskapets årsberetning som påfører aksjonæren tap. Dette er eksempler på forhold som ikke kan gi grunnlag for erstatningskrav fra selskapet, det vil typisk ikke være noe ansvarsgrunnlag som selskapet kan påberope seg og heller ikke noe økonomisk tap for selskapet.

Tilbake til utgangspunktet, spørsmålet om aksjonærer har et selvstendig krav på å få dekket sin forholdsmessige andel av tap som er påført selskapet. Aarbakke m.fl. refererer til Skiltmakerdommen hvor som kjent flertallet ikke tilkjente erstatning for tap som direkte var påført selskapet, men indirekte aksjonæren i form av fremtidig tapt aksjeutbytte. Mindretallet tok utgangspunkt i alminnelige erstatningsrettslige regler og kom til at det var så konkret og nærliggende tilknytning mellom skadelidte og selskapets tap at skadelidte måtte få erstatning også for tapt utbytte.

Aarbakke m.fl. gir ikke eksplisitt uttrykk for en oppfatning av om flertallets eller mindretallets syn i Skiltmaker har de beste grunner for seg, men må vel likevel oppfattes slik at de mener at mindretallets syn har de beste grunner for seg, når det hevdes at



mindretallets syn har fått tilslutning.

I Aarbakke m.fl. heter det avslutningsvis i pkt. 1.25 (side 947) at mindretallet i Skiltmakerdommen, etter Høyesteretts dom i Rt 2012 side 543 (se nedenfor), har fått tilslutning. Som grunnlag for dette vises det til (bl.a.) Hagstrøm/Stenvik: Erstatningsrett (2015) s. 436-438 (tilføyd i kommentarutgaven: “nyansert”) og til Andenæs 3. utgave (2016) Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper side 660-661.

Jeg skal på denne bakgrunn forsøke å formidle kortfattet hvilken tilslutning som er gitt i de kildene Aarbakke m.fl. henviser til.

2.2.3 Hagstrøm/Stenvik mener mindretallet i Skiltmaker har rett

Hagstrøm/Stenvik behandler spørsmålet om erstatning for indirekte tap som er påført eiere og andre (spesielt fra s. 435), hvor man tar utgangspunkt i Høyesteretts dom i Rt-2012-543 (Bastesen) hvor retten kom til at aksjelovens § 17-6 ikke er en selvstendig hjemmel for erstatningskrav fra aksjonærene for selskapet sine krav, men at bestemmelsen er en prioritetsregel (som gir prioritet for selskapets krav, dersom det også fremmes av andre) som også gjelder for slike krav der det på annet grunnlag måtte være hjemmel for slike. Forfatterne påpeker at Høyesterett i dommen ikke gikk inn på hva som kan utgjøre tilstrekkelig hjemmel på annet grunnlag, og de gir uttrykk for sitt syn om at “en eventuell rett til erstatning for skade på selskapsinteressen (må) baseres på alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.” De henviser til Aarbakke m.fl.s kommentarutgave (3. utgave) som skal gi uttrykk for det samme.

Om vår problemstilling heter det videre (s. 436 første avsnitt): “Hvis den direkte skadelidte er selskapet, vil aksjeeierens tap – selv om det formelt er et tredjemannstap – være en mer eller mindre automatisk følge av skaden, og det bør normalt anses som adekvat.” Det gis uttrykk for at dette utgangspunktet er rimelig klart. Under henvisning til Skiltmakerdommen og Rt. 2012-543 spørres det om aksjonærs rett til erstatning for skade på selskapsinteressen er underlagt særlige begrensninger. Forfatterne mener at flertallets begrunnelse i Skiltmakerdommen er generell og kan tas til inntekt for det syn at det gjelder en generell regel om at aksjonærer ikke kan kreve erstatning for tap som er en følge av at selskapet er påført en skade. Dette kan være Statens kilde for anførselen om at Skiltmakerdommen er en avgjørelse av hvem tapet rammer. Det fremgår forøvrig av førstvoterendes votum i Transoceansaken at hun ikke forstår Skiltmakerdommen slik, jfr. avsnitt 51.

Deretter gjør forfatterne rede for hvorfor flertallet i Skiltmakerdommen etter deres oppfatning tar feil, etter mitt syn på en meget overbevisende måte og det heter bl.a.: “Flertallets standpunkt representerer et avvik fra alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, og har heller ikke støtte i “grunnleggjande selskapsrettslege prinsipp” (som

det heter i flertallets votum). Konklusjonen fra forfatterne side er at dommen ikke bør anses avgjørende.

