



Aksjelovenes § 3-8
- En spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel

av Jill Haugstvedt

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2010

INNHALDSFORTEGNELSE

1	<u>INNLEDNING</u>	4
1.1	OPPGAVENS TEMA	4
1.2	FORMUERETTLIGE RETTSKILDERS BETYDNING FOR SELSKAPSRETTLIGE PROBLEMSTILLINGER	6
1.3	DE LEGISLATIVE HENSYN BAK AKSJELOVENES § 3-8	7
1.4	RETTSKILDESITUASJONEN	8
1.5	AVGRENSNING OG VIDERE FREMSTILLING	9
2	<u>GENERALFORSAMLINGENS GODKJENNELSE</u>	10
2.1	KORT OM SAKSBEHANDLINGEN	10
2.2	ER GENERALFORSAMLINGENS GODKJENNELSE TILSTREKKELIG?	11
2.3	ADGANG TIL FORHÅNSGODKJENNELSE?	12
2.4	ADGANG TIL ETTERFØLGENDE GODKJENNELSE?	14
2.5	FORBEHOLD OM SENERE GODKJENNELSE	14
2.6	ADGANG TIL Å GI GODKJENNELSEN STILLTIENDE?	16
2.7	GJELDER EN TIDSBEGRENSNING FOR AVHOLDELSE AV GENERALFORSAMLING?	20
2.8	ANDRE BEGRENSNINGER I GODKJENNELSESADGANGEN?	23
2.9	MÅ ENDRINGSAVTALER GODKJENNES?	24
2.9.1	KAN ENDRINGSAVTALER LIKESTILLES MED DEN OPPRINNELIGE AVTALEN?	25
2.9.2	UNNTAKET FOR FORRETNINGSAVTALER	26
3	<u>FREMSETTELSE AV KRAV ETTER AKSJELOVENES § 3-8</u>	28
3.1	SELSKAPETS STYRE	28
3.2	KONKURSBOET	28
3.3	AKSJONÆRENE OG KREDITORENE	29
3.4	MEDKONTRAHENTEN	30
3.5	STYRETS PLIKTER NÅR SAKSBEHANDLINGEN ETTER AKSJELOVENES § 3-8 IKKE ER FULGT	31
3.5.1	GUNSTIG AVTALE	31
3.5.2	UGUNSTIG AVTALE	32
4	<u>TIDSRAMMER FOR PÅBEROPELSEN</u>	34
4.1	BAKGRUNN	34

4.2	ULOVFESTET REKLAMASJONSPLIKT	36
4.3	PASSIVITET	37
4.3.1	KONKRET HELHETSVURDERING	38
4.3.2	DEBITORS GODE TRO OG INNRETTELSE	38
4.3.3	KUNNSKAPSKRAV	39
4.3.3.1	Styrets kunnskap om ugyldighetskravet	39
4.3.3.2	Generalforsamlingens kunnskap om ugyldighetskravet	41
4.3.4	TIDSFORLØPET	42
4.3.5	KONKLUSJON	42
5	<u>RETTSVIRKNINGER VED BRUDD PÅ AKSJELOVENES § 3-8</u>	43
5.1	INNLEDNING	43
5.2	REPARERES BRUDD VED AKTSOM GOD TRO?	44
5.3	RETTSVILLFARELSE	45
5.4	RESTITUSJONSOPPGJØRET	46
5.4.1	UTGANGSPUNKTET ER NATURALRESTITUSJON	46
5.4.2	AVKASTNING	47
5.4.3	DERSOM NATURALRESTITUSJON IKKE ER MULIG	48
5.4.4	FØLGENE AV VERDIRESTITUSJON	49
5.4.5	GJENSTANDEN HAR ENDRET KARAKTER	51
5.5	KAN UGYLDIGHETSKRAVET OVERDRAS?	51
6	<u>BORTFALL AV ANSVAR ETTER AKSJELOVENES § 3-8</u>	53
6.1	FORELDELSE	54
6.2	FORHOLDET MELLOM FORELDELSE OG PASSIVITET	55
6.3	DET ULOVFESTEDE PRINSIPP OM PASSIVITET	56
6.4	ANDRE UNNTAK FRA RESTITUSJONSPLIKTEN?	59
7	<u>KONTRAKTSBRUDD OG ERSTATNING</u>	61
8	<u>AVSLUTNING</u>	63
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	64

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Selskaper inngår normalt avtaler som ledd i sin næringsvirksomhet på et marked hvor prisen på varer og tjenester som selskapet kjøper og selger, fastsettes på bakgrunn av tilbud og etterspørsel. De avtaler som inngås mellom et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap på den ene siden, og en aksjonær eller andre personer med nær tilknytning til selskapet på den andre siden, kan imidlertid være problematiske på grunn av nærheten mellom kontraktspartene. I slike tilfeller kan markedskreftene være tilsidesatt som følge av at avtalemotparten sitter på begge sider av bordet.

Som ledd i sin vanlige økonomiske drift, har selskaper riktignok et opplagt behov for å inngå forretningsavtaler også med slike personer. Slike avtaler kan imidlertid tenkes å representere et misbruk til skade for selskapets kreditorer eller aksjonærer, eller i alle fall gi mistanke om slikt misbruk.¹ Som en konsekvens av dette har lovgiver valgt å begrense styrets kompetanse ved visse typer avtaler der medkontrahenten er selskapets aksjonær, styremedlem, daglig leder, eller en person som loven likestiller med disse, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven² § 3-8.

Aksjelovenes § 3-8 krever at flertallet på generalforsamlingen i aksje- og allmennaksjeselskaper må godkjenne avtaler mellom selskapet og en aksjonær mv., hvor selskapets ytelse utgjør over ti (for allmennaksjeselskaper fem) prosent av aksjekapitalen.

Bestemmelsen skal i følge forarbeidene omfatte "alle slags aktører som er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets."³ Slike typer avtaler reiser særlige spørsmål, da avtalemotpartens nærhet til selskapet utgjør en "fare for at avtalen får et innhold som stemmer mer med aksjeeierens enn selskapets interesser."⁴ Dersom avtalemotparten tilhører en av de relevante persongrupper, spiller det ingen rolle for

¹ Tore Bråthen, "Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen", *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2007:3 s. 65-89 (s. 67-68).

² Der aksjeloven og allmennaksjeloven er identiske, brukes forkortelsen aksjelovene. Der lovene er forskjellige, brukes forkortelsene asl./asal.

³ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 42.

⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

anvendelsen av bestemmelsen om avtalen har sammenheng med medkontrahentens stilling i selskapet.⁵

En viktig begrensning i bestemmelsens anvendelsesområde er unntaket for forretningsavtaler som inngås "som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler," jf. aksjelovenes § 3-8 første ledd nr. 4. Videre omfattes ikke avtaler hvor et aksjeselskaps ytelse utgjør mindre enn 50 000 kroner, jf. asl. § 3-8 første ledd nr. 5. Bestemmelsen retter seg således mot avtaler som innholdsmessig ligger utenfor selskapets vanlige virksomhet eller som har et uvanlig innhold (pris/vilkår), og der selskapets vederlag utgjør et ikke ubetydelig beløp.

En avtale som omfattes av bestemmelsen, er "ikke bindende for selskapet uten at avtalen godkjennes av generalforsamlingen", jf aksjelovenes § 3-8 første ledd. Godkjennelse er således et gyldighetsvilkår, og medkontrahenten kan ikke kreve at avtalen skal oppfylles før godkjennelse foreligger. Hvis generalforsamlingen ikke godkjenner, og oppfyllelse allerede har skjedd, må ytelsene tilbakeføres, jf. § 3-8 tredje ledd.

Oppgavens tema er å belyse og gi rettslig avklaring av utvalgte problemstillinger som kan oppstå ved anvendelsen av den avtalerettslige gyldighetsregel i aksjelovenes § 3-8.

Bestemmelsen har generell anvendelse uavhengig av når avtalen er inngått,⁶ og gjør det mulig for et nytt styre, nye aksjonærer og selskapets konkursbo i ettertid å angripe avtaler som selskapet tidligere har inngått.⁷ Sannsynligvis påberopes § 3-8 oftere i perioder med turbulente økonomiske konjunkturer, og i nedgangstider hvor selskaper i økonomiske vanskeligheter ser etter mulige inntektskilder eller en utvei fra bindende avtaler.⁸ Aksjelovenes § 3-8 har således stor praktisk betydning for næringslivet,⁹ og det kan ha vidtrekkende konsekvenser dersom den ikke følges. Både styremedlemmer og advokater må derfor regelmessig ta stilling til om bestemmelsen kommer til anvendelse.

⁵ Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 3. utgave, Oslo 2008 s. 112.

⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

⁸ Thomas Abrahamsen og Sindre Aase, "Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004:3 s. 341-372 (s. 342).

⁹ Stig Berge og Lars Eirik Gåseide Røsås, *Avtaler med aksjeeiere og selskapets ledelse mv. - en praktisk fremstilling av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8*, Oslo 2009 s. 14-15.

Ettersom aksjelovenes § 3-8 krever samtykke fra generalforsamlingen, innebærer bestemmelsen et unntak fra de alminnelige regler om avtaleinngåelse på vegne av aksje- og allmennaksjeselskaper. Bestemmelsen beskrives derfor som en spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel, og er en saksbehandlingsregel om funksjonsfordelingen mellom selskapsorganene.¹⁰

Dette gir opphav til en rekke problemstillinger, bl.a. rundt generalforsamlingens godkjenning og styrets håndhevelse av bestemmelsen, samt spørsmål om hvordan restitusjonsoppgjøret nærmere skal foretas. Ugyldighet kan medføre svært uheldige konsekvenser for en medkontrahent som har innrettet seg på at en avtale er bindende. Et særlig spørsmål er derfor om selskapet i noen tilfeller bør anses bundet av avtalen, basert på reglene om godkjenning, passivitet og andre forhold. Her møtes selskapsrett og avtalerett, og avhandlingen vil illustrere en viss konflikt mellom selskapsrettslige og kontraktsrettslige hensyn.

1.2 Formuerettslige rettskilders betydning for selskapsrettslige problemstillinger

I utgangspunktet er det nær sammenheng mellom aksjeselskapsretten på den ene siden og obligasjonsretten og avtaleretten på den andre.¹¹ Aksjeselskaper ble på 1800 tallet stiftet med bakgrunn i avtalefriheten. Før Norge fikk sin første aksjelov i 1910, hadde rettsdannelsen for denne selskapstypen vokst frem i et samspill mellom praksis og alminnelig obligasjonsrett. I dag er aksjeselskapsretten imidlertid utførlig lovregulert, og har utviklet seg til et selvstendig forskningsområde til dels løsrevet fra formueretten.¹²

De obligasjonsrettslige grunnprinsipper spiller imidlertid fremdeles en sentral rolle for aksje- og allmennaksjeselskapene.¹³ I og med at slike selskaper er selvstendige juridiske personer som kan pådra seg rettigheter og plikter, oppstår en del av de samme rettsspørsmål som når personlige, fysiske rettssubjekter gjør dette. Dermed får mange

¹⁰ Bråthen (2007) s. 88.

¹¹ Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 3. utgave, Oslo 2010 s. 22.

¹² Mette Neville, "Selskapsretten tilbake til sine rødder?", i *Festskrift til Aage Michelsen*, København 2000 s. 35-59 (s. 35).

¹³ Johan Giertsen, "Aksjeselskapsretten som obligasjonsrettslig disiplin", *Nordisk Tidsskrift for Selskapsret*, 2003 s. 53-70 (s. 54).

av de alminnelige obligasjonsrettslige regler anvendelse ved fastsettelsen av selskapenes rettsforhold.

Alminnelig avtalerett er først og fremst utformet med sikte på topartsrelasjoner. Selskapsretten karakteriseres imidlertid av flerpartsrelasjoner, ettersom avtaler som et selskap inngår kan berøre interessene til langt flere fysiske og juridiske personer, enn subjektene som direkte er løftegiver og løftemottaker av en avtale. Sett fra en kontraktsrettlig synsvinkel særpreges selskapsretten derfor av fokuset på kreditorvern og andre tredjepartsinteresser, på bekostning av avtalepartene. Dette i motsetning til kontraktsretten, hvor tredjemannsvernet er relativt svakt utbygget.¹⁴

En konsekvens av dette er at selskapslovgivningens beskyttelsesregler, over tid, gradvis har blitt mer omfattende og detaljert, og den har fått karakter av misbrukslovgivning.¹⁵ Dette gjenspeiles bl.a. i aksjelovenes § 3-8 ved at det hersker grunnleggende beskyttelseshensyn på områder der bestemmelsen anvendes.

1.3 De legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8

I aksjeselskapsretten generelt er det særlig to overordnede hensyn som står sentralt; kreditorvern og aksjonærvern. Disse hensynene ligger også bak aksjelovenes § 3-8. Et viktig formål med bestemmelsen er i følge forarbeidene å "sikre åpenhet om kontrakter hvor det kan være grunn til å frykte at partene kan ha noe å skjule",¹⁶ som f.eks. misbruk av ledende posisjoner i selskapet.

Videre foreskrives det at hovedpoenget ikke er "å fastslå at disposisjonene nødvendigvis er ulovlige, men å få dem frem i lyset. Dette kan dessuten ha en preventiv betydning."¹⁷ Den nærmere begrunnelse for et særskilt krav om generalforsamlingens samtykke, er i lovprosessen antatt å være tredelt.¹⁸

¹⁴ Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, "Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten", i *Samfunn, rett og rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Spydeberg 1986 s. 86-122 (s. 111).

¹⁵ Neville s. 39.

¹⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹⁸ NOU 1992: 29 s. 80, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 170, NOU 1996: 3 s. 47-50 og s. 149, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 44-45.

Bestemmelsen skal for det første vanskeliggjøre omgåelser av reglene om tingsinnskudd ved stiftelse eller kapitalforhøyelse, gjennom forbud mot såkalt "etterstiftelse", ved at generalforsamlingen må samtykke til den aktuelle omgåelsesdisposisjon.

For det andre er bestemmelsen med på å sikre minoritetsaksjonærene ved å tilrettelegge for likebehandling. Gjennom samtykkekravet settes generalforsamlingen i stand til, rent praktisk, å ivareta en rolle som saksbehandlings- og kontrollorgan i relasjon til minoritetsaksjonærenes interesser, og den enkelte aksjonær vil på denne måten få kjennskap til og kunne ta standpunkt til avtalene. Aksjonærmajoriteten skal hindres i å misbruke sin innflytelse til å oppnå uakseptabelt gode avtaler med selskapet.

For det tredje sikres kreditorene mot at selskapskapitalen svekkes gjennom utilbørlige disposisjoner – i strid med armlengdeprinsippet¹⁹ – ved overføringer til en aksjonær, uten at de øvrige aksjonærer og omverdenen blir informert om dette. Ved at avtalen skal meldes til Foretaksregisteret, som skal kunngjøre den, kan kreditorene få kunnskap om hvilke bindinger selskapet har til enkeltaksjonærer, samt gi slike avtaler notoritet. Dette kan motvirke en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene.

1.4 Rettskildesituasjonen

Verken lovteksten eller forarbeidene gir sterke holdepunkter for tolkingen av aksjelovenes § 3-8. Problemstillingene som oppgaven omhandler, har videre ikke vært behandlet av Høyesterett, men det finnes noe relevant underrettspraksis. Behandlingen i juridisk teori gjelder i noen grad denne oppgavens tema.

Reglene i aksjelovenes § 3-8 erstatter den tidligere § 2-9 a, som ble tilføyd ved endringslov nr. 80/1995 (EØS-tilpasningen) av hensyn til EUs annet selskapsdirektiv artikkel 11. Bestemmelsens formål var å hindre at regler om tingsinnskudd ved stiftelse og kapitalforhøyelse ble omgått. Ettersom den norske bestemmelsen i dag går lenger

¹⁹ Når et aksjeselskap handler med en aksjonær, og det således foreligger et interessefellesskap mellom partene, forutsettes vilkår i transaksjoner partene imellom å skje på armlengdevilkår; de vilkår som ville blitt avtalt mellom uavhengige parter, jf. Filip Truyen, "Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper", *Jussens Venner*, 2004 s. 305-328 (s. 314).

enn å forby såkalt "etterstiftelse",²⁰ blir ikke EUs annet selskapsdirektiv artikkel 11 nærmere berørt.

Den norske selskapslovgivning er et resultat av nordisk samarbeid fra 1870-årene²¹, slik at nordisk juridisk litteratur normalt har betydning som rettskildefaktor, jf. f.eks. Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 43). Dansk og svensk litteratur, samt den danske aktieselskapslov § 6 c og den svenske aktiebolagslagen § 29 (som begge tilsvarer asal. § 3-8), vil derfor bli trukket inn der dansk og svensk rett kan gi bidrag til rettsanvendelsen.²²

Ved siden av rettskilder som direkte angår § 3-8, er alminnelig formuerettslig rettspraksis og litteratur også relevant å ta i betraktning ved rettsanvendelsen.

1.5 Avgrensning og videre fremstilling

Oppgaven begrenses til å behandle problemstillinger rundt styrets og generalforsamlingens saksbehandling når aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse på en relevant avtale, samt konsekvensene av brudd på bestemmelsen. Bestemmelsen reiser en rekke problemstillinger som derfor faller utenfor oppgavens tema. Av plasshensyn velger jeg ikke å gå nærmere inn på aksjelovenes § 3-8 tredje ledd annet punktum, sml. aksjelovenes § 3-7 annet ledd. Aksjelovenes § 3-9 om konserninterne transaksjoner faller også utenfor oppgavens ramme.

I den videre fremstillingen vil jeg i punkt 2 kort gjøre rede for saksbehandlingsreglene ved selskapets anvendelse av aksjelovenes § 3-8. Videre behandles en rekke problemstillinger rundt generalforsamlingens godkjenning. I oppgavens punkt 3 skal spørsmål om hvem som kan fremsette krav etter § 3-8 og styrets plikter ved påberopelsen av bestemmelsen behandles. Spørsmålet om det gjelder tidsrammer for styrets påberopelse av bestemmelsen drøftes i punkt 4.

²⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 44-45.

²¹ Bråthen (2008) s. 49.

²² Den danske aktieselskapsloven § 6 c ble nylig endret til selskapsloven § 42. Selskapsloven § 42 krever ikke lenger generalforsamlingsgodkjenning, og endrer således den tidligere rettstilstand. Kilder til aktieselskapsloven § 6 c berøres likevel i den grad regelen kan kaste lys over den norske situasjonen.

I punkt 5 gjennomgås konsekvensene av brudd på § 3-8, herunder hvordan restitusjonsoppgjøret nærmere skal foretas. Det kan imidlertid tenkes at selskapets tilbakeføringskrav anses bortfalt, og dette drøftes i punkt 6. Avslutningsvis behandles spørsmålet om et selskap eller noen som handler på vegne av selskapet kan holdes erstatningsansvarlig for medkontrahentens økonomiske tap som følge av selskapets brudd på § 3-8, jf. punkt 7.

