



NORGES HØYESTERETT

Den 31. august 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-01717-A, (sak nr. 2009/500), sivil sak, anke over dom,

Erling Ulven Borg

(advokat Eivind Bjøralt)

mot

Finance Credit AS, dets konkursbo

(advokat Jacob S. Bjønness-Jacobsen
– til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder et tidligere styremedlems ansvar overfor selskapets konkursbo for manglende innbetaling av innmeldt aksjeinnskudd ved kapitalforhøyelse – rekkevidden av garantiansvaret etter den objektive regelen i aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19. Bestemmelsene slår fast at styremedlemmer og revisor er solidarisk ansvarlige for ”det som måtte mangle av den aksjekapital som i meldingen til Foretaksregisteret er oppgitt og bekreftet innebetalt”.
- (2) Sakens bakgrunn er i hovedtrekk følgende:
- (3) Torgeir Stensrud og Trond Kristoffersen stiftet i 1996 selskapet Finance Credit AS – senere Finance Credit Norge ASA (i det følgende stort sett forkortet FCN). Formålet var oppkjøp av fordringsporteføljer til underkurs, for senere inndrivelse med fortjeneste. De stiftet flere selskaper med tilnærmet samme formål. Ett av disse var Finance Credit AS (i det følgende stort sett forkortet FC), opprettet i 1998 under et annet navn. Dette var et heleid datterselskap under FCN. FC ble innvilget kassakreditt i Sparebanken NOR i april 1999 med en ramme på 80 millioner kroner, i november utvidet til 150 millioner kroner.

FC hadde ingen ansatte og ble administrert av FCN. FC ble ikke tilført noen fordringsporteføljer, slik låneavtalen forutsatte. Kredittrammen ble utnyttet av FCN.

- (4) Erling Ulven Borg drev virksomhet gjennom familieaksjeselskapet KEWA Invest AS (i det følgende forkortet KEWA), der han hadde en eierandel på 46,5 prosent. I 1997 lånte Stensrud og Kristoffersen hver 15 millioner kroner av dette selskapet, som fikk opsjon på medeierskap i FCN. Sommeren 1998 ble Erling Ulven Borg medeier i FCN med en eierandel på 24,5 prosent gjennom KEWA. Han ble styremedlem i oktober samme år. Foruten stifterne og Borg, var Tønnes H. Thomstad og Svein Ribe Anderssen styremedlemmer. Borg trådte formelt ut av styret 28. desember 2000, men rent faktisk var han ute av styret fra 17. august samme år, da KEWAs engasjement i FCN opphørte. Borg ble styremedlem i FC i 1999 – tidspunktet er noe uklart. Han fratrådte 17. august 2000. De øvrige styremedlemmene var Stensrud, Kristoffersen, Thomstad og Ribe Anderssen. Styresammensetningen i mor- og datterselskap var i den aktuelle perioden altså identisk.
- (5) Aksjekapitalen i FC var opprinnelig 50 000 kroner. På generalforsamling 20. desember 1999 ble den vedtatt utvidet til 5 000 000 kroner. FCN tegnet seg for alle aksjene. Den 17. januar 2000 ble det overført 4 950 000 kroner fra FCNs konto i Nordlandsbanken til FCs kassakredittkonto i Sparebanken NOR. Samme dag overførte FC 4 500 000 kroner fra kassakredittkontoen til en konto i sparebanken NOR som tilhørte FCN. Slik saken står for Høyesterett, er spørsmålet om disse to disposisjonene må ses i sammenheng, med den virkning at kun 450 000 kroner av kapitalutvidelsen kan anses ”innbetalt” til FC, slik at Borg hefter for det resterende etter aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19.
- (6) Melding om kapitalforhøyelse ble undertegnet av samtlige styremedlemmer i FC 18. februar 2000, bekreftet av revisor og deretter registrert i Foretaksregisteret 12. mai 2000.
- (7) Finance Credit-systemet brøt sammen høsten 2002. Det ble avdekket en rekke ulovligheter. Stensrud og Kristoffersen hadde bevisst ført uriktige regnskaper og ble senere dømt til lange fengselsstraffer for økonomiske misligheter. Konkursbehandling i FC ble åpnet 20. desember 2002.
- (8) Den 22. september 2005 anla FC, dets konkursbo, søksmål ved Oslo tingrett mot Borg, Thomstad og Ribe Anderssen med krav om erstatning for tap påført FC, oppad begrenset til 50 millioner kroner. Som grunnlag ble det opprinnelig vist både til aksjeloven § 17-1 første ledd og til § 10-9 annet ledd jf. § 2-19. Ansvar basert på de sistnevnte bestemmelser ble imidlertid frafalt for tingretten.
- (9) Det ble inngått forlik mellom boet og Thomstad og Ribe Anderssen under saksforberedelsen for tingretten. I tvisten mellom boet og Borg avsa tingretten, satt med to fagkyndige meddommere, dom 4. januar 2007 med slik domsslutning:
- ”1. Erling Ulven Borg frifinnes.
2. Innen 2 – to – uker betaler Finance Credit AS, dets konkursbo, saksomkostninger til Erling Ulven Borg med kr 810 652,- – kroneråttehundreogtitusensekhundreogfemtito 0/100 –, tillagt lovens rente fra forfall til betaling skjer.”
- (10) Tingretten fant at kravet var foreldet. Andre anførsler ble ikke vurdert.