Høyesterett gikk i Transoceansaken, slik jeg har vist tidligere, inn på Skiltmakerdommen og konkluderer med at dommen ikke avgjør det spørsmålet som stod sentralt i vår sak. Man kan derfor neppe hevde at Høyesterett i vår sak gir uttrykk for noen oppfatning om flertallet eller mindretallet i Skiltmakerdommen har rett. Det var jo heller ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til dette fordi tapets art var et annet enn i Skiltmakerdommen.

2.2.4 Andenæs mener flertallet i Skiltmaker har rett i et selskapsrettslig perspektiv og mindretallet i et erstatningsrettslig perspektiv

Andenæs behandler spørsmålet om “Ansvar for tap aksjeeieren har lidt fordi selskapet er påført tap” i pkt. 474.2 fra s. 658. Det reises spørsmål, slik Hagstrøm/Stensvik gjør, om på hvilket annet grunnlag enn aksjelovens § 17-6 aksjeeieren skal kunne fremme et slikt konkurrerende krav som den nevnte bestemmelsen forutsetter at aksjonæren har adgang til. Forfatterne viser til at aksjelovens § 17-6 må forstås på bakgrunn av en oppfatning om at den enkelte aksjonær kan kreve erstatning for sin andel av selskapets tap. Det hevdes at det etter aksjeloven av 1997 synes å være en samstemmig oppfatning i juridisk teori om at den enkelte aksjonær kan krev erstatning for sin andel i selskapets tap. Men forfatterne mener at det ikke finnes noen avgjørende støtte for dette syn og det hevdes at det er vanskelig å se at en slik oppfatning vil kunne opprettholdes.

Forfatterne underbygger sitt syn ved å vise til at de enkelte aksjonærers interesse i sine aksjer kan ikke anses som en selvstendig interesse i forhold til selskapets interesse, og trekker i den forbindelse bl.a. frem at ansvarsvilkårene i utgangspunktet er de samme som for selskapets krav og at den enkelte aksjonærs tap ikke er noe annet enn en forholdsmessig andel av selskapets tap. Dernest hevdes det (motsatt av Hagstrøm/Stensvik) at “selve den konstruksjonen at den enkelte aksjeeier kan kreve erstatning for sin andel av selskapets tap (er), i strid med grunnleggende selskapsrettslige regler om rådigheten over selskapets eiendeler”. I tillegg vises det til hensynet til god sammenheng med reglene om minoritetssøksmål som tillater en minoritet av en viss størrelse, men ikke den enkelte aksjonær, å anlegge søksmål til fordel for selskapet. Avslutningsvis henvises det til flertallets og mindretallets votum i Skiltmakerdommen og man avslutter behandling av spørsmålet ved å hevde at mindretallets syn har fått tilslutning i erstatningsrettslig teori, men at det ut fra en selskapsrettslig synsvinkel, som forfatterne har anlagt, så fremstår flertallets syn som korrekt.

2.2.5 Skiltmakerdommen – mindretallets votum

Etter dette blir det relevant så se nærmere på mindretallets syn i Skiltmakerdommen, som altså i følge (selskapsretts)teorien har fått tilslutning i erstatningsrettslig teori. Og det er nærliggende å se på lagmannsrettens dom i vår sak når det gjaldt utbytte fra hovedmannen, hvor partneren tapte, en avgjørelse som ikke ble anket.

Mindretallets votum, formulert av dommer Oftedal Broch, peker først på at A (skiltmakeren) hadde en helt dominerende posisjon i aksjeselskapet og siterer lagmannsrettens dom hvor det bl.a. fremgår at “det er nær sammenheng mellom As personlige innsats og resultatene i selskapet”. Og videre: “Aksjeselskapet fremstår som en del av hans samlede inntektsarrangement, og utbyttet har nærmest karakter av avkastning på utnytting av As personlige ressurser. Forskjellen mellom lønn og utbytte fortøner seg derfor, vurdert på bakgrunn av ordlyden i skadeserstatningslovens § 3-1 som svært liten”.

Videre er det på det rene at virksomheten, dersom den hadde fortsatt som enkeltpersonforetak, ville tapet kunne kreves erstattet. For øvrig et forhold som Hagstrøm/Stensvik også trekker frem – at flertallets løsning gir tilfeldige utslag.