2 GENERALFORSAMLINGENS GODKJENNELSE

2.1 Kort om saksbehandlingen

De to viktigste saksbehandlingsreglene fremgår direkte av aksjelovenes § 3-8: Styret skal utarbeide en redegjørelse som skal meldes til Foretaksregisteret, og generalforsamlingen skal godkjenne avtalen. I alminnelighet hører avtaler som omhandles i § 3-8 under styret eller daglig leder, jf. aksjelovenes §§ 6-30 og 6-32, men i § 3-8 blir beslutningsmyndigheten "delt mellom generalforsamlingen og styret."²³

Det er styrets ansvar å klarlegge om § 3-8 kommer til anvendelse og å påse at selskapet etterlever denne, jf. aksjelovenes § 6-12 første og tredje ledd. Er styret i tvil om § 3-8 kommer til anvendelse, bør dette oppklares ved iverksettelse av undersøkelser.²⁴ Styret må deretter sørge for at det utarbeides en redegjørelse etter reglene i aksjelovenes § 2-6, dvs. å gi en beskrivelse av avtalen, selskapets rolle i denne, avtalens ytelser samt verdsettelsen. Revisor må bekrefte avtalen. Avtalen med revisors bekreftelse skal så meldes til Foretaksregisteret.

Styret skal deretter innkalle generalforsamlingen med styrets redegjørelse som et vedlegg til innkallingen, jf. § 3-8 annet ledd tredje punktum. Innkallingen og redegjørelsen må inneholde tilstrekkelig informasjon til at generalforsamlingen kan gjøre seg opp en mening om avtalen bør godkjennes.²⁵

²³ NOU 1996: 3 s. 150.

²⁴ Berge s. 65.

²⁵ Berge s. 77.

Godkjennelse kan gis både av ordinær og ekstraordinær generalforsamling. Kravet om godkjennelse forutsetter at det avholdes generalforsamling i henhold til aksjelovens og vedtektenes vanlige regler. Vedtaket om å godkjenne avtalen treffes med alminnelig flertall, jf. aksjelovens § 5-17. Det skal deretter utarbeides en protokoll hvor det fremgår at avtalen er godkjent, jf. aksjelovens § 5-16.

2.2 Er generalforsamlingens godkjennelse tilstrekkelig?

Første spørsmål er om en avtale mellom et selskap og en aksjonær mv. er bindende så lenge generalforsamlingen har godkjent den, selv om det ikke er utarbeidet en redegjørelse i samsvar med reglene i aksjelovens § 2-6, jf. aksjelovens § 3-8 andre ledd.

Ordlyden i aksjelovens § 3-8 første ledd indikerer at generalforsamlingens godkjennelse er nødvendig og tilstrekkelig, men gir ikke klart svar på spørsmålet. Kravet om styredegjørelse i bestemmelsens andre ledd fremstår imidlertid som en saksbehandlingsregel snarere enn et materielt krav.²⁶

I henhold til forarbeidene²⁷ medfører overtredelse av kravet om redegjørelse ikke automatisk til ugyldighet. Krav om redegjørelse er således en saksbehandlingsregel. Spørsmålet er derfor om brudd på saksbehandlingsregelen har, eventuelt kunne ha hatt, innvirkning på generalforsamlingens beslutning.²⁸

Ifølge Abrahamsen og Aase²⁹ er generalforsamlingens godkjennelse i de fleste tilfeller ikke tilstrekkelig. Dette begrunnes med at lovens system bygger på at redegjørelsen skal være grunnlaget for generalforsamlingens beslutning. Det kan derfor vanskelig tenkes at feilen ikke får innvirkning på utfallet av stemmegivningen.

²⁶ Magnus Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 208.

²⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

²⁸ Jf. Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 46-47) om det såkalte kausalitetskravet.

²⁹ Abrahamsen s. 363-364.

Når generalforsamlingen allerede har godkjent avtalen uten at det forelå en redegjørelse, er det imidlertid ifølge Berge og Røsås³⁰ lite som tilsier at aksjonærene ville nektet godkjennelse dersom redegjørelsen *hadde* foreligget. Som den praktiske hovedregel er generalforsamlingens godkjennelse således tilstrekkelig for at bindende avtale foreligger.

Dersom redegjørelsen, om denne hadde foreligget, ville konkludert med at avtalen representerte en verdioverføring fra selskapet, foreligger det brudd på andre bestemmelser, bl.a. aksjelovens § 3-6. Avtalen er da uansett ugyldig, ettersom begrensningene som følger av utbyttereglene, fortsatt kommer til anvendelse på avtaler som er godkjent iht. § 3-8.³¹

Ytterligere vil et brudd på kravet om redegjørelse ikke uten videre medføre at kreditorenes posisjon forverres. En avtale kan være balansert selv om styret ikke har utarbeidet en redegjørelse som er bekreftet av revisor. Kreditorene vil være tilstrekkelig beskyttet av andre regler, ettersom avtaler som innebærer et skjult utbytte vil være i strid med aksjelovens § 3-6, og det skal foretas en tilbakeføring etter § 3-7. Etter min mening er generalforsamlingens godkjennelse tilstrekkelig, slik at brudd på § 3-8 andre ledd ikke i seg selv medfører at avtalen er ugyldig.

2.3 Adgang til forhåndsgodkjennelse?

Påberopelse av aksjelovens § 3-8 er særlig praktisk der selskapet har fått et nytt styre, for eksempel ved eierskifte. Skal selskapet selges, oppstår spørsmålet om det i salgavtalen kan tas med en klausul om at de nye eierne ikke skal kunne benytte seg av en slik adgang.³² En annen praktisk situasjon er at selskapet som vilkår for å inngå en endringsavtale, tar inn en klausul om at selskapet i ettertid ikke skal kunne påberope brudd på § 3-8. Andre eksempler er at bestemmelsen frafalles ved enstemmighet fra aksjeeierne, eller at selskapet uten forbehold oppfylder avtalen.

³⁰ Berge s. 83.

³¹ Aarbakke m.fl. s. 203.

³² Halvor E. Sigurdson, "Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende", i *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange: Årbok 2006* s. 117-128 (s. 128).

Spørsmålet er om selskapet har adgang til, ved uttrykkelig eller konkludent atferd, å forhåndsgodkjenne eller forhåndsfraskrive seg adgangen til å påberope aksjelovens § 3-8. Omformulert er spørsmålet om bestemmelsen er preseptorisk.

Verken aksjeloven eller allmennaksjeloven inneholder en generell bestemmelse om lovens fravikelighet. Svaret må derfor bero på en tolkning av den aktuelle bestemmelse. Bestemmelsens formål, herunder hvilke interesser den hovedsakelig skal ivareta, vil være sentralt ved denne tolkningen.³³

Regler som primært ivaretar aksjeeierinteressen, herunder minoritetsinteressen, kan fravikes ved enstemmighet fra samtlige aksjonærer.³⁴ Dette er en konsekvens av at "[a]ktieselskapets øiemed og interesse gaar ikke ut over, er ikke andet, end de enkelte i øieblikket eksisterende aksjonærers øiemed og fællesinteresser."³⁵

På den annen side vil brudd på regler som regulerer rettsforholdet utad, særlig forholdet til kreditorene, som hovedregel medføre ugyldighet og restitusjonsplikt. Slike regler er derfor absolutt preseptoriske.³⁶ Det ville stride mot aksjelovens sentrale formål om kapitalbeskyttelse, dersom aksjonærene ved konkludent atferd eller gjennom uttrykkelig avtale seg imellom kunne gi avkall til skade for kreditorene.

Som påpekt innledningsvis, skal aksjelovens § 3-8 ivareta så vel aksjonærinteressen som kreditorinteressen. Bestemmelsen kan derfor ikke fravikes i vedtektene, selv om samtlige aksjonærer skulle ønske det.³⁷

Dette tilsier at bestemmelsen er preseptorisk, slik at selskapets styre eller aksjonærer verken ved enstemmighet, konkludent atferd eller på annen måte har adgang til å forhåndsgodkjenne avtaler i samsvar med kravene oppstilt i aksjelovens § 3-8.

³³ Johan Giertsen, *Fusjon og fisjon*, Bergen 1999 s. 76.

³⁴ Giertsen *op.cit.* s. 76.

³⁵ Oscar Platou, *Forelæsninger over norsk selskapsret II. Om aktieselskaper, kommanditselskaper paa aktier og foreninger*, Oslo 1933 s. 31.

³⁶ Aarbakke m.fl. s. 415.

³⁷ Bråthen (2007) s. 66.

2.4 Adgang til etterfølgende godkjenning?

Dersom et selskap har inngått en avtale som omfattes av aksjelovens § 3-8, men av ulike grunner har unnlatt å fremlegge avtalen for generalforsamlingen for godkjenning, reiser det seg spørsmål om selskapet ved å fremlegge avtalen for generalforsamlingen i ettertid, kan reparere feilen.

Godkjenning av generalforsamlingen bør normalt skje før avtale inngås.³⁸ I bestemmelsens tredje ledd forutsettes det imidlertid at avtalen kan være oppfylt, og dette må formentlig bety at en avtale som dekkes av bestemmelsen, kan iverksettes av styret med forbehold om generalforsamlingens godkjenning. Lovens ordlyd utelukker således ikke at avtalen godkjennes i ettertid.

I henhold til Andenæs³⁹ kan slik etterfølgende reparasjon av saksbehandlingsfeil i forhold til forbudet mot ulovlige utdelinger i aksjelovens § 3-7 gjennomføres med fulle rettsvirkninger, slik at utdelinger ikke lenger kan angripes. Trolig gjelder det samme i prinsippet også for reparasjon av andre saksbehandlingsfeil, med den følge at etterfølgende reparasjon av manglende generalforsamlingsgodkjenning etter aksjelovens § 3-8 får som konsekvens at avtalen blir bindende for partene.⁴⁰

Dersom bestemmelsen hadde krevd at partene tilbakeførte ytelsene, innhentet godkjenning etter § 3-8 og deretter oppfylte avtalen på nytt, ville den vært tungvint å praktisere. Begge parter vil således være tjent med at ugyldighetsvirkningen unngås. Det må følgelig være rettmessig med etterfølgende godkjenning.

2.5 Forbehold om senere godkjenning

Spørsmålet er om styret må ta eksplisitt forbehold om godkjenning for å kunne *påberope brudd* på aksjelovens § 3-8 i ettertid. I formueretten kreves det normalt at forbehold må komme klart til uttrykk for å medføre rettsvirkninger,⁴¹ ettersom det ikke

³⁸ Aarbakke mfl. s. 204, Bråthen (2007) s. 86.

³⁹ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 452 og 325.

⁴⁰ Abrahamsen s. 371.

⁴¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke*, 3. opplag, Oslo 2004 s. 766.

er rimelig om en avtalepart skal kunne frigjøre seg fra et avtaleforhold av grunner avtalemotparten ikke har hatt noe kunnskap om. Et slikt krav kan dessuten skjerpe selskapenes saksbehandling ved avtaleinngåelser, som igjen kan begrense medkontrahentens økonomiske tap og andre urimelige konsekvenser av et eventuelt restitusjonsoppgjør. Dette taler for at § 3-8 ikke kan påberopes uten at det er tatt uttrykkelig forbehold.

I dansk teori uttaler Aagaard om den tidligere aktieselskabsloven § 6 c, at dersom det ikke ble tatt "forbehold i erhvervsavtalen om senere godkennelse af generalforsamlingen, bør aftalen være gyldig og dermed bindende for selskabet og den aktionær, der skal levere til selskabet."⁴² Det tidligere godkjennelseskravet i dansk rett var imidlertid ifølge Aagaard⁴³ alene en formell ordensforskrift, og ikke et gyldighetsvilkår.

Vilkåret om generalforsamlingsgodkjennelse i aksjelovens § 3-8 er på den annen side ikke et hvilket som helst vilkår gitt av den ene part i et vanlig avtaleforhold, men et lovfestet *gyldighetsvilkår*. At manglende godkjennelse medfører ugyldighet er i samsvar med det prinsipp som ellers gjelder i aksjelovgivningens ved overtredelse av ufravikelige regler om funksjonsfordelingen mellom selskapsorganene.⁴⁴ Det kan ha uheldige konsekvenser for selskapets kapitalgrunnlag, dets kreditorer og minoritetsaksjonærer dersom selskapet mister adgangen til å påberope bestemmelsen.

En § 3-8-avtale som iverksettes før godkjennelse, må derfor anses for å være inngått med forbehold om godkjennelse, uavhengig av om forbeholdet er gitt uttrykkelig. Generalforsamlingen kan derfor i ettertid underkjenne avtalen, selv om avtaleforholdet er oppgjort og avvirket.⁴⁵

Av hensyn til medkontrahenten bør selskapet likevel informere om at avtalen ikke er bindende for selskapet før godkjennelse foreligger. Dette vil gi medkontrahenten et

⁴² Jess Aagaard, "Aktionærleverancer iht. aktieselskabslovens § 6 c", *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1997 B s. 18-20 (s. 20).

⁴³ Aagaard *op.cit.* s. 19-20.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

⁴⁵ Sigurdsen s. 127. Se likevel punkt 4 nedenfor.

varsel om at han ikke bør innrette seg på at avtalen og oppgjøret av denne er endelig, og kan forhindre et mulig erstatningsansvar for den som har inngått avtalen på selskapets vegne, se punkt 7 nedenfor.

2.6 Adgang til å gi godkjenningen stilltiende?

Lovgiver har gjennom aksjelovenes § 3-8 første ledd angitt hvilket disposisjonskriterium som gjelder ved avtaleslutning; avtalen må "godkjennes av generalforsamlingen". Et spørsmål er hva som skal til for at godkjenning må anses som gitt. Godkjenning foreligger utvilsomt når det er avholdt generalforsamling og denne iht. vanlige saksbehandlingsregler uttrykkelig har vedtatt å godkjenne avtalen.

Spørsmålet er om aksjelovenes § 3-8 krever at godkjenningen må være uttrykkelig, eller om den kan være stilltiende. En stilltiende godkjenning kan f.eks. tenkes hvor styret gjennom konkludent handling eller unnlatelse gir medkontrahenten berettigede forventninger om at godkjenning foreligger.

I avtaleretten kan en parts handlemåte være et relevant disposisjonskriterium. Det at handlinger kan skape løftevirkninger, utledes av formfriehtsprinsippet. Videre er det sentralt om den som mener å ha ervervet en rett eller rettighet, kan sies å ha hatt berettigede forventninger om å bli tilordnet rettigheten eller rettsposisjonen, jf. det avtalerettslige forventningsprinsipp.⁴⁶ Ved spørsmål om avtaleinngåelse er det avgjørende hva løftemottakeren med rimelighet kan legge i det løftegiveren skrev, sa, gjorde eller unnlot å gjøre.⁴⁷

Ved å se problemet i lys av en kontraktsrettslig tillitsteori, blir spørsmålet således om selskapet ved handling eller unnlatelse kan anses for stilltiende å ha godtatt avtalen, dvs. at godkjenning må anses som gitt selv om det ikke foreligger noen redegjørelse eller generalforsamlingsprotokoll.

⁴⁶ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7. utgave, Oslo 2009 s. 32 og 115.

⁴⁷ Woxholth *op.cit.* s. 36.

Spørsmål om stilltiende godkjenning må bero på en tolkning og bevisbyrderegler. Fordi en godkjenning vil berøve selskapet en beskyttelse som rettsordenen ut fra mer overordnede hensyn har valgt å gi det, må det gjelde visse krav til klarhet for at en disposisjon kan anses som en godkjenning, både mht. form og innhold. Det kan være problematisk å tillegge en stilltiende godkjenning rettsvirkninger, siden det vanskelig kan sies med sikkerhet at selskapet har ment å gi avkall på den beskyttelse ugyldighetsregelen gir. Selskapet bør ikke gjennom en handling eller unnlattelse kunne miste en rett det ikke visste det hadde. Formålet med § 3-8 er nettopp å sørge for slik kunnskap.

Det må således la seg godtgjøre at selskapet har gitt samtykke til avtalen. Stilltiende godkjenning kan som hovedregel derfor bare være aktuelt der selskapet – ved utøvelse av en handling eller unnlattelse som gir medkontrahenten berettigede forventninger om at godkjenning er gitt – har *kunnskap* om at aksjelovens § 3-8 kommer til anvendelse på en relevant avtale.⁴⁸

En mulighet er at stilltiende godkjenning foreligger dersom styret med slik kunnskap enten selv oppfylder avtalen eller krever oppfyllelse fra medkontrahenten.⁴⁹ Slike handlinger viser at styret ikke har noen innsigelser mot avtalen, samtidig som det gir medkontrahenten berettigede forventninger om at § 3-8 ikke vil bli påberopt.

En annen mulighet er å betrakte styrets unnlattelse av å handle som en godkjenning. Ettersom passivitet kan stifte rettigheter og plikter, blir spørsmålet om passiviteten med rimelighet kan oppfattes som en godkjenning av avtalen.⁵⁰ Dette kan f.eks. være tilfellet hvor selskapet har forholdt seg passiv overfor medkontrahentens forespørsel om muligheten for at avtalen faller under § 3-8, jf. Rt. 2001 s. 1288. Saken gjaldt spørsmål om bindende avtale var inngått. Høyesterett kom til at selskapet ved passivitet hadde opptrådt slik at avtalemotparten hadde rimelig grunn til å tro at han hadde fått oppdraget.

⁴⁸ Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Oslo 2009 s. 290.

⁴⁹ Hauge s. 310.

⁵⁰ Woxholth (2009) s. 117. Se også punkt 4.3 nedenfor.

Ettersom aksjelovenes § 3-8 krever at generalforsamlingen må godkjenne avtalen, kan styrets handlemåte neppe betraktes som en stilltiende godkjennelse hvis ikke generalforsamlingen har kunnskap om avtalen. Det kan imidlertid være vanskelig å påvise slik kunnskap hos generalforsamlingen. Når selskapet inngår avtaler, skjer det normalt gjennom styret eller daglig leder. Generalforsamlingen har vanligvis lite med selskapets daglige drift å gjøre, og reglene om generalforsamlingen er i utgangspunktet svært formelle.

Spørsmålet er således hva som nærmere må til for at generalforsamlingen kan anses for å ha hatt kunnskap om en avtale, uten eksplisitt å ha godkjent den på ordinær eller ekstraordinær generalforsamling. Dersom generalforsamlingen i kraft av å være øverste myndighet i selskapet (jf. aksjelovenes § 5-1) har instruert styret om å inngå avtalen, kan det argumenteres for at generalforsamlingen har kunnskap om avtalen. Det samme kan tenkes der flertallet på generalforsamlingen har en aktiv rolle i selskapets daglige drift. Hvis det kan sannsynliggjøres at slik kunnskap foreligger, kan flertallet på generalforsamlingen anses for å ha gitt et uformelt stilltiende samtykke.⁵¹

Spørsmålet er imidlertid om det for stilltiende godkjennelse er tilstrekkelig at flertallet på generalforsamlingen er kjent med avtalens eksistens, eller om generalforsamlingen må ha kunnskap om avtalens nærmere innhold.