- (11) Boet anket til Borgarting lagmannsrett, og gjorde på nytt gjeldende ansvar også etter aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19. Borg hevdet at dette var et nytt krav i saken som måtte avvises av lagmannsretten, jf. tvistemålsloven §§ 366 og 367. Lagmannsretten, satt med to fagkyndige meddommere, avgjorde avvisningsspørsmålet ved kjennelse 1. november 2007, med slik slutning:

”Krav fra Finance Credit AS, dets konkursbo, overfor Erling Borg om erstatning etter aksjeloven § 10-9 andre ledd, jf. § 2-19, avvises.”

- (12) Dom i saken for så vidt gjaldt ansvaret etter § 17-1 ble avsagt 14. november 2007. Lagmannsrettens flertall, to fagdommere og en av de fagkyndige meddommerne, kom under tvil til at kravet etter denne bestemmelsen ikke var et selvstendig krav på boets hånd, men et krav avledet av FCs eventuelle krav mot Borg. Kravet var da foreldet. Mindretallet, en fagdommer og en fagkyndig meddommer, anså kravet som et selvstendig krav på boets hånd, og fant at kravet ikke var foreldet. Dommen har slik domsslutning:

”1. Tingrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.

2. Saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.”

- (13) Boet påkjærte avvisningskjennelsen og anket senere over dommen. Høyesteretts kjæremålsutvalg besluttet at kjæremålssaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett etter reglene i lov 25. juni 1926 nr. 2 § 6 annet ledd. Justitiarius besluttet at partsforhandling skulle finne sted etter reglene for ankesaker. Anken ble henvist til Høyesterett. Ankeforhandlingen ble begrenset til å gjelde spørsmålet om foreldelse, jf. tvistemålsloven § 392 tredje ledd.

- (14) Ankesaken og kjæremålssaken, som begge skulle behandles etter den tidligere tvistemålslovens regler, ble for Høyesterett behandlet under ett. Høyesterett avsa 10. juni 2008 (Rt. 2008 side 833) dom og kjennelse med slik slutning:

”I kjæremålssaken:

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og saken hjemvises til lagmannsretten til fortsatt behandling.

2. Saksomkostningsavgjørelsen for Høyesterett utsettes i medhold av tvistemålsloven § 179 første ledd til endelig avgjørelse i saken.

I ankesaken:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.

2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.”

- (15) Høyesterett kom – i motsetning til lagmannsretten – til at krav om erstatning etter aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19 prosessuelt måtte anses som det samme som krav om erstatning etter den alminnelige culpa-regelen i § 17-1. Det kunne derfor fremsettes for lagmannsretten i forbindelse med anken dit, selv om det var frafalt under tingrettens behandling.