Mindretallet viser til, slik Hagstrøm/Stensvik også gjør, at utgangspunktet er et krav på full erstatning for tap som følge av As reduserte inntektsevne, og spørsmålet er da

om det er “holdepunkter for å avskjære ervervstap som er knyttet til et selvstendig rettssubjekt, som aksjeselskap er”.

Mindretallet viser til at det ikke kan være avgjørende at kravet oppstår på selskapets hånd og at selskapets tap ikke samtidig kan anses som den ansattes tap, heller ikke at det for eieren er tale om et avledet tap. “Det avgjørende må være karakteren av den interessetilknøyning det er tale om mellom skadelidte og selskapet. For et enmannseiet aksjeselskap vil det være fullstendig sammenfall mellom eierens og virksomhetens interesser. Sammenfallet vil være som for enkeltpersonforetak. Jeg har vanskelig for å se at det forhold at man av hensyn til ansvarsbegrensning og eventuelt skattemessige grunner velger å drive som aksjeselskap, bør være utslagsgivende for den erstatningsrettslige bedømmelsen.”, heter det i mindretallets votum.

Til støtte for sitt syn viser mindretallet også til Høyesteretts dom i saken Løiten Almenning (Rt-1996-1497), hvor spørsmålet var om en skogeier hadde ekspropriasjonsrettslig vern for tap av gevinst ved foredling av tømmer, når foredlingen ble drevet av et kommandittselskap, der skogeieren var en av flere deltakere. Skogeieren ble ansett erstatningsberettiget og det heter i dommen: “Foreligger det en konkret og nær tilknytning mellom driften av eiendommen og foredlingstapet, vil dette normalt måtte anses som en erfaringsmessig og påregnelig følge av inngrepet.”

Mindretallet legger til grunn at det i saken (Skiltmaker) “åpenbart” var en slik “konkret og nær tilknytning.” Og ikke minst interessant: Det at det i Skiltmaker-saken ikke forelå en avtale som i Løiten Almenning-saken (mellom skogeieren og kommandittselskapet om at skogeieren skulle få gevinsten) kunne ikke være avgjørende.

Mindretallet drøfter deretter betydningen av at A (i Skiltmaker-saken) bare eide 66 %, mens broren eide 34 % (typisk tilpasning til delingsmodellen). Det heter om dette: “Ut fra mitt syn på sammenfall mellom eierens og virksomhetens interesser, er antall eiere klart av betydning. Men hvor det som her er en deltaker som har en helt bestemmende posisjon, og hvor også vedkommendes arbeidsinnsats er av helt dominerende betydning for selskapets resultat, slik lagmannsretten har beskrevet, bør brorens eierandel ikke være avgjørende.”

Mindretallet er for øvrig også uenig med flertallet i at det subsidiære erstatningskravet fra selskapet ikke førte frem, idet det dreiet seg om et tap på selskapets hånd som “er utpreget påregnelig for skadevolder, eller, om man vil, svært konkret og nærliggende så lenge det dreier seg om personlig næringsvirksomhet, blir abstrakt og fjerntliggende i det øyeblikk den samme virksomheten omorganiseres til et aksjeselskap (avsnitt 57).” Som støtte for sitt syn på dette punkt viste mindretallet til Rt-1992-453 (furunkulosedommen).

“As krav på erstatning for tapt utbytte fra hovedmannen er uansett det samme tapet som partnerens aksjeselskap er påført.”

2.2.6 Lagmannsrettens avgjørelse av kravet på utbytte i Transoceansaken

Som jeg var inne på tidligere er det nærliggende å se på lagmannsrettens dom i vår sak når det gjaldt kravet på erstatning for tapt utbytte fra hovedmannen.

Lagmannsretten kom altså til at partneren ikke hadde krav på erstatning for tapt utbytte fra hovedmannen fordi dette var et selskapstap for hans heleide aksjeselskap som han ikke kunne kreve erstattet.