I LB-2009-68016 fikk et selskap medhold i sitt krav om tilbakebetaling av lønn i forbindelse med en ansettelsesavtale, idet utbetalingen hadde skjedd i strid med asl. § 3-8. Lagmannsretten kom til at styret og aksjonærene var kjent med ansettelsen, og ble gjennom regnskapet og årsberetningen kjent med avlønningen. Dette var likevel ikke tilstrekkelig for å kunne si at avlønningen var godkjent av generalforsamlingen. Det avgjørende var at ansettelsesavtalen ikke ble presentert på generalforsamlingen.

I Rt. 2000 s. 610 (Oslobanken) kom Høyesterett imidlertid til motsatt resultat. Saken gjaldt spørsmål om en forretningsbank under avvikling var bundet av en

⁵¹ Eksempelet er hentet fra TOSLO-2008-43478, hvor dommeren i et obiter dictum stilte spørsmål om stilltiende samtykke var gitt. Dommen behandler ikke spørsmålet nærmere, idet unntaket i asl. § 3-8 første ledd nr. 4 kom til anvendelse.

pensjonsklausul i en fratredelsesavtale, som ble inngått ved administrerende direktørs fratreden fra sin stilling i banken. Banken hevdet seg ubundet på grunnlag av bl.a. kompetansemangel, idet pensjonsklausulen ikke var godkjent av bankens kompetente organ; fellesmøtet.

Direktørens fratredelsesavtale ble behandlet i fellesmøtet mellom bankens representantskap og styret. Partene fikk her opplyst at fratredelsesavtalen var inngått, men ikke alle deltakerne fikk opplysninger om avtalens nærmere innhold – herunder bankens pensjonsforpliktelse. Høyesterett kom likevel til at fratredelsesavtalen i sin helhet var bindende for banken på grunn av etterfølgende forhold. Ettersom det kompetente organ hadde behandlet fratredelsesavtalen, og dermed hadde kunnskap om pensjonsklausulens eksistens, måtte det ha ”foranledning til å innhente nærmere opplysninger om innholdet i avtalen og til å få seg forelagt avtalen.”⁵² Slik foranledning hadde for øvrig bankens organer også pga. at det i de senere årsregnskapene var inntatt en note om bankens pensjonsforpliktelser overfor direktøren. Årsregnskapene hadde klarligvis vært årlige saker for styret og representantskapet.

Det er således tenkelig at det for stilltiende godkjennelse etter aksjelovens § 3-8 er tilstrekkelig at det kompetente organ; flertallet på generalforsamlingen, er kjent med avtalens eksistens, dersom de etterfølgende omstendighetene taler for at forholdet skulle ha blitt undersøkt nærmere. Denne løsningen kan først og fremst legges til grunn hvis en relevant avtale har fremgått av årsregnskapet. Etter asl. § 5-5 andre ledd nr. 1/asal. § 5-6 andre ledd nr. 1 skal selskapets ordinære generalforsamling behandle og avgjøre sak om godkjennelse av årsregnskapet. Generalforsamlingen kan i slike tilfeller ha hatt foranledning til å få innhentet nærmere opplysninger om innholdet i avtalen og til å få seg forelagt denne.

Der styret består av de samme parter som er representert i generalforsamlingen, kan generalforsamlingen likevel anses for å ha gitt en implisitt godkjennelse. Dette er særlig nærliggende hvor selskapet har én aksjonær og denne personen også utgjør selskapets enestyre.⁵³

⁵² Rt. 2000 s. 610 (s. 617).

⁵³ Berge s. 78 og 90.

Dersom selskapets styre har foretatt en handling eller unnlattelse som med rimelighet kan oppfattes som en godkjenning, samt at generalforsamlingen har hatt kunnskap om avtalens eksistens uten å ha undersøkt forholdene nærmere, kan det etter min mening foreligge en stilltiende godkjenning i samsvar med kravet i aksjelovenes § 3-8.

2.7 Gjelder en tidsbegrensning for avholdelse av generalforsamling?

Spørsmålet er om det etter aksjelovenes § 3-8 gjelder noen tidsrammer for styrets fremleggelse av en avtale, herunder for generalforsamlingens behandling av denne. Lovteksten, forarbeidene og rettspraksis gir ingen veiledning. Dette til forskjell fra stiftelses- og kapitalforhøyelsessituasjoner, hvorav en "automatisk" frist kan utledes av at stiftelsen eller kapitalforhøyelsen ikke blir registrert før stiftelsesdokumentet er innsendt til Foretaksregisteret, jf. aksjelovenes § 2-18.

Om godkjenningen kan utstå til førstkommende ordinære generalforsamling eller om styret må innkalle til ekstraordinær generalforsamling for å behandle avtalen, henger for det første sammen med hvor lang tid styret trenger for å utarbeide en redegjørelse som tilfredsstillende kravene i § 2-6, jf. aksjelovenes § 3-8 annet ledd. For at § 3-8 annet ledd skal ha noen mening, må styret få tid på seg til å utarbeide en redegjørelse slik at generalforsamlingens beslutningsgrunnlag er tilstrekkelig.

For det andre må det tas hensyn til medkontrahenten, herunder muligheten for at avtalen – kanskje lenge etter avtaleinngåelsen – ikke godkjennes av generalforsamlingen. Ettersom aksjelovenes § 3-8 er en gyldighetsregel, må en etterfølgende *godkjenning* kunne reparere en ugyldig avtale, jf. punkt 2.4 foran. En tidsfrist i denne situasjon hadde medført at ugyldighet inntrådte mot partenes vilje. Formålet med § 3-8 vil uansett oppfylles ved at avtalen kommer frem "i lyset". I denne relasjon må det således være uten betydning når godkjenning gis.⁵⁴

Der styret fremlegger avtalen for generalforsamlingen i ettertid, og generalforsamlingen underkjenner avtalen, kan forholdene imidlertid stille seg annerledes. Spørsmålet er om det gjelder en tidsfrist for når selskapet kan *påberope brudd* på aksjelovenes § 3-8.

⁵⁴ Bråthen (2007) s. 86.

I henhold til teorien⁵⁵ kan forholdene tilsi at avtalen i slike tilfeller bør fremlegges for generalforsamlingen "snaest mulig" ved å innkalle til ekstraordinær generalforsamling. I dansk teori understreker Gomard at aktieselskabsloven § 6 c ikke "indeholder ... [noen] bestemt tidsfrist, men forelæggelsen bør ske inden en rimelig tid."⁵⁶ Werlauff uttaler at det om nødvendig må avholdes ekstraordinær generalforsamling, men at noen bestemt frist "herfor kan ikke oppstilles."⁵⁷ I henhold til Aagaard må styrets redegjørelse "udarbejdes snaest muligt", men den konkrete situasjonen må være avgjørende for om det er mest korrekt å innkalle til ekstraordinær generalforsamling eller om fremleggelsen kan avvendes til den ordinære generalforsamlingen.⁵⁸

Siden det som nevnt er styrets ansvar å påse at selskapet etterlever bestemmelsen, bør det etableres rutiner som sikrer at forholdet til § 3-8 blir vurdert.⁵⁹ Dette taler for at det gjelder en tidsfrist, ettersom begge forhold ivaretar de samme hensyn.

For det første øker sjansen for at det på et tidligere tidspunkt avklares om § 3-8 kommer til anvendelse, som igjen sikrer at saksbehandlingsreglene i henhold til bestemmelsen følges. Dette vil være i både medkontrahentens og selskapets interesse.

Det å knytte aksjelovenes § 3-8 til en tidsfrist kan til en viss grad forhindre at bestemmelsen får en arbitrær karakter.⁶⁰ Statuering av ugyldighet lenge etter at en avtale er inngått og gjennomført, er en inngrepene sanksjon for medkontrahenten som kan ha innrettet seg på at avtalen er endelig. Et formelt krav til når avtalen må fremlegges, kan derfor gi mer forutberegnelighet for medkontrahenten som har behov for å vite at styret faktisk fremlegger avtalen i tiden etter avtaleinngåelsen. Manglende godkjenning medfører som nevnt en risiko for at selskapet senere kan hevde at avtalen ikke er gyldig.⁶¹ Dessuten kan medkontrahentens eventuelle økonomiske tap ved et

⁵⁵ Bråthen (2007) s. 86.

⁵⁶ Bernhard Gomard, *Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 5. utgave, København 2006 s. 132.

⁵⁷ Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, 3. utgave, København 2008 s. 84.

⁵⁸ Aagaard s. 19.

⁵⁹ Berge s. 65.

⁶⁰ Gomard s. 132.

⁶¹ Den svenske aktiebolagslagen § 29 har følgelig en seksmånedersfrist for generalforsamlingens godkjenning, se Erik Nerep & Per Samuelsson, *Aktiebolagslagen: en lagkommentar del I*, 2. utgave, Stockholm 2009 s. 159.

restitusjonsoppgjør begrenses når det stilles krav om at saksbehandlingen må skje før det har gått for lang tid.

Ved raskt å bringe på det rene om § 3-8 kommer til anvendelse unngår selskapet de mulige negative konsekvenser av et restitusjonsoppgjør, for eksempel erstatningsansvar overfor medkontrahenten eller andre tvister rundt avtaleforholdet knyttet til den selskapsrettslige særreguleringen. Er avtalen svært gunstig, kan selskapet dessuten tape på å restituere ytelsene det har mottatt. Videre hindres selskapet i å misbruke bestemmelsen. Selskapet får ikke mulighet til å "sitte på gjerdet" og avvente situasjonen, for å se om avtalen viser seg å være gunstig.

På den annen side kan en tidsfrist gi rom for omgåelser ved at styret unnlater å fremlegge avtalen innen fristen nettopp for å hindre at avtalen blir ugyldig. Dette kan f.eks. tenkes hvor det er inngått en gunstig avtale med medkontrahenten på bekostning av aksjonærene. Et slikt forhold fanges imidlertid opp av aksjelovenes § 6-28 om misbruk av ledende posisjoner i selskapet, og bør etter min mening ikke være til hinder for en tidsfrist.

På bakgrunn av det ovennevnte må styrets fremleggelse av avtalen, herunder generalforsamlingens behandling av denne, etter forholdene skje "snarest mulig" eller "innen rimelig tid". En domstol vil således kunne kreve at styret innen et rimelig tidsrom innkaller til ekstraordinær generalforsamling for behandling av en relevant avtale.⁶² Det avgjørende er at teorien oppstiller et slikt krav om generalforsamlingsbehandling, av hensyn til medkontrahenten, slik at selskapets spekulasjonsmuligheter avskjæres.

Skulle styret ikke overholde fristen, kan det pådra seg erstatningsansvar for medkontrahentens økonomiske tap, se punkt 7. Videre kan det tenkes at den ugyldige avtalen likevel blir bindende som følge av passivitetsbetraktninger, jf. punkt 4.3 nedenfor.

⁶² Abrahamsen s. 361.

2.8 Andre begrensninger i godkjennelsesadgangen?

Som utgangspunkt kan en avtalepart gi avkall på å påberope ugyldighet ved å godkjenne en avtale. En ensidig godkjennelsesadgang kan imidlertid være urimelig i forhold til en medkontrahent. Det gjelder derfor enkelte begrensninger i løftegivers godkjennelsesadgang, i form av et avtalerettslig ulovfestet prinsipp om at en medkontrahent i god tro kan motsette seg løftegiverens ensidige godkjennelse av en ugyldig avtale som ikke er oppfylt, jf. vgml. § 36 analogisk anvendt.⁶³

Spørsmålet er om det ulovfestede prinsippet får anvendelse på området for aksjelovens § 3-8, slik at medkontrahenten kan motsette seg generalforsamlingens godkjennelse. Ettersom avtalen ikke kan være oppfylt, vil anvendelse av prinsippet bare ha praktisk betydning der det går noe tid mellom signering og oppfyllelse.

Aksjelovens § 3-8 forutsetter at generalforsamlingen normalt kan godkjenne en relevant avtale. Hensynet til medkontrahenten kan imidlertid tilsi en annen løsning. En etterfølgende godkjennelse kan for det første innskrenke medkontrahentens disposisjonsfrihet dersom denne har innrettet seg på at avtalen er ugyldig. Videre kan selskapets ensidige godkjennelsesadgang åpne for spekulasjon, ved at generalforsamlingen i ettertid velger å godkjenne de avtaler som har vist seg å være fordelaktige, men påberoper ugyldighet i forhold til avtaler som måtte være ufordelaktige.⁶⁴

Det er således ikke uproblematisk med en ubetinget godkjennelsesadgang for selskapet. En medkontrahent vil likevel normalt basere seg på at det er inngått en bindende avtale, og må derfor akseptere at noen avtaler er gunstige mens andre er ugunstige. Problemet er der det foreligger flere, integrerte avtaler med samme medkontrahent. Det avtalerettslige prinsipp bygger på at det ikke kan forventes at en medkontrahent som verken kjente eller burde kjenne til ugyldigheten da avtalene ble inngått, skal kunne utsettes for en slik spekulasjonsadgang.

⁶³ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave, Oslo 2002 s. 320-321, Woxholth (2009) s. 393.

⁶⁴ Woxholth (2009) s. 389.

Et motargument mot å gi prinsippet anvendelse er at det vil gripe inn i et område som dekkes av en preseptorisk lovregel, jf. punkt 2.3 foran, og at prinsippet derfor kan innebære en innskrenkende fortolkning av § 3-8. Hensynet til forutberegnelighet tilsier overholdelse av den positive regel, og § 3-8 forutsetter som nevnt at generalforsamlingen kan godkjenne en ugyldig avtale.

Ettersom prinsippet stammer fra en analogi av vgml. § 36, bør § 3-8 imidlertid kunne tolkes innskrenkende. Bestemmelsene har flere likhetstrekk, idet begge regulerer et avtaleforhold mellom en medkontrahent og en ikke-kompetent motpart, hvorav den ugyldige avtale kan repareres av en som er kompetent til dette. De hensyn som bærer prinsippet, vil derfor også – og kanskje særlig – slå til overfor en medkontrahent i et avtaleforhold med et selskap. Et legislativt motargument mot vergemålslovens løsning er likevel at en absolutt adgang for medkontrahenten til å gå fra en avtale, kan åpne for spekulasjon fra dennes side.⁶⁵

Etter min mening kan en medkontrahent i god tro erklære seg ubundet av en ikke oppfylt avtale som mangler generalforsamlingsgodkjenning. Å gi prinsippet anvendelse griper ikke inn i de hensyn aksjelovens § 3-8 skal ivareta, idet selskapets aksjonærer og kreditorer bare har behov for vern hvor en avtale faktisk gjennomføres. Når selskapets rettmessige godkjenning foreligger, må medkontrahentens selvstendige adgang til å gå fra avtalen imidlertid avskjæres, ettersom selskapets videre spekulasjon avbrytes ved godkjenningen.

2.9 Må endringsavtaler godkjennes?

I langsiktige kontraktsforhold er det ikke uvanlig at avtaler endres som følge av behov for detaljregulering eller fordi forholdene har utviklet seg annerledes enn partene forutså ved avtaleinngåelsen. Dersom en avtale som omfattes av aksjelovens § 3-8 og som er godkjent av generalforsamlingen, senere endres, oppstår spørsmålet om ny godkjenning er nødvendig.

⁶⁵ Hauge s. 314.

Utgangspunktet etter aksjelovenes § 3-8 er at "en avtale" som ikke godkjennes, ikke er bindende for selskapet. Problemet er om ordlyden skal tolkes slik at enhver avtale, uavhengig av tidligere avtaler, skal godkjennes.

2.9.1 Kan endringsavtaler likestilles med den opprinnelige avtalen?

Det kan tenkes at generalforsamlingens godkjennelse av den opprinnelige avtale er tilstrekkelig, dersom endringsavtalen i relasjon til aksjelovenes § 3-8 anses som en fortsettelse av den opprinnelige avtalen. I slike tilfeller vil det ikke være behov for den beskyttelse behandlingen i generalforsamlingen skal gi.

Formålet med fremleggelse og godkjennelse av § 3-8-avtaler kan tale for at endringsavtaler i visse tilfeller må kunne likestilles med den opprinnelig inngåtte avtale. Hovedpoenget med § 3-8 er ikke å fastslå at avtalen nødvendigvis er ulovlig, men å sikre åpenhet om avtalen for selskapets aksjonærer og kreditorer. Når en liknende avtale allerede er godkjent, kan det tilsi at ny godkjennelse ikke er nødvendig, idet de hensyn og interesser som begrunner § 3-8, allerede er tilstrekkelig ivaretatt ved den første godkjennelsen.

Ved vurderingen av om endringsavtalen må anses som en fortsettelse av den opprinnelige avtalen, må avtalens innhold være det sentrale.⁶⁶ Endringene må ikke gå på bekostning av de interessene som aksjelovenes § 3-8 skal ivareta.

Gjennom endringene må selskapet for det første ikke påføres nye forpliktelser med verdi på over ti (fem) prosent av aksjekapitalen.⁶⁷ Endringsavtalen kan videre ikke inneholde større og grunnleggende forandringer, men må samsvare med den opprinnelige avtalens vilkår og virkninger, varighet, prisstruktur o.l. Dersom avtalens hovedtema fortsatt er det samme, slik at kjernen i den opprinnelige avtalen er videreført, bør godkjennelsen av den opprinnelige avtalen etter min mening være tilstrekkelig.

⁶⁶ Bråthen (2007) s. 77.

⁶⁷ Sigurdson s. 121, Bråthen (2007) s. 77.

Styret må foreta en utfyllende tolkning ved denne vurderingen. Momenter av betydning for om endringsavtalen skiller seg fra den opprinnelige avtalen på vesentlige punkter, er – ved siden av avtalenes innhold – bl.a. partenes praksis i henhold til den opprinnelige avtalen, forhandlingene frem mot endringsavtalen, samt partenes forutsetninger.

Endringsavtaler må imidlertid ikke brukes for å omgå aksjelovenes § 3-8. En forutsetning er således at selskapets formål med endringsavtalen ikke er å forandre hovedinnholdet i avtaleforholdet med medkontrahenten. Endringen må være et resultat av behov for mer detaljert regulering eller en følge av endrede markedsforhold.

Det er også relevant hvilken type avtale endringen resulterer i. Ved f.eks. forliksavtaler vil avtalepartene prøve å rydde opp i det opprinnelige avtaleforhold. Om denne må godkjennes av generalforsamlingen, vil som utgangspunkt også bero på om forliket innebærer så vesentlige endringer i avtaleforholdet at det er behov for beskyttelse av aksjonærene og kreditorene. En forliksavtale er imidlertid av en litt annen karakter enn andre endringsavtaler, som gjerne inneholder kompromisser for å fortsette avtaleforholdet, noe som kanskje er den eneste muligheten for videre samarbeid. Kompromisser som innebærer enighet bygd på mellomstandpunkt, bør styret etter min mening fremlegge for generalforsamlingen.