- (16) For så vidt gjaldt de materielle spørsmål lagmannsretten hadde tatt stilling til, var Høyesteretts flertall (4 dommere) enig i at erstatningskravet basert på aksjeloven § 17-1 var foreldet. Flertallet la – som lagmannsretten – avgjørende vekt på at konkursboet ikke

kan gjøre gjeldende noe selvstendig krav på erstatning etter § 17-1 på vegne av kreditorene, og at det derfor ikke startet noen ny foreldelsesfrist på boets hånd i forbindelse med konkursåpningen. Et krav etter § 17-1 måtte bygge på det krav selskapet eventuelt hadde mot Borg. Og et slikt krav var altså foreldet med virkning også for konkursboet.

- (17) Etter Høyesteretts opphevelse av lagmannsrettens avvisningskjennelse for så vidt gjaldt aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19, ble spørsmålet om ansvar etter disse regler behandlet av Borgarting lagmannsrett, som 29. januar 2009 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. Erling Ulven Borg dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynning å betale til Finance Credit AS, dets konkursbo, 4 500 000 – firemillionerfemhundretusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 18. juli 2007 til betaling skjer.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.”
- (18) Erling Ulven Borg anket dommen til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens saksbehandling, bevisvurdering og rettsanvendelse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 30. april 2009 er anken over rettsanvendelsen tillatt fremmet. For øvrig er det ikke gitt samtykke til ankebehandling.
- (19) Ankende part – *Erling Ulven Borg* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (20) Ansvar etter aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19 er meget strengt, og man må da være varsom med å utvide det til forhold som ikke direkte dekkes av ordlyden.
- (21) Uttrykket ”innbetalt” i aksjeloven § 2-19 er ikke nærmere definert. Det må forstås i tråd med alminnelige regler om frigjørende betaling, jf. finansavtaleloven § 39. Det avgjørende vil være om beløpet er stilt til disposisjon på selskapets konto, eller at beløpet er godskrevet FCs bank, jf. Rt. 1998 side 1523. Innskuddet behøver ikke å være i behold når kapitalforhøyelsen meldes til Foretaksregisteret, eller når den registreres der. Styremedlemmer og revisor kan heller ikke på objektivt grunnlag innestå for at ikke selskapet selv irregulært disponerer over aksjeinnskuddet etter at det er innbetalt.
- (22) Den tolkningen som følger av ordlyden og av sammenhengen mellom de ulike lovbestemmelsene, har også støtte i formålet med ansvarsregelen – å sikre at tegnet aksjekapital blir stilt til rådighet for selskapet, jf. Rt. 2007 side 220 avsnitt 25. Forarbeidene til dagens aksjelov viser dessuten at man knyttet det objektive ansvaret til forhold som styret og revisor lett kan kontrollere, og at det ikke skulle omfatte den løpende revisjonen, jf. NOU 1996: 3 side 113 og Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) side 134. Det siste er også fremhevet i Rt. 2007 side 220 avsnitt 41. Selskapets egen disponering av aksjekapitalen – også i perioden mellom innbetaling og registrering – reguleres derfor av andre regler.
- (23) Lagmannsretten har bygget ansvaret på den nære tidsmessige sammenhengen mellom innskuddet til FCN fra FC på 4 950 000 kroner, og overføringen fra FC til FCN på 4 500 000 kroner. Et slikt sammenfall i tid er uansett ikke tilstrekkelig for ansvar, ettersom dette ville bringe forretningsmessig velgrunnede disposisjoner inn under § 2-19.

Siden anken for Høyesterett er begrenset til å prøve lagmannsrettens rettsanvendelse, og lagmannsretten ikke har tatt stilling til faktiske forhold som vil være av betydning for en nærmere vurdering av sammenhengen mellom transaksjonene, gjøres det subsidiært gjeldende at lagmannsrettens dom må oppheves.

(24) Ankende part har nedlagt slik påstand:

- ”1. **Prinsipalt:**
Erling Ulven Borg frifinnes.
2. **Subsidiært:**
Lagmannsrettens dom oppheves og saken hjemvises til lagmannsretten for fortsatt behandling.
3. **I begge tilfeller:**
Erling Ulven Borg tilkjennes saksomkostninger for lagmannsrett, Høyesterett, ny behandling i lagmannsrett, og ny behandling i Høyesterett.”