Staten anførte at As krav på utbytte fra hovedmannen (et aksjeselskap) ikke har erstatningsrettslig vern, og anførte at Skiltmakerdommen “slår til med samme tyngde overfor indre selskaper”. As krav på erstatning for tapt utbytte fra hovedmannen er uansett det samme tapet som partnerens aksjeselskap er påført. Det ble hevdet at det følger av Skiltmakerdommen at A ikke kan kreve dette tapet dekket på sin hånd. Det ble vist til at det ikke foreligger noen avtale mellom As aksjeselskap og A selv om fordeling av

utbytte som kan tilsi at det dreier seg om et særkrav for A.

Partnerne anførte at tapet av utbytte fra hovedmannen, på samme måte som tapet av overskuddsandelen, er en følge av reduksjonen A måtte tåle i overskuddsdelingen etter partneravtalen. Heller ikke hovedmannsandelen utgjør krav som følge av eierskap, partneren har beskjedne innskudd og har en plikt til å arbeide for selskapet og har som gjenytelse rett til å dele hele overskuddet i virksomheten. Hele tapet springer ut av As kontraktsforhold og er hans særkrav. Det ble også vist til at det ikke var noe korresponderende tap på selskapets hånd. Skiltmakerdommen avviker fra saken og erstatningskravet må utledes av alminnelige adekvansregler.



Lagmannsretten legger til grunn at ethvert tap som skadelidte er påført, også fremtidig tap, kan kreves erstattet etter straffeprosesslovens § 444 og kommer til at spørsmålet om kravene i saken har erstatningsrettlig vern, følger av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

Lagmannsretten “legger som et generelt erstatningsrettlig prinsipp til grunn at en aksjonær som et utgangspunkt ikke kan fremme selskapets tap. Dette selv om selskapets tap også vil innebære et tap for aksjonærene.” Retten finner støtte for dette i Andenæs, jfr. behandlingen ovenfor og utgangspunktet i Skiltmakerdommen: “Utgangspunktet må vera at ein direkte skadeliden kan krevje bøtt det tapet som rammar han sjølv, og ikkje det tapet som rammar andre.” Lag-

mannsretten viser til at flertallet i Skiltmakerdommen slår fast at man “som den store hovedregel” må ta konsekvensene dersom man velger å opprette et aksjeselskap.

Lagmannsretten trekker frem at det i NOU 2016:24 fra straffeprosesslovutvalget, som foreslår en bestemmelse som viderefører straffeprosesslovens § 444, under henvisning til Skiltmakerdommen fremgår at tap i form av redusert aksjeutbytte ikke vil gi rette til erstatning da tapet ligger hos aksjeselskapet. Lagmannsretten konkluderer etter en grundig drøftelse med at “prinsippene i Skiltmakerdommen må legges til grunn” og at “den klare hovedregel” er at når kravet er påført selskapet kan ikke skadelidte kreve tapet erstattet i form av tapt utbytte. “Det er i disse tilfellene ikke tilstrekkelig at tapet er adekvat og påregnelig”, heter det.

Før retten går over til å behandle kravet på først tapt overskuddsandel og deretter tapt hovedmannsandel gir lagmannsretten uttrykk for, igjen under henvisning til flertallet i Skiltmakerdommen, at “det må trekkes en grense mot de tilfellene der det ikke dreier seg om et eiertap, men et regulært tap i kontrakt. Slike tap kan kreves erstattet.”

Lagmannsretten mener at tapt utbytte fra hovedmannen er et selskapstap for As aksjeselskap som ikke er vernet på As hånd. Retten mener at valget av aksjeselskapet er en realitet og får betydning for hvem som kan kreve erstattet selskapets tap. De rettslige prinsipper fra Skiltmakerdommen får anvendelse også her; tapet er et selskapstap som A ikke kan krev erstattet. Retten viser til at det ikke foreligger noen avtale mellom A og hans aksjeselskap som gir tapet erstatningsrettlig vern på selskapets hånd. For øvrig ser det ikke ut til at lagmannsretten har tillagt det noen betydning at det først er hovedmannen og dernest As aksjeselskap som kan anses for å ha lidt et tap, slik tin-

gretten nevner som et moment i sin avgjørelse.

Det fremgår av Høyesterettsdommen at A ikke anket lagmannsrettens avgjørelse hvor han ikke vant frem med kravet på erstatning for hovedmannsandelen. Det var altså ikke slik at en anke ikke slapp inn til Høyesterett.