2.9.2 Unntaket for forretningsavtaler

Dersom generalforsamlingsgodkjennelse av den opprinnelige avtalen ikke er tilstrekkelig, er et annet spørsmål om endringsavtalen omfattes av unntaket for avtaler ”som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, jf. aksjelovenes § 3-8 første ledd nr. 4. Spørsmålet er ikke direkte berørt i rettspraksis eller juridisk litteratur, men forarbeidene gir visse retningslinjer.

Ifølge forarbeidene skal unntaksbestemmelsen omfatte vanlige avtaler som selskapet har behov for å inngå som ledd i utøvelsen av sin virksomhet.⁶⁸ Avtalens innhold må sammenliknes med hva som er vanlig praksis i næringslivet, eventuelt med rent

⁶⁸ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

markedsmessig fastsatte prisforhold. Det kan argumenteres for at vilkåret om at avtalen må ligge innenfor selskapets "vanlige virksomhet" bør tolkes vidt av hensyn til effektiv næringsutvikling. Videre ligger det en begrensning i at avtalen må være inngått "på vanlige vilkår". Endringen må derfor fremstå som naturlig for den type virksomhet det er snakk om.

Det må foretas en helhetsvurdering av om avtalen fremstår som "forretningsmessig begrunnet".⁶⁹ Avtalen må være egnet til å gi selskapet økonomisk vinning eller beskytte det mot tap.⁷⁰ Jo større økonomisk fordel endringsavtalen vil ha for selskapet, desto større grunn er det til å anta at den ligger innenfor unntaket. Situasjonen må også være at selskapet ville ha foretatt disposisjonen uten hensyn til aksjonærforholdet, jf. LA-2006-38534.

Det har videre betydning om endringsavtalen er inngått for å hensynta endrede forhold og andre behov som oppstår i forbindelse med gjennomføringen av avtaleforholdet. Tilpasning til endrede forhold kan være en forretningsmessig relevant begrunnelse, særlig om endringen innebærer en økonomisk vinning for selskapet.

Formålet med unntaksbestemmelsen er å fange opp avtaler som fremstår som ordinære og uproblematisk, der hensynene bak bestemmelsen i mindre grad slår til.⁷¹ Ved den konkrete vurderingen av om unntaket kommer til anvendelse, er således formålet med hovedregelen om behandling i selskapets generalforsamling av interesse.⁷² Der endringen ikke skjer til skade for selskapets aksjonærer og kreditorer, kan det tenkes at endringsavtalen omfattes av unntaket.

Videre har endringsavtalens innhold betydning. Dersom endringsavtalen på vesentlige punkter samsvarer med den opprinnelige avtalen, jf. punkt 2.9.1 foran, kan det hevdes at ny godkjenning av generalforsamlingen ikke er påkrevet, ettersom de hensyn som aksjelovenes § 3-8 skal beskytte er tilstrekkelig ivaretatt ved den første godkjenningen.

⁶⁹ NOU 1992: 29 s. 81.

⁷⁰ Bråthen (2007) s. 84.

⁷¹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

⁷² LA-2006-38534.

3 FREMSETTELSE AV KRAV ETTER AKSJELOVENES § 3-8

3.1 Selskapets styre

Spørsmålet om hvem som kan påberope brudd på aksjelovenes § 3-8 og kreve restitusjon, er ikke direkte regulert i bestemmelsen. Det er imidlertid klart at selskapet selv kan gjøre dette.⁷³ Det er som hovedregel styret som har kompetanse til å fremsette krav, ettersom styret er ansvarlig for forvaltningen av selskapet, jf. aksjelovenes § 6-12 første ledd.⁷⁴ Bestemmelsen forutsetter imidlertid at generalforsamlingen ikke har gitt instruksjoner om at selskapet skal avstå fra å fremme krav, jf. aksjelovenes § 5-1.

3.2 Konkursboet

Der selskapet er gått konkurs, kan konkursboet ha interesse av å kunne hevde at selskapets avtaler er ugyldige.⁷⁵ Ut fra det alminnelige prinsipp om at konkursboet fullt og helt trer inn i skyldnerens rettslige posisjon, vil et konkursbo som utgangspunkt ha samme adgang til å gjøre gjeldende en ugyldighetsgrunn som konkursdebitor (selskapet) selv ville hatt.⁷⁶ Konkursboet vil for øvrig også ha samme adgang som konkursdebitor til uttrykkelig å godkjenne en ugyldig avtale.⁷⁷

Ut fra dette blir aksjelovenes § 3-8 således en slags omstøtelsesregel. Går selskapet konkurs, og selskapets konkursbo deretter påberoper § 3-8 som ugyldighetsgrunn, kan det imidlertid ha uheldige konsekvenser for medkontrahenter som har solgt formuesverdier til selskapet.⁷⁸ I et restitusjonsoppgjør vil selskapet muligens ikke ha noe å tilbakeføre. Spørsmålet om medkontrahenten i slike tilfeller må restituere det mottatte, behandles i punkt 5.4.1 nedenfor.

Dersom selskapets generalforsamling forut for konkursen har godkjent en ugyldig avtale, er godkjennelsen som utgangspunkt bindende for konkursboet. Aksjelovenes § 3-8 kan ikke være til hinder for at styret sørger for at generalforsamlingens godkjennelse

⁷³ Berge s. 86.

⁷⁴ Aarbakke m.fl. s. 209 og 200.

⁷⁵ Berge s. 86.

⁷⁶ Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 s. 210.

⁷⁷ Hauge s. 328.

⁷⁸ Schaumburg-Müller s. 85.

innhentes rett før konkursen åpnes, såfremt godkjenningen ikke vil være omstøtelig etter dekl. kapittel 5. Forutsetningen for at boet må akseptere en slik godkjenning er at avtalen på det tidspunktet den ble inngått, var på markedsmessige vilkår og i selskapets interesse.⁷⁹

3.3 Aksjonærene og kreditorene

En aksjonær kan kreve at selskapet påberoper brudd på aksjelovenes § 3-8, noe som er en følge av at aksjonærer kan gå til anfektelsessøksmål i henhold til aksjelovenes § 5-22. Ved manglende generalforsamlingsgodkjenning foreligger riktignok ingen beslutning fra generalforsamlingen som kan være gjenstand for anfektelsessøksmål, men det er likevel antatt at en aksjonær kan gå til sak om gyldigheten av styrets beslutninger.⁸⁰ Forutsetningen må imidlertid være at aksjonæren har et "reelt behov" for det, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd. Får aksjonæren medhold, plikter selskapets styre enten å kreve restitusjon eller å fremlegge avtalen for generalforsamlingen.

Dersom generalforsamlingen har forkastet forslag om å fremme krav etter § 3-8, kan det reises minoritetssøksmål etter reglene i aksjelovenes § 17-4, jf. § 17-7 annet ledd. Forutsetningen er at søksmålet får tilslutning fra aksjonærene som eier minst ti prosent av aksjekapitalen. Dersom generalforsamlingen ikke har behandlet avtalen, styret har f.eks. avgjort at krav ikke skal fremmes, må minoritetsaksjonærene antakelig kreve at dette skjer for at deres rett skal aktualiseres, jf. asl. § 5-6 annet ledd/asal. § 5-7 annet ledd.⁸¹

Når det gjelder selskapets kreditorer, kan det ikke utelukkes at de kan påvise et "reelt behov" på samme måte som aksjonærene, jf. tvl. § 1-3 annet ledd.⁸² Søksmålsretten må imidlertid som utgangspunkt anses begrenset til aksjonærene.⁸³

⁷⁹ Berge s. 89 (fotnote 67).

⁸⁰ Jan Skåre, "Søksmål om anfektelse av generalforsamlingsbeslutning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997 s. 1-20 (s. 19).

⁸¹ Aarbakke m.fl. s. 200.

⁸² Berge s. 88.

⁸³ Skåre s. 19.

3.4 Medkontrahenten

Et spørsmål er om selskapets medkontrahent kan erklære seg ubundet av avtalen fordi det ikke er innhentet godkjenning fra generalforsamlingen i samsvar med aksjelovens § 3-8. Som utgangspunkt er medkontrahenten bundet av sine avtaler, og kan ikke på selvstendig grunnlag påberope aksjelovens § 3-8 for å komme seg unna sine kontraktsforpliktelser.⁸⁴ Har medkontrahenten oppfylt sin forpliktelse uten forbehold om at det har skjedd et brudd på § 3-8, kan bestemmelsen neppe påberopes på et senere tidspunkt.

Selskapets mulighet til å gå fra en avtale som ikke er godkjent av generalforsamlingen, uten at medkontrahenten har en tilsvarende rett, gir imidlertid selskapet spekulasjonsmuligheter. Det fortøner seg som lite rimelig at selskapet skal kunne "sitte på gjerdet" og se an utviklingen, uten at medkontrahenten kan gjøre noe for å bringe det uklare forhold til opphør. Problemet er om medkontrahenten - som et alternativ til selvstendig håndhevelse av § 3-8, kan gis en interpellasjonsrett som innebærer at styret plikter å bidra til avklaring.⁸⁵

Dersom avtalen ikke er gjennomført, og medkontrahenten etter signeringen blir klar over at avtalen er ugyldig uten generalforsamlingsgodkjenning, må medkontrahenten ha adgang til å kreve at styret forelegger avtalen for generalforsamlingen innen en viss frist som vilkår for gjennomføringen. Medkontrahenten må herunder lovlig kunne holde tilbake sin ytelse inntil slik godkjenning foreligger.⁸⁶ Dette støttes av alminnelige lojalitetsbetraktninger i kontrakts- og selskapsforhold, samt at manglende godkjenning innebærer en risiko for at selskapet i ettertid kan hevde at avtalen er ugyldig. Er styret uenig i at aksjelovens § 3-8 gjelder for den aktuelle avtale, må det kunne reise sak mot medkontrahenten om at gjennomføring skal skje.

Medkontrahenten må således kunne kreve at generalforsamlingen behandler avtalen innen en viss frist. Etterkommer ikke styret dette, kan medkontrahenten erklære seg ubundet av avtalen, jf. Rt. 1989 s. 659. Saken gjaldt salg av fast eiendom, og spørsmålet

⁸⁴ Abrahamsen s. 366.

⁸⁵ Hauge s. 284.

⁸⁶ Berge s. 87, Sigurdsen s. 128.

var om selger etter muntlig avtale med kjøper var uberettiget til senere å overdra eiendommen til tredjemann. Selgeren, som hadde satt korte frister for en klar formalisering av kontrakten ved kjøperens skriftlige aksept, hadde et legitimt behov for at avtalen ble brakt formelt i orden innen en viss tid. Kjøperen, som var blitt pålagt en lite tyngende forpliktelse ved å underskrive kontrakten, overholdte ikke selgerens frist. Høyesterett la til grunn at selgeren lovlige kunne selge eiendommen til tredjemann. Ettersom kjøperen ikke overholdt sin plikt til å bidra til avklaring innen rimelig tid, måtte han finne seg i rettstap ved at selgeren erklærte seg ubundet av avtalen.

Noen adgang for medkontrahenten til å kunne hevde seg ubundet uten videre ved brudd på aksjelovenes § 3-8, kan imidlertid neppe oppstilles.

3.5 Styrets plikter når saksbehandlingen etter aksjelovenes § 3-8 ikke er fulgt

Som nevnt i punkt 2.1 foran, plikter styret å påse at saksbehandlingen i aksjelovenes § 3-8 etterleves. Dersom denne plikten ikke overholdes, vil styret i ettertid ha valget mellom å påberope brudd på § 3-8 og kreve tilbakeføring, eller å forsøke å reparere avtalen ved å legge den frem for generalforsamlingen. Spørsmålet er hva styret er pliktig til å gjøre i en slik situasjon.

3.5.1 Gunstig avtale

Viser avtalen seg i ettertid å være gunstig for selskapet, har styret neppe plikt til å påberope brudd på aksjelovenes § 3-8.⁸⁷ Dersom styret ikke påberoper brudd på bestemmelsen, er spørsmålet imidlertid om styret plikter å henvende seg til generalforsamlingen for å legge til rette for reparasjon.

Først og fremst vil § 3-8 selv og de formål denne skal ivareta tale for en slik plikt, ettersom alle avtaler med et innhold som medfører anvendelse av bestemmelsen, skal fremlegges nettopp for å sikre selskapets kapitalgrunnlag, dets aksjonærer og kreditorer.

⁸⁷ Berge s. 86.

Videre kan den generelle lojalitetsplikt i selskaps- og kontraktsforhold tilsi at styret plikter å bidra til klargjøring.⁸⁸ Skulle styret ha rett, men ingen plikt til dette, kan det oppstå en uavklart situasjon eller "svevetilstand", som vil gi medkontrahenten behov for å vite at styret faktisk fremlegger avtalen i tiden etter avtaleinngåelsen. Valgfriheten åpner dessuten for spekulasjonsmuligheter fra selskapets side. Ettersom manglende godkjenning medfører en risiko for at selskapet senere kan hevde at avtalen ikke er gyldig, bør medkontrahenten kunne kreve at styret fremlegger avtalen for generalforsamlingen, se punkt 3.4 foran.

Et forsøk på reparasjon av en gunstig avtale er uansett til det beste for selskapet, og det er styrets overordnede ansvar å opptre i selskapets beste interesse, jf. aksjelovens § 6-12.

Hvis styret ikke påberoper brudd på § 3-8, plikter styret derfor å forsøke reparasjon. Skal selskapet f.eks. selges, må styret dermed sørge for etterfølgende godkjenning i generalforsamlingen før salget, hvis det finnes konkrete avtaler som burde vært godkjent.

3.5.2 Ugunstig avtale

Styret er ikke pliktig til å påberope brudd på en *ugunstig* avtale. Styret må ha mulighet til å fremlegge avtalen for generalforsamlingen, selv om den mest sannsynlig ikke blir godkjent.

Dette reiser imidlertid spørsmål om styret kan påberope brudd på aksjelovens § 3-8 uten først å forsøke å reparere den ugunstige avtalen ved å innhente godkjenning.

En slik plikt kan neppe utledes av § 3-8, men kan tenkes å ha sitt grunnlag i forholdet som er etablert med medkontrahenten. Avtalepartene har f.eks. tatt inn bestemmelser i avtalen som virker inn på lojaliteten. Avtalen kan også tenkes å regulere lojalitetsplikten

⁸⁸ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 303, Woxholth (2009) s. 324.

direkte, typisk ved å inneholde en plikt for styret til lojalt å foreta seg det som er nødvendig for avtalens oppfyllelse.⁸⁹

Et annet mulig hjemmelsgrunnlag for styrets plikt til å forsøke reparasjon, kan eventuelt utledes av den alminnelige lojalitetsplikt i selskaps- og kontraktsforhold. Denneplikten er spesielt fremtredende i varige kontraktsforhold, og medfører at partene ikke ensidig kan hevde sine interesser til fortrensel for hverandre, men isteden innenfor visse grenser må varetta hverandres interesser.⁹⁰

Det kan imidlertid være tvilsomt om medkontrahenten vil være særlig hjulpet av å påvise en slik plikt for styret.⁹¹ Dette skyldes først og fremst at et brudd på plikten ikke vil stå i årsakssammenheng med medkontrahentens eventuelle tap, med mindre det kan sannsynliggjøres at generalforsamlingen ville ha godkjent avtalen dersom denne var blitt fremlagt. Er avtalen f.eks. en endringsavtale til en tidligere godkjent avtale, jf. punkt 2.9 foran, kan det likevel tenkes at medkontrahenten klarer å sannsynliggjøre dette.

Det antas imidlertid at styret ville fremlagt avtalen dersom det var sannsynliggjort at generalforsamlingen ville ha godkjent den. Det kan likevel tenkes situasjoner hvor styret trosser en eventuell plikt til overholdelse av avtalen, ved å påberope brudd på § 3-8, dersom utviklingen viser at avtalen er negativ eller ugunstig for selskapet.

Dersom styret påberoper brudd på § 3-8 uten først å forsøke reparasjon ved å fremlegge avtalen for generalforsamlingen, kan styret etter min mening bli erstatningsansvarlig for medkontrahentens økonomiske tap.⁹² Medkontrahenten kan likevel neppe kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse, ettersom dette synes å være i strid med § 3-8 tredje ledd. Se for øvrig om medkontrahentens eventuelle erstatningskrav for den negative kontraktsinteresse i punkt 7 nedenfor.

⁸⁹ Nazarian s. 83.

⁹⁰ Nazarian s. 29 flg., s. 303.

⁹¹ Berge s. 90-91.

⁹² Illojal atferd kan lede til erstatningsansvar, jf. Nazarian s. 57.

4 TIDSRAMMER FOR PÅBEROPELSEN

4.1 Bakgrunn

Aksjelovenes § 3-8 oppstiller ingen tidsmessig avskjæring av selskapets adgang til å gjøre gjeldende at avtalen ikke er bindende. Bestemmelsen kan dermed i prinsippet påberopes flere år etter avtalen er inngått og gjennomført. Dette åpner imidlertid for at § 3-8 i ettertid kan påberopes av selskapet for å "snike seg unna" avtaler som har vist seg å være ufordelaktige, f.eks. på grunn av endrede markedsforhold. Det er derfor "paradoksalt at selskapet selv kan påberope seg egne saksbehandlingsfeil som grunnlag for å være ubundet av ellers fullt legitime avtaler".⁹³

Bestemmelsen kan videre åpne for misbruk fra aksjonærmajoritetens side, siden majoriteten normalt kan sikre seg flertall i generalforsamling for godkjenning av avtalen. Faren for misbruk er størst overfor medkontrahenter som er aksjonærminoritet i selskapet. Majoriteten kan i slike tilfeller påberope brudd på § 3-8 hvis avtalen viser seg å være ugunstig, men ikke påberope brudd dersom avtalen er gunstig.⁹⁴

Aksjelovenes § 3-8 må videre forstås slik at det bare er selskapet som ikke er bundet av en avtale så lenge generalforsamlingens godkjenning ikke foreligger. Når det foreligger brudd på bestemmelsen, vil det således etableres et "haltende rettsforhold" ved at selskapet kan gjøre gjeldende ubundethet, mens medkontrahenten midlertidig er bundet og har risikoen for at generalforsamlingen godkjenner.

Bestemmelsen innebærer derfor en forrykking av risikoen i avtaleforholdet, og gir majoriteten spekulasjonsmuligheter. Dette kan gi uheldige resultater i praksis. Paragraf 3-8 har bl.a. som formål å beskytte aksjonærminoriteten, men kan altså – ved å være en ugyldighetsregel – virke mot sin hensikt.

⁹³ Olav Perland, "Kapitalbeskyttelse for enhver pris?", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 s. 562-580 (s. 534).

⁹⁴ Påpekt av høringsinstansene i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43.