(25) Ankemotparten – *Finance Credit AS, dets konkursbo* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(26) Lagmannsrettens dom er riktig. At styremedlemmer og revisor innestår for at aksjekapitalen er ”innbetalt” til selskapet, og ”mottatt” av dette, innebærer ikke bare at de går god for at aksjeinnskuddet i teknisk forstand er gjort opp. De garanterer også for at det er en realitet i kapitaltilførselen – at aksjeinnskuddet virkelig representerer en styrking av egenkapitalen slik det innmeldes til Foretaksregisteret. De forskjellige formuleringer i aksjeloven dekker et ansvar med slik rekkevidde, og det er ikke grunn til å foreta noen innskrenkende tolkning.

(27) En slik forståelse av aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19 er også i tråd med de generelle hensyn som ligger bak ulike regler om beskyttelse av selskapskapitalen, jf. særlig NOU 1992: 29 side 37. Den er også i samsvar med uttrykksmåten i Høyesteretts praksis, hvor det er vist til betydningen av at aksjeinnskuddet ”virkelig blir overført til rådighet”, ”rent faktisk ble stilt til rådighet” eller lignende, jf. særlig Rt. 2007 side 220 avsnitt 25 og 33. Også i den juridiske teorien har man fokusert på realitetene, ettersom man nokså gjennomgående knytter ansvaret til om selskapet har ”mottatt” innskuddet eller lignende. Svensk, dansk og tysk rett har også fokus på at aksjeinnskuddene må være reelle.

(28) Sammenhengen i transaksjonene mellom FCNs og FCs konti 17. januar 2000 innebar at kun ca. 10 prosent at den innmeldte kapitalforhøyelsen ble realisert hos FC – og styremedlemmene og revisor hefter for det resterende.

(29) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:

- ”1. **Anken forkastes.**
2. **Erling Ulven Borg dømmes til å betale til Finance Credit AS, dets konkursbo sakskostnader for Norges Høyesterett.”**

(30) *Jeg er kommet til* at anken fører frem.

(31) Saken gjelder ansvar etter aksjeloven § 10-9 annet ledd jf. § 2-19, og jeg skal først si noe generelt om dette.

- (32) Grunnlaget ligger i plikten til å melde kapitalforhøyelser i aksjeselskap til Foretaksregisteret, jf. § 10-9 som lyder:

”§ 10-9. Melding til Foretaksregisteret

- (1) Er det minstebeløpet som er fastsatt av generalforsamlingen tegnet, skal kapitalforhøyelsen meldes til Foretaksregisteret innen tre måneder etter tegningsfristens utløp. Meldingen skal angi beløpet for kapitalforhøyelsen.
- (2) Før kapitalforhøyelsen meldes til Foretaksregisteret, skal aksjeinnskudd være yttet fullt ut, herunder skal resultatet av teknisk bistand, forsknings- og utviklingsarbeider mv være stilt til rådighet for selskapet. I meldingen til Foretaksregisteret skal det opplyses om at selskapet har mottatt aksjeinnskuddene. Dette skal bekreftes av revisor. § 2-19 gjelder tilsvarende.
- (3) Er kapitalforhøyelsen ikke meldt til Foretaksregisteret innen fristens utløp, kan registrering ikke finne sted. Tegningene av aksjer er da ikke lenger bindende. Det samme gjelder om registrering nektes på grunn av feil som ikke kan rettes.”

- (33) Ved § 10-9 annet ledd fjerde punktum er § 2-19 om ansvar i forbindelse med melding om innbetalt aksjekapital ved stiftelse av selskap, gitt tilsvarende anvendelse ved kapitalforhøyelse. Bestemmelsen lyder:

”§ 2-19. Ansvar for melding om innbetalt aksjekapital

- (1) Styrets medlemmer og revisor er solidarisk ansvarlig for det som måtte mangle av den aksjekapital som i meldingen til Foretaksregisteret er oppgitt og bekreftet innbetalt eller gjort opp på annen måte. Dette gjelder selv om det ikke er voldt skade.
- (2) Ansvar etter første ledd gjelder ikke mangler som skriver seg fra verdsettingen av innskudd i andre eiendeler enn penger.”