2.2.7 Kunne Høyesterett ha kommet til et annet resultat dersom lagmannsrettens friinnelse for kravet på utbytte var blitt anket

Etter dette kan man spørre om Høyesterett ville ha kommet til et annet resultat enn lagmannsretten, dersom kravet på tapet av utbytte fra hovedmannen var blitt bragt inn til prøving. Det er selvsagt svært spekulativt å uttale seg om dette, fordi det er hypotetisk og fordi fremstillingen av faktum og anførsler i dommene ikke nødvendigvis gir et tilstrekkelig grunnlag.

Hvis man likevel skal spekulere la altså lagmannsretten til grunn 1) at det tapte utbyttet er noe annet enn vederlag for at partneren har stilt sin arbeidskraft til disposisjon 100 % for selskapet, og 2) at det dreier seg om et indirekte tap for aksjonæren og et direkte krav for hovedmannen, og endelig 3) at Høyesterett i Skiltmakerdommen har avgjort at aksjonærens krav på utbytte ikke er erstatningsrettslig vernet på aksjonærens hånd. Lagmannsretten er inne på om kravet om erstatning for tapt hovedmannsandel kan være forankret i partneravtalen hvor det heter at der hvor partneren har organisert sine eierandeler gjennom et aksjeselskap skal aksjeselskapet være bundet av avtalen, men retten mener at dette likevel ikke er avgjørende.

Høyesterett kommer til at Skiltmakerdommen ikke er en avgjørelse om hvem som kan kreve erstatning og kommer til at dommen ikke er avgjørende for vår sak. Det avgjørende er tapets art. Dreier det seg om tap av eierinntekt avledet av selskapets tap eller dreier det seg om et særskilt tap som er påført A uten at selskapet er skadelidt.

Førstvoterende legger til grunn at As krav ikke er basert på at selskapets overskudd ble redusert. Tilsvarende gjaldt As krav på erstatning for tap av utbytte fra hovedmannen, som var en del av den samlede godtgjørelsen til partneren. Jeg forstår det slik at det samme resonnement som førstvoterende har når det gjelder tapet av overskuddsandelen ville gjelde for tapet av utbyttet. Det heter bl.a.: "Selv om Transocean-saken hadde sitt utspring i selskapets klientforhold til EY, var det verdien av As innsats for EY som ble redusert. Hans innsats resulterte i redusert partnerinntekt for ham personlig, og fellesskapet unngikk derfor den økonomiske belastningen ved at A ikke fungerte optimalt." Det heter også: "Det er for øvrig heller ikke påvist at selskapet er påført et tap som følge av strafforfølgningen mot A." Disse momentene trekker i retning av at A kunne ha vunnet frem med kravet om erstatning også for tap av utbytte.

Imidlertid peker det forhold at erstatningskravet var basert på at A så seg tvunget til å avhende aksjene fordi han ellers ville ha fått et større utbytte enn han ville ha hatt krav på etter en samlet vurdering av arbeidsinnsatsen, i retning av at det dreier seg om et utbytte basert på eierandelen som ble betalt uavhengig av godtgjørelsen for arbeidsinnsatsen. Dermed mangler et av de kriteriene som Høyesterett legger vekt på når retten ga A medhold i kravet på erstatning for tapt overskuddsandel.

3 Hvordan bør man organisere virksomheten i et erstatningsrettslig perspektiv

Problemstillingen må vurderes på grunnlag av hvilken skade man står overfor. Det er i denne artikkelen nærliggende å ta utgangspunktet i at skaden, som i Transoceansaken og i Skiltmakerdommen, rammer en eier som også yter en betydelig arbeidsinnsats i virksomheten, på en slik måte at skadelidtes arbeidsevne faller bort eller reduseres.

Dersom skadelidte har tatt ut hele arbeidsgodtgjørelsen fra virksomheten som lønn vil

han som utgangspunkt ha krav på å få erstattet hele sitt tap, innenfor rammen av det som er påregnelig. Det er ingen tvil om at tapet av arbeidsgodtgjørelse i form av lønn er erstatningsrettslig vernet på arbeidstakerens hånd.

Dersom skadelidte har organisert virksomheten slik at han får betalt for arbeidsinnsatsen for selskapet i form av lønn og utbytte på aksjer eller en selskapsandel (eller avkastning på investert kapital i virksomheten), slik eieren/arbeidstakeren hadde gjort i både Skiltmaker og Transocean-tilfellene, slår Skiltmakerdommen fast at skadelidte må ta konsekvensene av organiseringen av virksomheten på denne måten og at det dreier seg om selskapets tap (verdiskapningen i selskapet er svekket som følge av skaden med den konsekvens at selskapets evne til å betale utbytte reduseres), som ikke er erstatningsrettslig vernet på eierens/selskapsdeltakerens hånd.