Der majoriteten "overkjører" minoriteten, kan minoriteten påberope aksjelovenes § 5-21 eller uskrevne prinsipper om myndighetsmisbruk.⁹⁵ En alminnelig misbruksbetraktning tilsier imidlertid at aksjelovenes § 3-8 ikke kan påberopes av selskapet i slike tilfeller. Det er likevel neppe mulig eller hensiktsmessig å presisere i loven når en slik misbrukssituasjon foreligger, og dette er uansett en lovgiveroppgave. Aksjelovenes § 3-8 kan derfor sannsynligvis anføres i ettertid, uavhengig av hvilket motiv som ligger bak.⁹⁶

De misbrukssituasjoner som § 3-8 åpner for, kan imidlertid til en viss grad forhindres dersom selskapet avskjæres fra å påberope bestemmelsen etter en viss tid. Spørsmålet er derfor om det gjelder tidsbegrensninger som avskjærer selskapets muligheter til ensidig, vilkårlig og for øvrig uten andre rettslige hindringer å påberope § 3-8 for å komme seg ut av ellers legitime avtaler på grunn av egne saksbehandlingsfeil.

Det anses klart at selve ugyldighetsinnsigelsen i seg selv ikke er gjenstand for foreldelse. Det som foreldes er fordringer, og ikke innsigelser, jf. foreldelsesloven § 1.⁹⁷ Ugyldighet medfører imidlertid krav på tilbakeføring, jf. aksjelovenes § 3-8 tredje ledd, og dette kravet kan i utgangspunktet foreldes, jf. punkt 6.1 nedenfor.

Spørsmålet er om ugyldighetsinnsigelsen kan bortfalle på annet, ulovfestet grunnlag. Det er her to aktuelle innfallsvinkler. For det første kan det tenkes bortfall som følge av en ulovfestet reklamasjonsplikt (punkt 4.2). For det andre kan bortfall være konsekvensen av ulovfestede prinsipper om passivitetsvirkninger (punkt 4.3). Grensen mellom prinsippene er ikke skarp, og de dekker samme behov; å stimulere innkreving av krav innen rimelig tid.⁹⁸ Terminologisk synes det mest vanlig å bruke begrepet reklamasjonsplikt når det er et vilkår at en innsigelse eller et krav må gjøres gjeldende innen et visst, begrenset tidsrom, mens passivitet typisk knyttes til at en innsigelse eller et krav kan bortfalle når det har gått lang tid.⁹⁹

⁹⁵ Truyen s. 319-320 om at aksjelovenes § 3-8 ikke utelukker bruk av myndighetsmisbruksreglene.

⁹⁶ Abrahamsen s. 371.

⁹⁷ Anne Cathrine Røed, *Foreldelse av fordringer*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 102.

⁹⁸ Morten Holmboe, "Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring", *Jussens Venner*, 1991 s. 23-44 (s. 24 og 26)

⁹⁹ Hauge s. 289 og 290.

4.2 Ulovfestet reklamasjonsplikt

Reklamasjonsregler fokuserer på kravet til aktivitet. Dersom det kan konstateres en reklamasjonsplikt for styret, innebærer det at aksjelovenes § 3-8 aktivt må påberopes innen en viss frist. Spørsmålet er om det gjelder en slik ulovfestet plikt for styret, og hva denne eventuelt går ut på.

En reklamasjonsplikt er et utslag av en alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold, og innebærer at unnlatelse av å fremsette reklamasjon innen en viss frist medfører tap av rettigheter eller krav man ellers ville hatt. Det oppstilles ikke krav om at atferden må ha vært klanderverdig.¹⁰⁰ Vilkårene er at det reklameres "innen rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget" forholdet det reklameres på, jf. kjøpsloven § 32 første ledd. Dersom det ikke reklameres, vil rettigheten gå tapt selv om det kan ha vært gode grunner for ikke å ha reklamert. Dette skyldes at reklamasjon dels er begrunnet i lojalitetshensyn, og dels i at partene har behov for en avklaring uavhengig av hva som er årsaken til en eventuell sen reklamasjon.¹⁰¹

Kjøpslovens relative reklamasjonsregel kan brukes som basis for hva som er rimelig i en gitt situasjon, da denne selv har sitt fundament i rimelighetsbetraktninger vurdert av lovgiver: Man skal for det første være forsiktig med å rippe opp i festnede rettsforhold som i hvert fall den ene part regner som opp- og avgjort (status quo). Videre bør det aksjonerers mens bevisene lar seg bringe på det rene. Et tredje hensyn er at den ene part ikke bør kunne spekulere i prisforandringer på den andres bekostning. Endelig tvinges kreditor til å ta standpunkt slik at kontraktens videre forløp blir fastlagt.¹⁰²

I avtaleretten er det således primært partsinteresser som tilsier at et latent ugyldighetsspørsmål bør få sin avklaring gjennom reklamasjon. Disse hensyn er også aktuell hvor en avtale mellom et selskap og en medkontrahent ikke er godkjent av generalforsamlingen i henhold til aksjelovenes § 3-8. Styret vil som utgangspunkt ikke ha noen beskyttelsesverdig grunn til å hale ut tiden uten innen rimelig tid å ta stilling til om ugyldighet skal påberopes. Samtidig vil medkontrahentens i alminnelighet ha et

¹⁰⁰ Nazarian s. 252.

¹⁰¹ Nazarian s. 212 og 252.

¹⁰² Holmboe s. 26, Ragnar Knoph, *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utgave, Oslo 2009 s. 330.

beskyttelsesverdig behov for avklaring av spørsmålet om ugyldighet etter § 3-8 vil bli gjort gjeldende.

Ved anvendelse av aksjelovens § 3-8 er det imidlertid andre interesser som står i forgrunnen, og som taler mot en ulovfestet reklamasjonsplikt. Bestemmelsen avviker fra den avtalerettslige ugyldighetslære som følge av behov for vern av tredjepersonsinteresser, særlig selskapets kreditorer og aksjonærer – herunder minoritetsaksjonærene. Paragraf 3-8 er preseptorisk nettopp for å unngå uthuling av disse interessene, jf. punkt 2.3 foran. En reklamasjonsplikt forutsetter heller ikke illojalitet fra styrets side, og kan derfor i ytterste konsekvens medføre at § 3-8 og de interessene denne skal beskytte settes ut av betraktning uten hensyn til subjektive forhold på selskapets side.

På denne bakgrunn kan det etter min oppfatning ikke oppstilles noen ulovfestet reklamasjonsplikt for selskapet, med det innhold at selskapet blir bundet dersom det ikke reklamerer innen rimelig tid.

4.3 Passivitet

Spørsmålet er om passivitetsbetraktninger kan medføre at selskapet likevel er avskåret fra å påberope brudd på aksjelovens § 3-8, slik at bindende avtale anses inngått.

Det er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp at en ugyldighetsinnsigelse kan gå tapt ved passivitet uten at det foreligger lovhjemmel for det, jf. f.eks. Rt. 1934 s. 613. I rettspraksis er det videre lagt til grunn at en ugyldig avtale som har sitt utgangspunkt i en kompetanseoverskridelse, kan bli bindende ved passivitet, jf. Rt. 2000 s. 610.

Den ulovfestede passivitetslæren er først og fremst begrunnet i hensynet til klargjøring av rettsforhold, hensynet til å skape trygghet for uventede krav samt bevis- og innrettelseshensyn. Passivitet fører likevel bare unntaksvis til rettstap.¹⁰³

¹⁰³ Hagstrøm s. 777.

4.3.1 Konkret helhetsvurdering

Hvorvidt passivitetsvirkninger skal inntre må avgjøres ut fra en interesseavveining mellom hensynene til de involverte parter¹⁰⁴, dvs. av hensyn til selskapet; dets aksjonærer og kreditorer, samt medkontrahenten. Spørsmålet er om selskapets ugyldighetskrav bør slå igjennom overfor andre interesser som har etablert seg i mellomtiden. Vurderingen må foretas på grunnlag av passivitetslæren som er utviklet i rettspraksis og teori. Det er særlig fire forhold som er sentrale for om passivitet utløser rettstap: God tro hos debitor; om debitor har innrettet seg etter avtalen (punkt 4.3.2), kreditors kjennskap til sitt krav (punkt 4.3.3) og hvorvidt kreditor har utvist passivitet (punkt 4.3.4), jf. f.eks. LB-2008-118846 og LH-2007-108987.

4.3.2 Debitors gode tro og innrettelse

Medkontrahenten må for det første være i aktsom god tro på tidspunktet hvor ugyldighetsinnsigelsen gjøres gjeldende av styret. Dette innebærer enten at medkontrahenten må være i uvitenhet om at aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse på avtalen (opprinnelig god tro), eller at han på bakgrunn av passivitet fra styret har fått en berettiget forventning om at selskapet ikke vil påberope § 3-8 (etterfølgende god tro).

Spørsmål om god tro må vurderes i lys av om ugyldighetsinnsigelsen har et klart rettslig grunnlag.¹⁰⁵ Det vil derfor være av betydning hva slags kjennskap medkontrahenten har til selskapet. Opprinnelig god tro kan av denne grunn vanskelig foreligge for medkontrahenter som er styremedlem eller daglig leder, idet slike har inngående kjennskap til selskapet gjennom en aktiv rolle i virksomheten.

Også i mindre selskaper med en begrenset aksjonærkrets skal det mye til for opprinnelig god tro, selv om medkontrahenten ikke tar del i den daglige ledelse av selskapet. I slike tilfelle er det vanlig at aksjonærene har et godt innsyn i selskapsforholdene. Opprinnelig

¹⁰⁴ Carl Jacob Arnholm, *Passivitetsvirkninger. Et bidrag til læren om de rettsstiftende kjensgjerninger*, Oslo 1932 s. 111.

¹⁰⁵ TOSLO-2009-10444 punkt 3.2 (Pushwagnersaken).

god tro kan uansett neppe foreligge hvis avtalen er ubalansert, eller hvis selskapet har tatt uttrykkelig forbehold om generalforsamlingsgodkjennelse.

På den annen side kan etterfølgende god tro være nærliggende i tilfeller hvor selskapets passivitet med rimelighet kan oppfattes som en *godkjennelse* av den ugyldige avtalen, jf. punkt 2.6 foran. Medkontrahtenten ber for eksempel styret om å undersøke avtalens forhold til aksjelovenes § 3-8, men hører ikke senere noe mer om saken. Tilsvarende hvis begge parter har innhentet uavhengige verdivurderinger som slår fast at avtalen ikke faller inn under § 3-8s anvendelsesområde.

De ovennevnte forhold kan også bidra til at medkontrahtenten innretter seg i overensstemmelse med sin antagelse om at ugyldighetsinnsigelsen ikke eksisterer eller er frafalt. Innrettelse kan videre tenkes hvor styret på medkontrahtentens forespørsel forsikrer at § 3-8 ikke gjelder i avtaleforholdet dem imellom, eller at bestemmelsen uansett ikke vil bli påberopt. Selv om styret ikke har kompetanse til å forhåndsfraskrive seg adgangen til å påberope § 3-8, jf. punkt 2.3 foran, kan dette likevel etter min mening gi medkontrahtenten en beskyttelsesverdig forventning om at ugyldighetskravet ikke eksisterer eller er frafalt.

4.3.3 Kunnskapskrav

Videre må selskapet ha kunnskap om ugyldighetskravet. Kravet om kunnskap vil gi selskapet grunnlag for å reagere overfor medkontrahtenten.

4.3.3.1 Styrets kunnskap om ugyldighetskravet

Styret har vanligvis kunnskap om ugyldighetskravet, ettersom det normalt er styret som inngår avtaler på vegne av selskapet, jf. aksjelovenes § 6-12. Dersom daglig leder har inngått avtalen, er denne pliktig til å underrette styret om avtaler med et innhold som medfører anvendelse av § 3-8, jf. aksjelovenes § 6-15.

Et viktig moment i vurderingen av hvorvidt passivitet skal lede til rettstap, er fordringshavers aktsomhet. Dersom fordringshaver kan bebreides for ikke å ha handlet

slik forholdene tilsier, vil hans fordring lettere kunne anses tapt.¹⁰⁶ Som eksempel fra rettspraksis nevnes Rt. 1996 s. 407. I denne saken hadde kreditor fått sterke oppfordringer om å reagere, men gjorde ikke gjeldende krav før etter ca. 14 måneder. Kravet ble ansett tapt ved passivitet, idet kreditor kunne klandres for ikke å ha vært aktiv nok.

Fordringshavers uaktsomhet er likevel ikke et nødvendig vilkår, jf. Rt. 1992 s. 352. Flertallet uttalte i denne sak at klanderverdig passivitet ikke kan "oppstilles som et ubetinget vilkår, dersom saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge [fordringshavers] unnløstelse av å foreta seg noe, rettsvirkning."¹⁰⁷

Skyldes tidsforløpet klanderverdig passivitet fra styrets side, skal det således mindre til for inntredelse av passivitetsvirkninger. Styret har følgelig en aktsomhetsplikt. Hvis selskapet kan klandres fordi det *burde* hatt kunnskap om at aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse på en relevant avtale, dvs. om selskapets styre skulle ha undersøkt forholdet nærmere ved avtaleinngåelsen - for å oppfylle sin aktsomhetsplikt, må kunnskapskravet derfor modifieres noe.

Dersom styret ikke er sikker på om aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse, men har konkrete holdepunkter for at dette er tilfelle, bør det som nevnt i punkt 2.1 foran iverksettes undersøkelser. Det er som utgangspunkt enkelt å påse om § 3-8 kommer til anvendelse, men det kan oppstå kompliserte avgrensningsspørsmål.

Hvor grundig styrets undersøkelser må være, avhenger av selskapets art og virksomhet. Selskaper som bare har én aksjonær og virksomhet som stort sett begrenser seg til standardpregede avtaler, har ikke samme behov for omfattende og betryggende rutiner som et selskap som driver forskjelligartet virksomhet, og som regelmessig inngår en rekke spesialtilpassede og særpregede avtaler. En annen relevant faktor er om aksjonærstrukturen fremstår som "uoversiktlig".¹⁰⁸

¹⁰⁶ Røed s. 64-65.

¹⁰⁷ Rt. 1992 s. 352 (s. 356).

¹⁰⁸ Berge s. 66.

Dersom selskapets ytelse i henhold til en avtale involverer verdier som overstiger ti (fem) prosent av aksjekapitalen, må selskapets medkontrahent kontrolleres mot aksjeeierregisteret/aksjeeierboken. Utover dette kan det være vanskelig for styret å vite om medkontrahenten f.eks. må anses som nærstående til en aksjonær, eller om medkontrahenten handler etter avtale med en aksjonær, jf. aksjelovenes § 3-8 fjerde ledd. En mulighet er å spørre medkontrahenten direkte om vedkommende har en slik relasjon til selskapets aksjonærer eller ledelsen mv., at avtaleforholdet faller under bestemmelsen. Medkontrahenten har jo en egeninteresse i at § 3-8 etterleves.

Hvor langt styrets undersøkelsesplikt rekker, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. Jo større grunn styret har til å reagere, desto raskere må det reagere for å unngå passivitetsutløst rettstap, jf. også Rt. 2000 s. 610 (Oslobanken). Hvis styret kan dokumentere at det ble innhentet juridisk bistand som konkluderte med at foreleggelse for generalforsamlingen ikke var nødvendig etter aksjelovene, kan styret på den annen side vanskelig sies å ha handlet uaktsomt.

Dersom styret burde forstå at aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse på en relevant avtale uten at forholdet undersøkes nærmere, har styret etter min mening ikke oppfylt sin aktsomhetsplikt, og kan klandres for ikke å ha vært aktiv nok.¹⁰⁹ For inntredelse av passivitetsvirkninger kreves det følgelig ikke nødvendigvis eksplisitt kunnskap om ugyldighetskravet. Styrets kunnskapskrav må derfor modifieres noe.

4.3.3.2 *Generalforsamlingens kunnskap om ugyldighetskravet*

Inntredelse av passivitetsvirkninger kan medføre at formålet med aksjelovenes § 3-8 bortfaller, idet aksjonærene ikke får anledning til å gjennomgå avtalen. Formålet med bestemmelsen er nettopp å gi aksjonærene mulighet til å nekte samtykke til avtaler de ikke er enige i. Flertallet på generalforsamlingen må derfor som utgangspunkt ha kunnskap om ugyldighetskravet. På den måten blir aksjonærinteressen tilstrekkelig ivaretatt.

¹⁰⁹ Se f.eks. LB-2009-68016, hvor lagmannsretten uttaler at dersom styret "mente at avlønningen var i strid med selskapets interesse, hadde [styret] plikt til å reagere umiddelbart. (...) Styret og aksjonærene kan kritiseres for at det ikke ble reagert tidligere med henblikk på å få stanset lønnen og eventuelt få opprettet en avtale i lovlige former."

Det er imidlertid problematisk å fastslå om generalforsamlingen har hatt slik kunnskap, idet generalforsamlingen normalt ikke spiller noen aktiv rolle i selskapets daglige drift.

Som nevnt i punkt 2.6 foran, kan generalforsamlingen imidlertid anses for å ha kunnskap om ugyldighetskravet, dersom generalforsamlingen består av en enkelt aksjonær og denne utgjør selskapets enestyre. Det samme gjelder trolig hvor flertallet av aksjonærene har en mer eller mindre aktiv rolle i selskapets drift. Der generalforsamlingen er kjent med avtalens eksistens, kan de etterfølgende forhold dessuten tilsi at generalforsamlingen har hatt foranledning til å innhente nærmere opplysninger om avtalens innhold og til å få seg forelagt avtalen, jf. Rt. 2000 s. 610 (Oslobanken). Generalforsamlingen har dermed også en aktsomhetsplikt.

4.3.4 Tidsforløpet

Det er medkontrahentens og selskapets subjektive forhold som må avgjøre om tiden som er gått skal lede til rettstap, jf. punkt 4.3.2 og 4.3.3 foran. Tidsforløpet spiller en mer indirekte rolle, og avhenger bl.a. av hvilket livsområde man er på, og hvilken forventning passiviteten har skapt hos den forpliktete om at kravet eller innsigelsen ikke vil bli gjort gjeldende, jf. LB-2008-118846.

Det at selskapet har vært i en situasjon hvor det har hatt behov for å områ seg, er på den annen side et moment som skal tillegges vekt i selskapets favør, jf. f.eks. Rt. 1965 s. 310 og LB-1995-1556. Dersom selskapet er i økonomiske vanskeligheter, og konkurs fremstår som en reell trussel, vil selskapets prioritering av andre, mer presserende oppgaver ikke fremstå som klanderverdig.

4.3.5 Konklusjon

Dersom alle de ovennevnte vilkår for inntredelse av passivitetsvirkninger er oppfylt i et konkret tilfelle, og selskapets organer kan bebreides for ikke å ha vært aktiv nok, kan det etter min mening rimeligvis argumenteres for at selskapet avskjæres fra å påberope § 3-8 ved passivitet. Hensynet til bestemmelsens effektivitet kan ikke være til hinder for en slik løsning, selv om det kan medføre uheldige konsekvenser for selskapet, dets aksjonærer eller kreditorer.