- (34) Disse bestemmelsene utgjør ett av flere regelsett i aksjeloven som skal bidra til å sikre at tegnet aksjekapital virkelig blir overført til rådighet for selskapet. Hovedhensynet bak reglene er at tredjemann, med utgangspunkt i det som er registrert i Foretaksregisteret, skal kunne se hvilken aksjekapital som er tegnet, og om den er innbetalt. Og han skal kunne stole på det som er innført i registeret i så måte, jf. blant annet Rt. 1976 side 1138 på side 1143 og Rt. 2007 side 220 avsnitt 36. Tredjemann kan imidlertid ikke ut fra Foretaksregisteret vite noe bestemt med hensyn til selskapets egne beføyelser over aksjeinnskuddet etter at det ble stilt til selskapets rådighet. Loven tillater i stor utstrekning at aksjeinnskudd betales direkte til selskapet, og at det disponeres over innskuddet før melding og registrering. På nærmere vilkår kan innskuddet også gjøres opp ved motregning, jf. § 2-12 annet ledd.
- (35) De strenge ansvarsreglene for styremedlemmer som følger av § 10-9 jf. § 2-19, var ikke nye ved aksjeloven av 1997. Allerede aksjeloven av 1910 hadde regler av denne karakter, jf. i første rekke § 19 om styremedlemmers ansvar for ”hvad der maatte mangle” med hensyn til ”dets opgave til registerføreren om indbetalt aktiekapital”. Etter aksjeloven av 1957 § 27 første ledd var styremedlemmene solidarisk ansvarlige overfor selskapet for at den aksjekapital som i meldingen til handelsregisteret var oppgitt å være innbetalt, også var innbetalt.
- (36) Bestemmelser om slikt objektivt ansvar ble ikke videreført i aksjeloven av 1976, først og fremst fordi det ble oppfattet som for strengt og hadde liten internasjonal utbredelse. Det ville – mente man – være tilstrekkelig med den alminnelige culpa-regelen slik den da fulgte av §§ 15-1 og 15-2.