Arbeidstakeren/selskapsdeltakeren vil imidlertid kunne bli tilkjent erstatning for tapt overskuddsandel, så langt overskuddsandelen er en godtgjørelse for arbeidsinnsatsen og ikke en funksjon av en redusert verdiskapning i virksomheten, slik resultatet ble i Transoceansaken. Jeg mener likevel at det er grunn til å stille spørsmålsteget ved Høyesteretts vurdering av faktum som ligger til grunn for denne avgjørelsen, hvor retten ser ut til å forutsette at skadelidtes reduserte overskuddsandel betyr at selskapet ikke led et tap.

Høyesterett la i Skiltmakerdommen vekt på at det ikke var noen avtale mellom arbeidstakeren/eieren og selskapet med krav på utbytte og i Transoceansaken la Høyesterett vekt på at det var en avtale som ga rett til overskuddsandel (i tillegg til lønn). Man kan på denne bakgrunn tenke seg at det vil styrke eierens/arbeidstakerens krav dersom kravet på utbytte fra selskapet var kontraktsfestet. På den annen side er det grunn til å stille spørsmål ved om det ligger noen realitet i å sikre et utbytte gjennom en kontrakt, ut over det som allerede følger av relasjonen mellom selskapet og aksjonæren/selskapsdeltakeren, i hvert fall i tilfeller hvor aksjonæren/selskapsdeltakeren har bestemmende innflytelse over selskapet.

Det store spørsmålet er vel om aksjonæren/selskapsdeltakeren kan kreve en forholdsmessig andel av selskapets tap erstattet. I Skiltmakerdommen kom flertallet frem til at eieren/arbeidstakeren ikke kunne fremme det som ble ansett som selskapets tap. Det kunne heller ikke selskapet, fordi tapet var for fjernt. I Transoceansaken var det vel slik at selskapet ikke kunne påberope seg straffeprosessloven som erstatningsgrunnlag for selskapets tap. Hvis man

“Dette kan bety at spørsmålet, med noe støtte i juridisk teori, kan være prosedabelt, men man må altså nedkjempe flertallet i Skiltmakerdommen og overbevise om at det tok feil.”

likevel får ryddet til side slike problemstillinger som nevnt er det altså Skiltmakerdommen som tas til inntekt for det syn at aksjonæren ikke kan kreve dekket en forholdsmessig andel av aksjeselskapets tap. I juridisk teori er det tatt til orde for å sette til side flertallsvotumet i Skiltmaker (Hagstrøm/Stenvik), og jeg forstår Aarbakke m.fl. slik at man også på det hold mener at mindretallet i saken hadde rett (selv om Hagstrøm/Stenvik også peker på svakheter i mindretallets begrunnelse). Andenæs oppfatter jeg som åpen om hvilken løsning som er “riktig”. Dette kan bety at spørsmålet, med noe støtte i juridisk teori, kan være prosedabelt, men man må altså nedkjempe flertallet i Skiltmakerdommen og overbevise om at det tok feil. Også Høyesteretts dom i Bastesen-saken i 2012 tas til inntekt for at flertallets votum i Skiltmaker fortsatt gjelder.

Aksjonærene har med alminnelig flertall adgang til å fremme krav om erstat-

ning i selskapets navn og for selskapets regning iht. bestemmelsene om dette i aksjelovens. Så lenge minst 10 % av aksjonærene mobiliserer til støtte for et slikt krav vil man kunne fremme kravet, etter først å ha blitt nedstemt på generalforsamlingen. Men da er det altså selskapets krav det er aktuelt å kreve erstattet, ikke et krav begrenset til å gjelde aksjonærenes forholdsmessige tap av selskapets tap eller et særkrav for aksjonærene.

Gitt at det er usikkert om erstatningskravet er et særkrav for aksjonæren/selskapsdeltageren vil det antagelig være klokt å sikre seg så langt som mulig ved å fremme krav om erstatning både for selskapets tap i selskapets navn og for aksjonærens/selskapsdeltagerens tap.

Kontaktperson



Peter Simonsen
Partner | Oslo

+47 934 90 653
psi@svw.no