Dersom avtalen ikke er oppfylt, må medkontrahenten på grunn av selskapets passivitet uansett ha adgang til å erklære seg *ubundet* av avtalen, hvis denne ser seg tjent med en slik løsning, jf. punkt 3.4 foran.

5 RETTSVIRKNINGER VED BRUDD PÅ AKSJELOVENES § 3-8

5.1 Innledning

Dersom partene ikke har oppfylt sine ytelser, er konsekvensen av at en avtale er ugyldig som følge av brudd på aksjelovenes § 3-8, at det settes en strek over avtaleforholdet - ingen av avtalepartene er forpliktet til å oppfylle avtalen. Selskapets styre bør i slike tilfeller meddele medkontrahenten at avtalen ikke er bindende og at den derfor ikke skal gjennomføres.¹¹⁰ Unnlater styret å underrette medkontrahenten om dette, og medkontrahenten oppfylder avtalen, må selskapet restituere det mottatte.

Er en ikke bindende avtale helt eller delvis oppfylt, er hovedregelen at "oppfyllelse i henhold til avtale som ikke binder selskapet, skal tilbakeføres", jf. aksjelovenes § 3-8 tredje ledd. Dette kalles restitusjonsprinsippet.¹¹¹

Ved påberopelse av aksjelovenes § 3-8 må avtalen således som utgangspunkt anses ugyldig med tilbakevirkende kraft (*ex tunc*).¹¹² Dette henger sammen med at restitusjon skal ha en gjenopprettende funksjon, ved at partene så vidt mulig stilles som om den aktuelle disposisjon ikke hadde funnet sted.¹¹³ Løsningen samsvarer med hovedregelen i norsk kontraktsrett om at ugyldighet normalt har fullstendig retroaktiv virkning, slik at forholdet vurderes som om avtalen ikke har vært inngått.¹¹⁴

¹¹⁰ Abrahamsen s. 366.

¹¹¹ Abrahamsen s. 366.

¹¹² Se likevel Kjetil Krokeide, "Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1982 s. 353-533 (s. 517-518), om at det for langsiktige kontraktsforhold ikke uten videre er aktuelt med virkning *ex tunc* i de tilfeller hvor begge parter har vært i god tro, eller hvor begge parter har vært i ond tro.

¹¹³ Hauge s. 153.

¹¹⁴ Hagstrøm s. 138, Hauge s. 350.

For at ugyldighet skal danne grunnlag for en tilbakeleveringsforpliktelse, må styret påberope § 3-8. Ugyldighet virker ikke automatisk, jf. hovedregelen i norsk avtalerett om at ugyldighetsregler ikke kan anvendes av domstolene *ex officio*.¹¹⁵

Utgangspunktet om tilbakeføring som følge av ugyldighet gir grunnlag for en rekke problemstillinger. Spørsmålet er for det første om manglende godkjenning alltid medfører ubundethet med tilhørende restitusjonsplikt (punkt 5.2 og 5.3). Videre reiser det seg spørsmål om hvordan restitusjonsoppgjøret nærmere skal gjennomføres, og hva som skjer dersom naturalrestitusjon ikke er mulig (punkt 5.4). Til slutt behandles spørsmålet om selskapet, som et alternativ til restitusjon, kan realisere kravets verdi ved overdragelse til tredjemann (punkt 5.5).

5.2 Reparerer brudd ved aktsom god tro?

Første spørsmål er om manglende generalforsamlingsgodkjenning alltid medfører at avtalen ikke er bindende, eller om selskapet kan være bundet fordi medkontrahenten var i aktsom god tro, jf. aksjelovens § 6-33.

Etter forholdene kan det tenkes at medkontrahenten verken forstod eller burde ha forstått at generalforsamlingens godkjenning var nødvendig. Avtalen kan f.eks. ha fremstått som en vanlig forretningsmessig avtale som inngikk i selskapets vanlige virksomhet og inneholdt pris og andre vilkår som var vanlig for denne type avtale.

Løsningen finnes i aksjelovens § 3-8 tredje ledd, som oppstiller en objektiv tilbakeføringsplikt. God tro kan derfor ikke påberopes som grunnlag for at avtalen likevel skal være bindende, og dette støttes av forarbeidene.¹¹⁶ Begrunnelsen er at medkontrahenten pr. definisjon ved inngåelse av § 3-8-avtaler vil ha nær tilknytning til selskapet. Det er derfor vanskelig å tenke seg at medkontrahenten med rimelighet skal kunne påberope seg noen villfarelse med hensyn til de faktiske forhold som medførte ugyldighet.

¹¹⁵ Woxholth (2009) s. 288.

¹¹⁶ NOU 1996: 3 s. 150, Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

En slik ubetinget tilbakeføringsplikt kan gi uheldige konsekvenser.¹¹⁷ Partene har eksempelvis innhentet uavhengige verdivurderinger som aktsomt og forsvarlig konkluderer med at avtalen ikke involverer verdier som overstiger ti (fem) prosent av selskapets aksjekapital. Det er ikke rettspolitisk opplagt om en domstol deretter konkluderer med at § 3-8 likevel kommer til anvendelse, slik at medkontrahenten blir møtt med at avtalen uten videre er ugyldig. Slik aksjelovenes § 3-8 tredje ledd er utformet, er det imidlertid ikke tvilsomt at tilbakeføring skal skje. Hensynet til bestemmelsens effektivitet tilsier at tilbakeføringsplikten gjelder uavhengig av medkontrahentens gode tro.

Dersom medkontrahentens gode tro er fremkalt av selskapets uriktige opplysninger - styret har f.eks. forsikret medkontrahenten om at aksjelovenes § 3-8 ikke kommer til anvendelse, kan medkontrahenten imidlertid kreve erstatning, jf. punkt 7 nedenfor. Styret må være nærmest til å bære risikoen for uriktige forutsetninger det selv har fremkalt.

Subjektive forhold på selskapets side er derimot uten betydning. Selskapets restitusjonskrav eksisterer derfor selv om noen på dets vegne kjente eller burde kjent til at avtalen var ugyldig etter § 3-8.¹¹⁸

5.3 Rettsvillfarelse

Det kan tenkes at medkontrahenten kan påberope rettsvillfarelse som grunnlag for at avtalen likevel er bindende,¹¹⁹ men dette skal mye til. Forutsetningen må i så fall være at medkontrahenten kan påvise at han var aktsomt uvitende om aksjelovenes § 3-8s eksistens eller innhold. Det skal mer til for rettsvillfarelse om en regels eksistens, enn villfarelse om hvordan regelen er å forstå. Rettsvillfarelse er imidlertid mindre aktuelt etter nåværende lovgivning.¹²⁰

¹¹⁷ Berge s. 85.

¹¹⁸ Aarbakke m.fl. s. 199, som legger samme løsning til grunn for restitusjonskrav etter aksjelovenes § 3-7.

¹¹⁹ Rettsvillfarelse kan virke positivt, ved å etablere et rettsforhold som ellers ikke ville kommet i stand, se Kjetil Lund, "Bemerkninger om noen hovedpunkter i læren om villfarelse", *Jussens Venner*, 1970 s. 57-86 (s. 61).

¹²⁰ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

5.4 Restitusjonsoppgjøret

5.4.1 Utgangspunktet er naturalrestitusjon

Dersom både selskapet og medkontrahenten rent faktisk kan levere tilbake sine ytelser etter avtalen, er utgangspunktet naturalrestitusjon, jf. aksjelovenes § 3-8 tredje ledd om at "oppfyllelse (...) skal tilbakeføres." Har selskapet eksempelvis kjøpt og overtatt en fast eiendom til underpris, skal eiendommen tilbakeføres. Selskapet kan ikke høres med et ønske om bare å betale differansen mellom vederlaget og virkelig verdi.

Ettersom tilbakeføringen skal ha en gjenopprettende funksjon, ved at partene så vidt mulig skal stilles som om den aktuelle avtalen ikke har funnet sted, plikter både medkontrahenten og selskapet å tilbakeføre sine ytelser.

Ordlyden kan tyde på at medkontrahenten plikter å tilbakeføre det mottatte til selskapet uavhengig av om selskapet tilbakefører sin mottatte ytelse. Spørsmålet er om hensynet til bestemmelsens effektivitet tilsier at det kreves en slik ubetinget restitusjonsplikt for medkontrahenten.¹²¹ Etter min mening er ikke hensynene bak § 3-8 så tungtveiende at medkontrahenten må finne seg i en ubetinget restitusjonsplikt, uavhengig av hva selskapet foretar seg. Det fremstår som lite rimelig å skulle påtvinge medkontrahenten risikoen ved å yte selskapet kreditt gjennom tilbakeføring av mottatt ytelse, uten at selskapet samtidig er pliktig til det samme.¹²² Dette stemmer for øvrig med det alminnelige gjensidighetsprinsipp i formueretten om at det skal skje en samtidig utveksling av mottatte ytelser.¹²³

Medkontrahenten må således kunne kreve sin ytelse tilbakeført, og kan holde tilbake selskapets ytelse inntil det skjer.¹²⁴ Samme løsning må legges til grunn dersom selskapet går konkurs, se punkt 3.2 foran.

Kreditor for tilbakeføringskravet har som utgangspunkt ingen separatistrett i mottakerens konkursbo. Hvis f.eks. selskapet mottar medkontrahentens ytelse, og går

¹²¹ Krokeide s. 353 flg.

¹²² Se bl.a. Abrahamsen s. 367.

¹²³ Hagstrøm s. 672 (prinsippet om ytelse mot ytelse).

¹²⁴ Aarbakke s. 208.

konkurs før det har levert tilbake sin ytelse, må medkontrahenten nøye seg med dividende.¹²⁵ Overfor medkontrahentens suksessorer kan det likevel tenkes at selskapet har et tingsrettslig vindikasjonskrav.¹²⁶ Legges dette til grunn vil selskapet eller dets konkursbo ha separatistrett i mottakerens konkursbo.¹²⁷ Vindikasjonskrav kan etter alminnelig tingsrett gjøres gjeldende mot enhver som besitter gjenstanden, med mindre vedkommende beskyttes av regler om ekstinktivt godtroerverv.¹²⁸

At gjenstandens verdi har steget eller sunket, vil ikke påvirke tilbakeføringen. Den som tilbakefører en gjenstand, kan således ikke kreve tilleggskompensasjon hvis gjenstanden har steget i verdi, og behøver ikke betale mellomlegget hvis gjenstanden har sunket i verdi.¹²⁹

5.4.2 Avkastning

Krav på naturalrestitusjon innebærer at mottakeren må tilbakeføre eventuell avkastning han har oppebåret fra gjenstanden.¹³⁰

Det er imidlertid noe usikkert om det skal beregnes renter på beløpet som skal tilbakeføres. Etersom tilbakesøkningskrav er av formuerettslig art,¹³¹ vil det påløpe forsinkelsesrenter, jf. rentel. § 1. Renten løper fra en måned etter påkrav, jf. rentel. § 2 første ledd annet punktum. Spørsmålet er imidlertid om mottakeren plikter å svare renter fra et tidligere tidspunkt, dvs. for perioden mellom avtaleoppfyllelse og påkrav. Forsinkelsesrenteloven gir ikke svar på spørsmålet, idet den omhandler forfalte krav, jf. rentel. § 2 første ledd første punktum.¹³²

¹²⁵ Berge s. 92 (note 71).

¹²⁶ Johan Giertsen, "Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse", *Jussens Venner*, 2003 s. 249-263 (s. 259).

¹²⁷ Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, Oslo 1994 s. 290.

¹²⁸ Aarbakke m.fl. s. 209 og 200.

¹²⁹ Berge s. 92.

¹³⁰ Thomas Keiserud, "Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper", publisert på www.konkursradet.no punkt 2.42.2.

¹³¹ Trygve Bergsåker, *Lærebok i pengekravsrett*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 143.

¹³² Bergsåker (2001) s. 139. Synspunktet forutsetter imidlertid at tilbakesøkningskravet ikke kan sies å forfalle allerede straks avtalen gjennomføres.

Etter alminnelig lære forutsetter renteplikt særlig hjemmel i form av avtale, lov eller sedvane.¹³³ Nyere teori har imidlertid på bakgrunn av rettspraksis tatt avstand fra denne læren og hevder at renter rettslig kan begrunnes ut fra reelle hensyn, "alene eller i samspill med andre rettskildefaktorer."¹³⁴

De preventive hensyn bak aksjelovens § 3-8 taler for å beregne renter på tilbakesøkingsskravet også for perioden fra oppfyllelse til påkrav. Videre fører en eventuell manglende renteplikt for denne perioden til inkonsekvens i restitusjonssystemet, ettersom mottakeren plikter å tilbakeføre avkastningen som er opptjent fra gjenstanden, jf. foran. Alminnelige berikelsessynspunkter - plikten til å legge fra seg ugrunnet berikelse, kan også anføres som argument for en renteplikt.¹³⁵

Det at medkontrahenten er i ond tro mht. avtalens lovlighet, taler for å pålegge han renteplikt fra oppfyllestidspunktet. Det vil være urimelig om medkontrahenten får sitte igjen med renteinntektene etter å ha tilbakeført det pliktige beløp. Renteplikt for medkontrahenter som ikke er i ond tro, er på den annen side mer usikkert.

Ettersom aksjelovens § 3-8 representerer en særlig hjemmel som skal stille partene mest mulig som om transaksjonen ikke hadde skjedd, kan det etter min mening beregnes renter i den aktuelle perioden, i hvert fall hvor medkontrahenten er i ond tro. Dette støttes av Keiserud, som legger samme løsning til grunn for tilbakesøkingsskrav etter aksjelovens § 3-7.¹³⁶ Det er imidlertid ikke gitt at satsen for forsinkelsesrente skal legges til grunn. Fraværet av en uttrykkelig rentehjemmel kan tilsi at rentesatsen fastsettes skjønnsmessig.¹³⁷

5.4.3 Dersom naturalrestitusjon ikke er mulig

Tilbakeføringskravet er som hovedregel et krav om at det mottatte skal tilbakeføres i sin opprinnelige form. Situasjonen kan imidlertid være at naturalrestitusjon ikke er mulig.

¹³³ Kai Krüger, *Pengekrav*, 2. utgave, Bergen 1984 s. 209.

¹³⁴ Bergsåker (2001) s. 49-63. Se også Rt. 2002 s. 71, hvor det legges til grunn at det ikke er grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel (s. 76).

¹³⁵ Bergsåker (1994) s. 87.

¹³⁶ Keiserud punkt 2.42.2.

¹³⁷ Hauge s. 349.

Dette innebærer imidlertid ikke at medkontrahenten unnslipper tilbakeføringsplikten. En slik løsning ville ha åpnet for omgåelser. Restitusjon må derfor skje i form av et verdierstatningskrav, og det samme må gjelde for selskapet.¹³⁸

En plikt til verdirestitusjon må trolig foreligge dersom det mottatte er en tjenesteytelse som etter sin art ikke kan tilbakeføres, eller at ytelsen er forbrukt, videresolgt eller gått til grunne.¹³⁹ Keiserud antyder på bakgrunn av rettspraksis at naturalrestitusjonsplikten etter aksjelovens § 3-7 som hovedregel går over til å bli en verdirestitusjonsplikt uavhengig av hindringens art.¹⁴⁰ Jeg kan ikke se noen avgjørende argumenter mot en slik løsning for § 3-8.

Det kan spørres om medkontrahentens plikt til verdirestitusjon gjelder ubetinget der naturalrestitusjon ikke er mulig, eller om selskapet skal pålegges risikoen for hendelige og uforutsette uhell. Spørsmålet er antakelig viktigere i tilknytning til tilbakeføring av ulovlig utdelt utbytte i henhold til aksjelovens § 3-7, enn etter aksjelovens § 3-8. Skal medkontrahenten høres med at tilbakeføringsplikten er falt bort, vil dette uansett medføre at heller ikke selskapet plikter å tilbakeføre sin ytelse. Spørsmålet kan likevel være aktuelt der ytelsen mottatt av selskapet er verdt mindre enn ytelsen mottatt av medkontrahenten. Her vil selskapet ha interesse i tilbakeføring.

Loven inneholder ikke noe forbehold om at det mottatte er i behold. Det antas derfor at medkontrahenten må bære risikoen for den hendelige begivenhet, slik det legges til grunn etter § 3-7.¹⁴¹ Løsningen er basert på en risikovurdering, da det fremstår som mer rimelig at mottakeren skal bære risikoen for slike forhold enn at risikoen ligger hos den som har prestert en ytelse.¹⁴²

5.4.4 Følgene av verdirestitusjon

Dersom naturalytelsen ikke kan restitueres, må fastsettelse av verdirestitusjonskravets størrelse skje ved verdsettelse. Beregningen skal foretas skjønnsmessig, hvor målet er å

¹³⁸ Aarbakke m.fl. s. 208.

¹³⁹ Aarbakke m.fl. s. 208, Krokeide s. 399 flg., s. 415 flg.

¹⁴⁰ Punkt 2.43.3.

¹⁴¹ Berge s. 93, Keiserud punkt 2.43.3.

¹⁴² Abrahamsen s. 367.

finne ytelsens virkelige verdi, jf. RG 1992 s. 707. Det er flere tidspunkt som kan tenkes lagt til grunn for verdsettelsen. Spørsmålet er om verdien av gjenstanden på oppfyllestidspunktet eller restitusjonstidspunktet skal legges til grunn. Dette er reelt et spørsmål om hvem av partene som skal anses for å bære risikoen for eventuelle svingninger i avtalegjensstandens verdi.¹⁴³

Lovens ordlyd og forarbeider gir ikke svar på spørsmålet. Når det gjelder tilbakesøkingsskrav etter aksjelovens § 3-7, hevdes det at oppfyllestidspunktet er avgjørende.¹⁴⁴ Ved verdsettelsen av krav etter aksjelovens § 3-8 er det imidlertid antatt at verdien på tilbakeføringstidspunktet skal legges til grunn, dvs. ved påkrav.¹⁴⁵ Denne løsningen stiller verdirestitusjon nærmest naturalrestitusjon, og formålet med bestemmelsen er at selskapet i størst mulig grad skal stilles som om transaksjonen ikke hadde skjedd.

Konsekvensen av verdirestitusjon er at verken selskapet eller medkontrahenten kan høres med at det mottatte er forbrukt eller av andre grunner ikke lenger er i behold. Mottakeren kan heller ikke høres med at tilbakesøkingsskravet skal begrenses til berikelsen ytelsen har medført.¹⁴⁶ Verdien av ytelsen må som hovedregel uansett tilbakeføres.

Fra selskapets side kan verdirestitusjon fremtre som lite attraktivt, ettersom det blir tale om å bytte penger mot penger. For å avgjøre hva virkelig verdi av selskapets ytelse er, må den måles opp mot motytelsen. Dette kan være både bevismessig og kvalitetsmessig vanskelig, siden det ofte må skje i ettertid. Dersom selskapets ytelse vanskelig kan prisfastsettes, kan resultatet bli at restitusjon bortfaller ved en slags motregning hvor selskapets ytelse ikke kan fastsettes til virkelig verdi, men fastsettes til motytelsens verdi, altså medkontrahentens ytelse. Det kan argumenteres for at avtaleugyldighet ved brudd på aksjelovens § 3-8 vanskelig får noen økonomisk virkning for selskapet i slike tilfeller.¹⁴⁷

¹⁴³ Keiserud punkt 2.43.6.