- (37) Da loven igjen skulle endres, fant man imidlertid grunn til å øke beskyttelsen av aksjekapitalen. Den subjektive regelen hadde medført problemer i praksis, blant annet fordi det hadde vist seg vanskelig å påvise årsakssammenheng med kreditorenes tap, jf. NOU 1992: 29 side 28 og NOU 1996: 3 side 113. Samme sted fremgår det at man ikke så noen risiko for at et objektivt ansvar kunne bli urimelig strengt, ettersom det ville være lett for både stifterne og revisor å ”forvise seg om at aksjeinnskuddet er mottatt av selskapet før dette bekreftes i meldingen”. At man under lovforberedelsen knyttet ansvaret til forhold som det er ”lett” å ”forvise seg om”, har – som jeg kommer litt tilbake til – etter mitt syn betydning for rekkevidden.
- (38) Jeg nevner at man ved aksjeloven av 1997 utvidet ansvaret i § 2-19 til å gjelde også selskapets revisor, og at han da skulle svare for det som måtte mangle av aksjekapital som han hadde bekreftet innbetalt. Plikt til å gi slik bekreftelse hadde tidligere fulgt av firmaloven av 1890 § 19 annet ledd bokstav e, som foreskrev at meldingen om aksjeselskap skulle vedlegges ”erklæring fra revisor om at de opplysninger som er gitt om aksjekapitalens innbetaling er riktige”. Det tilsvarende fremgår av foretaksregisterloven av 1985 § 4-4 bokstav e, som blant annet bestemmer at som vedlegg til melding til Foretaksregisteret skal det følge ”erklæring fra revisor om at de opplysninger som er gitt om innbetaling av aksjekapital” er riktige. Før aksjeloven av 1997 heftet revisor på culpa-grunnlag, jf. Rt. 1993 side 1399.
- (39) Bakgrunnen for å skjerpe ansvaret knyttet til erklæringen var et ønske om ”å sikre kontroll med at innskuddet virkelig blir ytt”, ved å kreve at ”revisor skal bekrefte at innskuddet er mottatt av selskapet før registrering”, jf. NOU 1996: 3 side 112. I Ot.prp. nr. 23 (1996-97) side 134 pekes det på at det normalt vil være prinsipielle innvendinger mot et slikt solidaransvar mellom et selskaps ledelse og revisor. Når dette likevel kunne aksepteres – herunder av Den Norske Bankforening og Norges Statsautoriserte Revisorers Forening – var dette fordi bekreftelsen på innbetalt aksjekapital måtte oppfattes som en ”særattestasjon”, og ikke var en del av den ”ordinære revisjon”.
- (40) Saken vår gjelder ansvaret for et styremedlem. Men det følger altså av lovens system at ansvaret etter § 2-19 har det samme innholdet for revisor. Denne sammenhengen får særlig betydning der selskapsstrukturene, pengestrømmene og vedkommende styremedlems samlede engasjement skaper en forhøyet risiko for uregelmessigheter, og hvor ansvar for et styremedlem i og for seg kunne være velgrunnet. Men ansvaret etter § 2-19 kan heller ikke i slike tilfeller strekkes lenger enn det som i samme sak også hadde kunnet forsvares overfor revisor – man må eventuelt bygge ansvaret på et subjektivt grunnlag. Den sammenhengen jeg her peker på, innebærer også at det som fremgår av rettskildene med hensyn til rammene for revisors ansvar etter § 2-19, har direkte overføringsverdi i forhold til styremedlemmers ansvar – og omvendt.
- (41) Ansvaret etter § 2-19 første ledd gjelder altså for styremedlemmer og for revisor, og omfatter ”det som måtte mangle” av den aksjekapital som overfor Foretaksregisteret er ”oppgitt og bekreftet innbetalt eller gjort opp på annen måte”. Om noe mangler, må vurderes ut fra en sammenligning av hva som er innmeldt og bekreftet på den ene side, og det beløp som ”rent faktisk ble stilt til rådighet for selskapet” på den andre, jf. Rt. 2007 side 220 avsnitt 33. Av avsnitt 47 i nevnte høyesterettsdom fremgår for øvrig at ved konkurs vil kreditorene – representert ved boet – ha et selvstendig krav mot styremedlemmer og revisor etter § 2-19. Dette da – som jeg har vært inne på tidligere – i

motsetning til erstatningskrav etter den alminnelige culpa-regel i § 17-1, jf. Rt. 2008 side 833.