¹⁴⁴ Andenæs (2006) s. 454.

¹⁴⁵ Berge s. 93.

¹⁴⁶ Abrahamsen s. 368.

¹⁴⁷ Problematisert av høringsinstansene i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 44-45.

5.4.5 Gjenstanden har endret karakter

Det kan spørres om adgang til verdirestitusjon forutsetter at naturalrestitusjon faktisk er umulig, eller om terskelen må settes lavere. Spørsmålet oppstår bl.a. i situasjoner hvor naturalrestitusjon vil medføre unødig verdispille, f.eks. der gjenstanden senere er integrert i en større ting.

Eventuelle påkostninger eller endringer som mottakeren har foretatt på gjenstanden, slik at den ikke kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, må det antakelig ytes vederlag for ved tilbakeføringen. Naturalrestitusjon må således foretas med pengemessig justering og kompensasjon for endringer og påkostninger, i hvert fall dersom påkostningene har medført at gjenstanden har steget i verdi.¹⁴⁸

Har endringen medført at det i realiteten er tale om en annen gjenstand, eller tingen er integrert i en større ting slik at utskillelse ikke kan utføres uten vesentlig verdispille, bør det istedenfor naturalrestitusjon skje verdirestitusjon.¹⁴⁹ Keiserud vil imidlertid i slike tilfeller gi selskapet valget mellom enten å kreve medkontrahenten for full verdirestitusjon, eller naturalrestitusjon kombinert med en erstatning for verdidifferansen.¹⁵⁰ Etter min mening kan det ikke være noe i veien for å gi selskapet en slik valgrett. På den annen side kan medkontrahenten neppe gis en tilsvarende valgrett, ettersom dette kan gi medkontrahenten mulighet til å spekulere i verdiforandringer på selskapets bekostning.¹⁵¹

5.5 Kan ugyldighetskravet overdras?

Det kan tenkes at selskapet, som et alternativ til restitusjon, har et legitimt behov for heller å kunne realisere kravets verdi ved overdragelse. Hovedregelen i norsk rett er at formuerettslige krav kan overdras.¹⁵² Spørsmålet er om det på ulovfestet grunnlag kan etableres et unntak fra denne hovedregelen, slik at selskapets ugyldighets- og

¹⁴⁸ Krokeide s. 522, Berge s. 94.

¹⁴⁹ Berge s. 94.

¹⁵⁰ Keiserud, punkt 2.43.3.

¹⁵¹ Keiserud punkt 2.43.4.

¹⁵² Hagstrøm s. 856-858.

restitusjonskrav i medhold av aksjelovens § 3-8 ikke kan være gjenstand for selvstendig overdragelse.

Det kan forekomme særlige forhold ved et krav basert på ugyldighet, som medfører at det ikke er gjenstand for overdragelse. Dette kan f.eks. være kravets personlige karakter, hensynet til medkontrahenten, bevissituasjonen eller kreditorfellesskapets økonomiske interesser.

I rettspraksis har det vært problematisert hvorvidt omstøtelseskrav i forbindelse med konkurs kan være gjenstand for overdragelse, jf. Rt. 1994 s. 792 (Namtvedtdommen). I obiter dictum uttaler førstvoterende på s. 796 at "gode grunner (...) taler for at bare konkursboet selv eller noen på dettes vegne, og ikke en utenforstående som kravet er overdratt til, kan gjøre gjeldende slike rettigheter som det her dreier seg om. Det må gjelde uansett om den utenforstående er en kreditor eller aksjeeier. Men om det er holdbart på ulovfestet grunnlag å etablere forbud mot overdragelser av slike krav, kan være tvilsomt, og jeg tar ikke standpunkt til spørsmålet."

De legislative grunner som kan tale for begrensninger i adgangen til å overdra et omstøtelseskrav, er imidlertid ikke uten videre sammenfallende med de hensyn som eventuelt kan tale for begrensninger i adgangen til å overdra ugyldighetskrav. I Rt. 2008 s. 385, som gjaldt krav om tilbakebetaling av ulovlig utdelt utbytte iht. asl. §§ 3-6 og 3-7, la Høyesterett således til grunn at et konkursbo kan overdra et restitusjonskrav etter aksjeloven. Det avgjørende var at kreditorfellesskapet var blitt gjort oppmerksom på at det fantes et mulig krav mot debitor, uten å forfølge dette videre.

Det finnes ingen klar hjemmel for at ugyldighetskrav skal anses som uoverdragelige. Tvert imot synes teorien å legge den motsatte løsning til grunn, jf. f.eks. Lunde som omtaler ugyldighets- og misligholdskrav som "udiskutable overførbare krav."¹⁵³ Misligholdskrav anses dessuten som overdragelige, jf. Rt. 1981 s. 445.

¹⁵³ Tore Lunde, "Kan konkursboets omstøtelseskrav avhendes?", *Lov og Rett*, 1996 s. 244-258 (s. 254).

For medkontrahenten kan det ikke uten videre anses som noen merulempe av betydning at ugyldighetsgrunnen gjøres gjeldende av tredjemann istedenfor selskapet. Medkontrahenten vil snarere komme i en mer gunstig bevismessig stilling. Heller ikke oppgjørstekniske spørsmål bør i seg selv være avgjørende.¹⁵⁴ Det kan riktignok være muligheter for at enkelte vil spekulere i å kjøpe slike krav billig, for så å forfølge kravet. Dette er uansett alltid et problem hvor et usikkert krav erverves, og kan ikke være avgjørende, jf. Rt. 2008 s. 385 (avsnitt 61).

På bakgrunn av det ovennevnte kan ugyldighets- og restitusjonskrav i medhold av aksjelovenes § 3-8 etter min mening overdras til tredjemann. Det avgjørende må være den alminnelige hovedregel om at krav kan overdras, samt at det ikke foreligger tungtveiende legislative grunner for i alminnelighet å anse ugyldighets- og restitusjonskrav etter aksjelovenes § 3-8 som uoverdragelige.

6 BORTFALL AV ANSVAR ETTER AKSJELOVENES § 3-8

Restitusjonsbestemmelsen i aksjelovenes § 3-8 tredje ledd inneholder ingen tidsmessig avskjæring av selskapets adgang til å kreve restitusjon. Restitusjonsoppgjør kan derfor i prinsippet kreves flere år etter avtaleforholdet er oppfylt og avviklet.

Dersom styret ikke fremmer krav etter § 3-8, kan forholdet imidlertid etter omstendighetene medføre at kravet anses forspilt på grunn av etterfølgende omstendigheter.¹⁵⁵ Spørsmålet er for det første om selskapets krav kan foreldes etter foreldelsesloven (punkt 6.1). Videre reiser det seg spørsmål om kravet kan bortfalle som følge av det ulovfestede prinsipp om passivitetsvirkninger (punkt 6.3). Det er herunder grunn til å undersøke forholdet mellom foreldelse og passivitet (punkt 6.2). Til slutt drøftes spørsmålet om det finnes andre unntak fra medkontrahentens restitusjonsplikt (punkt 6.4).

Etter min mening kan det ikke oppstilles en ulovfestet reklamasjonsplikt for selskapets adgang til å kreve restitusjon, se punkt 4.2 foran.

¹⁵⁴ Hauge s. 334.

¹⁵⁵ Hauge s. 153.

6.1 Foreldelse

Foreldelsesreglene setter yttergrensen for tilbakeføringskravets levetid. Reglene hviler på at fordringer er bestemt til å oppfylles innen rimelig tid. Videre kan bevisene etter hvert gå tapt eller bli svekket. Skulle fordringen ikke være betalt, kommer man etter hvert til et punkt hvor debitor må ha grunn til å regne med at kravet ikke vil bli gjort gjeldende. Formålet bak foreldelsesreglene er å oppfordre kreditor til å kreve oppgjør innen rimelig tid etter forfall.¹⁵⁶

Som utgangspunkt omfattes selskapets restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-8 av foreldelsesloven, jf. fl. § 1 nr. 1 om at loven gjelder for "[f]ordring på penger eller andre ytelser". Dette svarer til det som gjerne har vært kalt "obligatoriske rettigheter". Selskapets *pengekrav* er derfor utvilsomt gjenstand for foreldelse.¹⁵⁷ Dersom selskapets tilbakeføringskrav mot medkontrahentens suksessorer er et vindikasjonskrav, jf. punkt 5.4.1 foran, vil kravet på den annen side neppe foreldes, idet kravet tvilsomt er en "fordring" i denne lovens forstand, jf. fl. § 1.¹⁵⁸

Mer usikkert er det imidlertid hvor selskapets tilbakeføringskrav består av en bestemt ytelse som skal restitueres in natura.¹⁵⁹ Foreldelsesloven omfatter riktignok fordringer på ulike typer naturalytelser.¹⁶⁰ Selv om nyere teori har tatt en viss avstand fra sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, kan denne sondringen likevel fortsatt være retningsgivende for fastleggelsen av hvilke krav som faller under foreldelseslovens anvendelsesområde.¹⁶¹

På bakgrunn av teoriens behandling av denne sondringen, samt uttalelser i foreldelseslovens forarbeider om at vindikasjonskrav ikke bør være gjenstand for foreldelse,¹⁶² er det uklart om krav på naturalrestitusjon omfattes av foreldelseslovens

¹⁵⁶ LG-2003-14985, Røed s. 46 flg.

¹⁵⁷ Røed s. 98 flg., Bergsåker (1994) s. 319.

¹⁵⁸ Bergsåker (1994) s. 290-291.

¹⁵⁹ Som er lovens hovedregel, jf. punkt 5.4.1 foran.

¹⁶⁰ F.eks. Rt. 1985 s. 503 hvor foreldelsesloven ble anvendt på et krav på fastholdelse av et eiendomskjøp.

¹⁶¹ Sondringen er bl.a. behandlet av Røed s. 100 flg.

¹⁶² Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) s. 51.

regler. Naturalrestitusjonskravet er riktignok neppe et vindikasjonskrav, men denne uklarerheten støttes av Keiserud om foreldelse av krav etter aksjelovens § 3-7.¹⁶³

Et krav på naturalrestitusjon som er blitt konvertert til et verdirestitusjonskrav (jf. punkt 5.4.3 foran), omfattes i prinsippet av foreldelseslovens regler. En slik løsning er imidlertid mindre naturlig så lenge det opprinnelige naturalrestitusjonskravet ikke omfattes av foreldelsesloven, og løsningen er således lite heldig retts teknisk sett.¹⁶⁴

De krav som etter dette omfattes av foreldelsesloven, foreldes "etter den alminnelige frist i foreldelsesloven § 2 jf § 3 nr 1, og utgangspunktet må være den dag selskapet hadde rett til å kreve oppfyllelse", jf. Rt. 1998 s. 1042 (s. 1058). Følgelig løper det en treårsfrist fra oppfyllestidspunktet.¹⁶⁵ Det gjelder dessuten på visse vilkår en tilleggsfrist på ett år, bl.a. for krav et "aksjeselskap" har "mot medeier", jf. fl. § 12 nr. 1 bokstav b.

6.2 Forholdet mellom foreldelse og passivitet

Ulovfestede prinsipper om passivitetsvirkninger har først og fremst betydning på områder der det ikke foreligger positive foreldelsesregler, men kan prinsipielt tenkes å komme til anvendelse også her. På foreldelseslovens område skal det imidlertid relativt mye til før bortfall på grunn av passivitet er aktuelt.¹⁶⁶ Det følger forutsetningsvis av en rekke avgjørelser at de ulovfestede passivitetsreglene antakelig likevel kan tas i betraktning ved siden av foreldelseslovens regler.¹⁶⁷

Dersom selskapets krav omfattes av foreldelsesreglene, blir spørsmålet således om kravet anses bortfalt ved passivitet *før* det er foreldet. Generelt hevdes det imidlertid at jo klarere foreldelsesreglene er, desto mer skal det til for å konstatere bortfall ved passivitet. Hensynet bak foreldelsesreglene tilsier at kreditor vanligvis ikke skal være nødt til å foreta en nøye vurdering av foreldesspørsmålet for det enkelte krav med henblikk på om det skjer foreldelse på et tidligere tidspunkt enn det lovbestede.

¹⁶³ Keiserud punkt 7.22.1.

¹⁶⁴ Keiserud punkt 7.22.1.

¹⁶⁵ Dette forutsetter at tilbakeføringskravet kan sies å forfalle straks avtalen oppfylles, jf. Røed s. 130.

¹⁶⁶ LB-1995-1556 (Norion Bank), Røed s. 62.

¹⁶⁷ Røed s. 62. Fra nyere tid nevnes Rt. 1990 s. 189.

Motsvarende skal debitor ikke uten videre basere seg på at foreldelse inntreffer før dette følger av loven.¹⁶⁸

De ulovfestede passivitetsreglene vil på den annen side komme inn med full tyngde på forhold som ikke uttrykkelig reguleres av foreldelsesloven.¹⁶⁹

6.3 Det ulovfestede prinsipp om passivitet

Spørsmålet er om selskapet ved passivitet kan miste retten til å kreve restitusjon etter aksjelovens § 3-8, før kravet eventuelt foreldes.

Bestemmelsens tilsynelatende kategoriske tilbakeføringsbestemmelse kan tale imot. Det samme kan det forhold at bestemmelsen er begrunnet i hensynet til kreditorene. Et sent fremsatt restitusjonskrav kan på den annen side medføre uheldige konsekvenser for en medkontrahent som har innrettet seg på at avtaleforholdet er oppgjort og avviklet. Ved restitusjonskrav generelt gjelder derfor selvstendige ulovfestede prinsipper om passivitetsbortfall, uavhengig av restitusjonskravets grunnlag.¹⁷⁰

Det kan legislativt være grunn til å oppstille en strengere aktsomhetsplikt for styret - som må gå til innkrevning innen rimelig tid, når det er tale om et tilbakeføringskrav på grunnlag av ugyldighet, enn hvor forpliktelsen er uoppfylt.¹⁷¹ Når det går lang tid mellom avtalens oppfyllelse og selskapets tilbakeføringskrav, forsterkes dessuten oppgjørshensynet slik at senere korreksjon kan bli unaturlig eller urimelig. De momenter som taler for at selskapets ugyldighetsinnsigelse avskjæres ved passivitet, jf. punkt 4.3 foran, vil således i større grad tale for at selskapets *restitusjonskrav* kan bortfalle som følge av ulovfestede prinsipper om passivitetsvirkninger, jf. Rt. 1914 s. 692. Høyesterett uttaler her på generelt grunnlag:

"[D]et er av væsentlig betydning, at [restitusjonskravet] fremsættes og kommer under avgjørelse saavidt mulig inden et rimelig tidsrum. Dels vil en virkelig

¹⁶⁸ LG-2003-14985.

¹⁶⁹ Rød s. 62-64.

¹⁷⁰ Hauge s. 288. Se også punkt 4.3 foran om det ulovfestede prinsipp om rettstap som følge av passivitet.

¹⁷¹ Se om styrets aktsomhetsplikt i punkt 4.3.3.1 foran.

retfærdig omgjørelse, hvorved forholdet saavidt mulig kan bringes tilbake til, hvad det vilde været, om transaktionen ikke hadde foreligget, bli vanskeligere for hvert aar, som gaar, og efter en længere aarrække støte paa næsten uovervindelige vanskeligheter, og dernæst bør [fordringshaveren] ikke ha adgang til gjennem en aarrække at vente, idet han lar kravets fremsættelse bero paa, om han efter forandrede konjunkturer vil tjene eller tape paa omgjørelsen.” (s. 694)

Selv om fordringshaveren i denne saken hadde vært passiv i nærmere 30 år, viser uttalelsen prinsipielt til to sentrale hensyn ved spørsmålet om tidsforløpet skal avskjære et restitusjonskrav: Jo lengre tid som går, desto vanskeligere vil det kunne være å foreta en reell gjenopprettelse i lys av hva som ville vært situasjonen dersom disposisjonen ikke var foretatt. Videre vil tidsforløpet kunne åpne for spekulasjonsmuligheter for den som kan gjøre et restitusjonskrav gjeldende.¹⁷²

Spørsmål om passivitetsbortfall har derfor antakelig først og fremst betydning ved restitusjon. Dette synspunktet forsterkes av Rt. 2003 s. 1501 (Winge-dommen).¹⁷³ Saken gjaldt spørsmål om brudd på aksjelovens regler om innkalling til generalforsamling ga grunnlag for tilbakeføringskrav for ulovlig utdelt utbytte, jf. asl. § 3-7.

Generalforsamlingen som vedtok utbyttet ble avholdt 18.02.98. I første styremøte etter at utbyttet ble vedtatt, avholdt 28.04.98, fremkom det ingen merknader til innkallingen eller utbyttet. Utbyttevedtaket ble først bestridt 02.09.98, over fire måneder etter styremøtet. Etter en helhetsvurdering konkluderte Høyesterett med at selskapet ikke hadde krav på tilbakebetaling av det utdelte utbyttet. Passivitetsbetraktninger ble lagt til grunn som ett av hovedargumentene for løsningen:

”(60) ... og sist, men ikke minst, har det betydning at det gikk lang tid før [selskapet] krevde utbyttet tilbakebetalt. De saksbehandlingsfeil som [er] gjort gjeldende i denne saken, må [selskapet] ha vært fullt klar over på et tidlig tidspunkt. (...) [Selskapet] kan klandres for ikke å ha reagert tidligere, når [det] mente å ha grunnlag for det og ønsket å angripe utbyttevedtaket.”

¹⁷² Se også Arnholm 1932 s. 111.

¹⁷³ Perland s. 534.

Dommen er imidlertid forholdsvis konkret begrunnet, og passivitet var bare ett av flere avgjørende momenter. Andre holdepunkter var partenes avtaleforhold og forutsetninger, samt at selskapets representant hadde stilt seg bak styrets anbefaling om utbytteutdeling. Det er således uklart hvilke generelle slutninger som kan trekkes av dommen om passivitetsvirkninger.

Etter min mening har Høyesteretts prinsipielle uttalelse likevel overføringsverdi på området for aksjelovens § 3-8. Selv om avgjørelsen gjaldt asl. § 3-7, inneholder heller ikke denne bestemmelsen noen tidsbegrensning for når ulovlig utdelt utbytte kan kreves restituert. Begge bestemmelser omhandler transaksjoner mellom selskap og aksjonær, og har dessuten det samme formål; å sikre selskapets egenkapital. De utgjør begge et element i aksjelovgivningens regulering av grensene for selskapsorganenes adgang til å foreta utdelinger og andre disposisjoner til fordel for aksjonærene. Hovedforskjellen er at § 3-7 omhandler ensidige verdioverføringer fra selskapet, mens § 3-8-avtaler også innebærer motytelser fra medkontrahenten.

På bakgrunn av det ovennevnte kan selskapet etter min mening avskjæres fra å kreve restitusjon etter aksjelovens § 3-8 dersom det går for lang tid. En slik løsning kan særlig legges til grunn der generalforsamlingen har underkjent en avtale. Selskapet har i slike tilfeller en klar oppfordring om å kreve restitusjon innen rimelig tid.

Hvis selskapet ikke krever restitusjon fordi styret har unnlatt å fremlegge avtalen for generalforsamlingen, er det på den annen side hensyn som taler mot inntredelse av passivitetsvirkninger. I slike tilfeller har ikke aksjonærene fått anledning til å gjennomgå avtalen.

For medkontrahenten vil årsaken til at kravet er sent fremsatt imidlertid være likegyldig. Medkontrahenten vil i samme grad ha innrettet seg, uavhengig av om det sene kravet skyldes at styret har vært sen med å kreve restitusjon, eller at styret ikke har fremlagt avtalen for generalforsamlingen. Etter mitt syn kan selskapet derfor også i sistnevnte tilfelle miste retten til å kreve restitusjon. Som vilkår for passivitetsbortfall må flertallet på generalforsamlingen imidlertid som utgangspunkt ha hatt kunnskap om

ugyldighets- og restitusjonskravet. På den måten blir aksjonærinteressen tilstrekkelig ivaretatt, jf. punkt 4.3.3.2 foran.

Passivitetsbortfall er særlig nærliggende hvor kravet ikke kan foreldes, jf. punkt 6.2 foran. Uavhengig av om kravet kan foreldes, må spørsmål om inntredelse av passivitetsvirkninger avgjøres ut fra en konkret vurdering, hvor hensynet til innrettelse og vanskelighetene med å gjennomføre et restitusjonsoppgjør er sentrale momenter.

6.4 Andre unntak fra restitusjonsplikten?

I formueretten gjelder visse reservasjoner fra utgangspunktet om ubetinget restitusjonsplikt, ettersom partenes forhold kan innebære at restitusjon i gitte tilfeller fremstår som urimelig, jf. Rt. 1995 s. 46 (Nimbus). Spørsmålet er om det finnes unntak fra medkontrahentens restitusjonsplikt etter aksjelovenes § 3-8 tredje ledd.

Nimbussaken gjaldt en avtale som hadde som formål å omgå vedtektsfestede stemmerettsbegrensninger i et aksjeselskap, hvoretter en av aksjonærene skulle avgi stemme i samsvar med en annen aksjonærs (Nimbus') direktiver. Nimbus forpliktet seg til senere å kjøpe førstnevntes aksjer på nærmere bestemte vilkår. Da Nimbus fikk nytt styre, og dette ble kjent med stemmegivningsavtalen, gjorde selskapet gjeldende at avtalen var ugyldig basert på lov- og ærbarhetsstrid, og det ble krevet tilbakebetaling.

Høyesteretts flertall fant at selv om avtalen måtte anses ugyldig, var restitusjonskravet utelukket etter "alminnelige obligasjonsrettslige regler." Flertallet la avgjørende vekt på at tilbakebetalingskravet virket "svært urimelig når man tar i betraktning at det var Nimbus som både tok initiativet til avtalen og utformet opplegget, og som etter klar avtale skulle ha investeringsrisikoen." (s. 51)

Det spesifiseres ikke nærmere hvilket alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp Høyesterett sikter til, men muligens siktes det til prinsippet om at ingen skal profitere på eget rettsstridig forhold, jf. også Rt. 1993 s. 312. Slik det lå an, ville restitusjonskravet

fremstå som svært urimelig. Formelt kan resultatet imidlertid sies å følge av alminnelige rettsgrunnsetninger.¹⁷⁴

Mindretallet var enig i flertallets konklusjon, men hadde en annen begrunnelse. Avtalen var ugyldig ved at den forfulgte et rettsstridig formål, og selskapet måtte da selv bære det tap som dets handlemåte hadde ført med seg. Spørsmålet om tilbakeføringskrav måtte "avgjøres konkret ut fra en vurdering av partenes forhold og hva som best fremmer de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig." (s. 54)

Etter Hauges¹⁷⁵ syn er mindretallets tilnæringsmåte den mest realistiske, ettersom det ville vært støtende om Nimbus hadde fått medhold i sitt tilbakeføringskrav. Den typiske rettsvirkning for lov- og ærbarhetsstridige avtaler er at domstolene ikke medvirker til restitusjonsoppgjør. Utenfor ærbarhetstilfellene må utgangspunktet ved spørsmål om restitusjon avgjøres konkret ut fra lovforbudets beskyttelsesformål, herunder hvorvidt restitusjon anses som nødvendig grunnet den interesse som er krenket ved lovovertrædelsen.

Formålet med aksjelovenes § 3-8 begrunner i seg selv restitusjon. Bestemmelsen utgjør et element i aksjelovgivningens regulering av grensene for selskapsorganenes adgang til å foreta utdelinger og andre disposisjoner til fordel for aksjonærene, som innebærer at den kapital aksjonærene skal ha bundet i selskapet, eller som dette forøvrig trenger til virksomheten, blir svekket. Slike disposisjoner angriper grunnlaget for selskapets virksomhet og innebærer en trussel sett fra selskapskreditorenes side fordi det dekningsgrunnlag selskapskapitalen skal utgjøre, dermed kan bli utilstrekkelig.¹⁷⁶ Et restitusjonsoppgjør er således et direkte bidrag til ivaretagelse av aksjonærenes og kreditorenes interesser.

Det alminnelige prinsipp om at man ikke skal profitere på eget rettsstridig forhold, kan imidlertid etter mitt syn tilsi at selskapet etter forholdene ikke bør få gjennomslag for restitusjon. Majoriteten misbruker f.eks. bestemmelsen på bekostning av minoriteten

¹⁷⁴ Woxholth (2009) s. 282.

¹⁷⁵ Hauge s. 466 og 470 flg.

¹⁷⁶ NOU 1996: 3 s. 47-48.

som er medkontrahent med selskapet.¹⁷⁷ Det kan også tenkes at en avtale er så støtende at selskapet ikke bør høste fordelene av restitusjon, jf. Nimbussaken. Avtalen bestemmer f.eks. at selskapet, som har inngått en annen avtale med minoriteten, senere skal påberope § 3-8 slik at selskapet (majoriteten) tilføres kreditt. Etter forholdene må hensynet til selskapets øvrige aksjonærer og kreditorer muligens vike i slike tilfeller, til fordel for medkontrahenten.

7 KONTRAKTSBRUDD OG ERSTATNING

Spørsmålet er om medkontrahenten kan kreve erstatning for sitt økonomiske tap når en avtale er ugyldig og restitusjon blir krevet etter aksjelovens § 3-8 tredje ledd.

Det er et gjennomgående hensyn bak aksjelovene, deriblant § 3-8, å beskytte selskapets aksjekapital.¹⁷⁸ Kapitalbeskyttelsesbehovet innebærer at medkontrahenten ikke kan redusere aksjekapitalen med hjemmel i obligasjonsrettslige regler, ved å kreve erstatning fra selskapet. Dersom en avtale er ugyldig, kan selskapet således unnlate å yte sin del av denne, samt kreve restitusjon hvis avtalen er oppfylt, uten å risikere å bli møtt med misligholdsbeføyelser fra medkontrahenten.¹⁷⁹

Spørsmålet er da om medkontrahenten kan kreve erstatning fra den som har inngått avtalen på selskapets vegne, dvs. selskapets daglige leder, styremedlemmer eller selskapets juridiske rådgiver. Aksjelovens §§ 3-7 annet ledd eller 3-8 kan ikke være til hinder for en slik løsning.

Ansvar kan foreligge på grunnlag av den alminnelige culparegelen, jf. aksjelovens § 17-1. Culparegelen må anvendes strengt, slik at kun unnskyldelig faktisk villfarelse fritar for ansvar.¹⁸⁰ Styret må m.a.o. ha oppfylt sin aktsomhetsplikt, se punkt 4.3.3.1 foran.

Styret kan f.eks. bli erstatningsansvarlig hvis det forsikrer medkontrahenten om at § 3-8 ikke kommer til anvendelse, noe som deretter viser seg å være uriktig. At aksjeloven i

¹⁷⁷ Se eksempler på andre mulige misbrukssituasjoner i punkt 4.1 foran.

¹⁷⁸ Woxholth (2010) s. 64-65.

¹⁷⁹ Abrahamsen s. 366.

¹⁸⁰ Berge s. 96.

stor grad er preseptorisk, foranlediger videre at partene gjerne inngår avtaler hvor medkontrahenten oppnår beskyttelse på annen måte enn aksjelovene foreskriver. Avtalen bestemmer f.eks. at styret plikter å sørge for at generalforsamlingens godkjenning innhentes, jf. punkt 3.5.2 foran. Skulle styret ikke etterkomme en slik plikt, eller begå så grove saksbehandlingsfeil at godkjenningen i ettertid blir kjent ugyldig, kan avtalen gi grunnlag for kontraktuelt erstatningsansvar.¹⁸¹

Videre gjelder det tidsbegrensninger for styrets fremleggelse av avtalen, herunder for generalforsamlingens behandling av denne, se punkt 2.7 foran. Etter forholdene må avtalen fremlegges "snarest mulig" ved å innkalle til ekstraordinær generalforsamling. Skulle styret ikke etterkomme dette, kan forholdet i prinsippet være erstatningsbetingende overfor medkontrahenten.¹⁸² Har styret tatt eksplisitt forbehold om generalforsamlingsgodkjenning, skal det likevel mye til for ileggelse av erstatningsansvar, jf. punkt 2.5.

Medkontrahenten må ha lidt økonomisk tap som følge av den uaktsomme handling. Ved avtaleugyldighet er løftegiver normalt pliktig til å erstatte den negative kontraktsinteresse, dvs. erstatning som stiller løftemottakeren som om løftet verken ble avgitt eller kom ham til kunnskap.¹⁸³

I samsvar med dette forutsettes det i aksjelovens § 3-8 tredje ledd at medkontrahenten ikke kan kreve å bli stilt som om avtalen lovlig var oppfylt (den positive kontraktsinteresse). Ansvarer kan bare omfatte kostnader og utgifter medkontrahenten var påført i forbindelse med avtaleinngåelsen og eventuelt ved oppfyllelsen og tilbakeføringen.¹⁸⁴

¹⁸¹ Eksempelet forutsetter at avtalen har visse rettsvirkninger i visse situasjoner, selv om den er ugyldig uten generalforsamlingens godkjenning.

¹⁸² Bråthen (2007) s. 86.

¹⁸³ Hagstrøm s. 521, Hauge s. 351.

¹⁸⁴ Berge s. 97.

8 AVSLUTNING

Manglende overholdelse av aksjelovenes § 3-8 har vidtrekkende konsekvenser. Ugyldighet innebærer at verken selskapet eller medkontrahenten er forpliktet iht. en ellers gyldig inngått avtale. Medkontrahenten kan ikke kreve naturaloppfyllelse eller påberope mislighold. Selskapet kan på sin side påberope § 3-8 og kreve tilbakeføring. Bestemmelsen gjelder videre i hele selskapets levetid, den kan komme til anvendelse på relativt små vederlag, og unntaket for forretningsavtaler er nokså skjønnsmessig.¹⁸⁵ Det kan følgelig lett tenkes tilfeller hvor selskapets brudd på aksjelovenes § 3-8 vil kunne gi et resultat som fremstår som sterkt urimelig for medkontrahenten: I ytterste konsekvens tilføres selskapet ekstra likviditet, mens medkontrahenten står igjen med en ugyldig avtale, et stort økonomisk tap og ingen reaksjonsmuligheter.

Oppgaven har vist at dette utgangspunktet imidlertid må modifiseres noe. Som det fremgår, er det ikke åpenbart at selskapet alltid kan påberope bestemmelsen og kreve restitusjon. Godkjennelse kan for det første allerede være gitt stilltiende på grunn av styrets handlemåter (punkt 2.6). I tillegg kan selskapets styre være for sent ute med å fremlegge avtalen for generalforsamlingen (punkt 2.7). Passivitetsbetraktninger kan dessuten avskjære selskapets adgang til å påberope bestemmelsen og kreve restitusjon (punkt 4.3 og 6.3). Restitusjon kan også være avskåret pga. det alminnelige prinsipp om at man ikke skal profittere på eget rettsstridig forhold (punkt 6.4). Endelig kan medkontrahenten kreve erstatning fra den som har inngått avtalen på selskapets vegne (punkt 7).

Formålet med oppgaven har vært å gi rettslig avklaring av utvalgte problemstillinger rundt anvendelsen av gyldighetsregelen i aksjelovenes § 3-8. Som nevnt innledningsvis har imidlertid ikke Høyesterett tatt stilling til disse spørsmålene, og det samme gjelder til dels også juridisk litteratur. Aksjelovenes § 3-8 har likevel vært gjenstand for en del kritikk i teorien. Kritikken går bl.a. ut på at bestemmelsen rekker for langt. Det gjenstår å se hvordan domstolene tolker bestemmelsen.

¹⁸⁵ Bråthen (2007) s. 89.

9 LITTERATURLISTE

Norske lover

Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44.
Allmennaksjeloven (asal.)	Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45.
Dekningsloven (deknl.)	Lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr. 59.
Foreldelsesloven (fl.)	Lov om foreldelse av fordringer 18. mai 1979 nr. 18.
Forsinkelsesrenteloven (rentel.)	Lov om renter ved forsinket betaling m.m. 17. desember 1976 nr. 100.
Kjøpsloven (kjl.)	Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.
Tvisteloven (tvf.)	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. juni 2005 nr. 90.
Vergemålsloven (vgml.)	Lov om vergemål for umyndige 22. april 1927 nr. 3.

Nordiske lover

Aktiebolagslagen	Aktiebolagslag 16. juni 2005 nr. 551.
Aktieselskabsloven	Lov om aktieselskaber 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet).
Selskabsloven	Lov om aktie- og anpartsselskaber 12. juni 2009 nr. 470.

Forarbeider

- NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper.
- NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.
- Ot.prp. nr. 38 (1977-1978) Lov om forelding av fordringer.
- Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Aksjeselskaper (aksjeloven).
- Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper.
- Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) Aksjelovgivningen mv.

Juridisk litteratur

- Aarbakke m.fl. Aarbakke, Magnus m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2004).

- Aagaard Aagaard, Jess, "Aktionærleveranser iht. aktieselskabslovens § 6 c", *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1997 B s. 18-20.
- Abrahamsen Abrahamsen, Thomas og Sindre Aase, "Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004:3 s. 341-372.
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006).
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009).
- Arnholm Arnholm, Carl Jacob, *Passivitetsvirkninger. Et bidrag til læren om de rettsstiftende kjensgjerninger* (Oslo 1932).
- Berge Berge, Stig og Lars Eirik Gåseide Røsås, *Avtaler med aksjeeiere og selskapets ledelse mv. - en praktisk fremstilling av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8* (Oslo 2009).
- Bergsåker (1994) Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett* (Oslo 1994).
- Bergsåker (2001) Bergsåker, Trygve, *Lærebok i pengekravsrett*, 2. utgave (Oslo 2001).
- Bernt Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger, "Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten", i *Samfunn, rett og rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, (Spydeberg 1986) s. 86-122.
- Bråthen (2007) Bråthen, Tore, "Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen", *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2007:3 s. 65-89.
- Bråthen (2008) Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 3. utgave (Oslo 2008).
- Giertsen (1999) Giertsen, Johan, *Fusjon og fisjon* (Bergen 1999).
- Giertsen (2003) Giertsen, Johan, "Aksjeselskapsretten som obligasjonsrettslig disiplin", *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2003 s. 53-70.
- Giertsen Giertsen, Johan, "Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse", *Jussens Venner*, 2003 s. 249-263.
- Gomard Gomard, Bernhard, *Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 5. utgave (København 2006).
- Hagstrøm Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke*, 3. opplag (Oslo 2004).

- Hauge Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* (Oslo 2009).
- Holmboe Holmboe, Morten, "Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring", *Jussens Venner*, 1991 s. 23-44.
- Hov Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave (Oslo 2002).
- Keiserud Keiserud, Thomas, "Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper", 2002, publisert på www.konkursradet.no.
- Knoph Knoph, Ragnar, *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utgave (Oslo 2009).
- Krokeide Krokeide, Kjetil, "Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 3, 1982 s. 353-533.
- Krüger Krüger, Kai, *Pengekrav*, 2. utgave (Bergen 1984).
- Lund Lund, Kjetil, "Bemerkninger om noen hovedpunkter i læren om villfarelse", *Jussens Venner*, 1970 s. 57-86.
- Lunde Lunde, Tore, "Kan konkursboets omstøtelseskrav avhendes?", *Lov og Rett*, 1996 s. 244-258.
- Nazarian Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Oslo 2007).
- Nerep Nerep, Erik & Per Samuelsson, *Aktiebolagslagen: en lagkommentar del I*, 2. utgave (Stockholm 2009).
- Neville Neville, Mette, "Selskabsretten tilbake til sine rødder?", i *Festskrift til Aage Michelsen*, (København 2000) s. 35-59.
- Perland Perland, Olav, "Kapitalbeskyttelse for enhver pris?", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 s. 562-580.
- Platou Platou, Oscar, *Forelæsninger over norsk selskapsret II. Om aktieselskaper, kommanditselskaper paa aktier og foreninger* (Oslo 1933).
- Røed Røed, Anne Cathrine, *Foreldelse av fordringer*, 2. utgave (Oslo 2004).
- Schaumburg-Müller Schaumburg-Müller, Peer & Erik Werlauff, *Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov*, 3. utgave (København 2008).
- Sigurdsen Sigurdsen, Halvor E., "Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende", i *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange: Årbok 2006* s. 117-128.

- Skåre Skåre, Jan, "Søksmål om anfektelse av generalforsamlingsbeslutning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997 s. 1-20.
- Truyen Truyen, Phillip, "Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper", *Jussens Venner*, 2004 s. 305-328.
- Woxholth (2009) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 7. utgave (Oslo 2009).
- Woxholth (2010) Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 3. utgave (Oslo 2010).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1914 s. 692

Rt. 1934 s. 613

Rt. 1965 s. 310

Rt. 1981 s. 445

Rt. 1985 s. 503

Rt. 1989 s. 659

Rt. 1990 s. 189

Rt. 1992 s. 352

Rt. 1993 s. 312

Rt. 1994 s. 792

Rt. 1995 s. 46

Rt. 1996 s. 407

Rt. 1998 s. 1042

Rt. 2000 s. 610

Rt. 2001 s. 1288

Rt. 2002 s. 71

Rt. 2003 s. 1501

Rt. 2008 s. 385

Lagmannsrettene

LB-1995-1556

LG-2003-14985

LA-2006-38534

LH-2007-108987

LB-2008-118846

LB-2009-68016

Tingrettene

RG 1992 s. 707

TOSLO-2008-43478

TOSLO-2009-10444

Antall ord i oppgaven: 17 955