- (42) For så vidt gjelder det generelle, peker jeg til slutt på at ansvaret etter § 2-19 er spesielt: Det er ikke noe vilkår at vedkommende er å bebreide. Tvert imot bygger ansvarsformen på at ansvaret i første rekke dekker andres forsømmelser eller misligheter. Det er heller ikke noe krav at selskapet er påført noe tap. Bestemmelsen i § 2-19 er slik sett ikke noen vanlig erstatningsregel, men pålegger styremedlemmer og revisor et garantiansvar for innmeldte og bekreftede aksjeinnskudd. Ansvaret er ikke bare strengt. Det kan etter forholdene også gjelde betydelige beløp.
- (43) Problemstillingen i vår sak er om styremedlemmenes og revisors ansvar er begrenset til at aksjeinnskuddet er gjort opp med frigjørende virkning overfor selskapet, eller om garantien også omfatter at innskuddet representerer en reell kapitalforhøyelse i tråd med meldingen og revisors erklæring. I bunn og grunn blir dette et spørsmål om styremedlemmer og revisor hefter for at tegnerens innskuddsforpliktelse i sin helhet gjennomføres, og derfor også innestår for at det i forbindelse med et formelt sett gjennomført aksjeinnskudd til selskapets konto, ikke foreligger for eksempel proforma, svik, ulovlige utbyttebetalinger, irregulære lån, motregning som kan være til skade for selskapet eller kreditorer, eller lignende. Problemstillingen blir særlig aktuell når selskaps- og personkonstellasjonene blir så tette som i vår sak, og hvor inn- og utbetalingene mellom selskapene faller sammen i tid på en måte som gjør det rimelig å spørre om selskapet virkelig ble tilført særlige verdier ved forhøyelsen av aksjekapitalen. Men jeg minner altså om at rekkevidden av dette objektive ansvaret må trekkes mer generelt, og også med det for øye at revisor blir solidarisk ansvarlig.
- (44) Jeg tar for min del utgangspunkt i ordlyden i § 2-19. Det styremedlemmene og revisor hefter for, er den aksjekapitalen som er meldt og bekreftet ”innbetalt”. Uttrykket er det samme som i § 10-13 som regulerer selve oppgjøret, og som sier at innskuddet – avhengig av hva som måtte være bestemt av generalforsamlingen – skal ”innbetales på særskilt konto”, eller ”betales direkte til selskapet”. Så langt er det etter mitt syn ikke tvil om man sikter til det rent oppgjørstekniske – om de aktuelle pengebeløp er gjort opp med frigjørende virkning overfor selskapet. Det er da nærliggende å trekke linjen til oppgjørsreglene i finansavtaleloven § 39.
- (45) Jeg er enig i at uttrykkene ”ytet fullt ut” og ”mottatt” i § 10-9 annet ledd kan oppfattes som noe videre, og gi en viss åpning for at garantiansvaret også dekker de økonomiske realiteter bak innbetalingen. Men av to grunner legger jeg for min del mindre vekt på dette. For det første later det til at uttrykkene i denne bestemmelsen er valgt for å fange opp situasjoner der kapitalforhøyelsen skjer ved tingsinnskudd. Da kan det oppstå en rekke særlige problemer knyttet til om innskuddet er ”gjort opp på annen måte” enn ved innbetaling, jf. § 2-19 annet ledd. For det andre beskriver uttrykket ”ytet fullt ut” først og fremst aksjonærens plikt til å innbetale hele innskuddet til selskapet før registreringen, som et motstykke til eldre aksjelovs regler som ga anledning til å vente med innbetaling av deler av aksjekapitalen, se blant annet NOU 1996: 3 side 111-112. Jeg har vanskelig for å se at man med formuleringene i § 10-9 tok sikte på en utvidelse av ansvaret i forhold til det som følger av ordlyden i § 2-19.
- (46) Jeg kan heller ikke se at man noe sted i forarbeidene til aksjeloven er inne på et ansvar etter de linjer ankemotparten gjør gjeldende. Det er vel så at man et par steder bruker

uttrykk som at aksjeinnskuddet ”virkelig blir tilført selskapet” eller lignende, jf. NOU 1992: 29 side 41. Men dette er ikke i tilknytning til en analyse av ansvarsregelen i § 2-19, men som en generell angivelse av hvilke hensyn denne og en rekke andre regler – herunder culpa-regelen – skal ivareta. Som eksempel viser jeg til NOU 1992: 29 side 37 hvor det under overskriften ”Generelt om regler til beskyttelse av selskapskapitalen” heter:

”Det begrensede ansvar i aksjeselskaper innebærer at det må fastsettes regler som ivaretar kreditorenes interesser i at aksjekapitalen virkelig blir innbetalt til selskapet og i at aksjeeiernes råderett over selskapets kapital til selskapsfremmede formål begrenses. En stor del av aksjelovens regler har dette som siktemål.”

- (47) For så vidt gjelder forarbeidenes bruk av uttrykket ”virkelig innbetales”, viser jeg også til den omtale av de dagjeldende svenske regler som gis i NOU 1992: 29 side 118:

”For selskaper med en bunden egenkapital på over én million kroner, gjelder en regel om at halve aksjekapitalen skal være innbetalt før registrering, og at innbetalingen skal være bekreftet av revisor. For andre aksjeselskaper skal hele det beløp som skal innbetales for aksjene, innbetales på en særskilt konto før registreringen. Innbetalingen skal være bekreftet av banken. I motsetning til ved stiftelse gjelder det imidlertid ingen regel om at beløpet ikke kan røres før etter et bestemt skjæringstidspunkt. Hovedpoenget med bestemmelsen er å sikre at kapitalen virkelig innbetales.”

- (48) Og på side 119 i samme NOU heter det:

”Regelen i den svenske aksjeloven sikrer også en kontroll med at innskuddet virkelig innbetales til selskapet. Det kreves som nevnt at innbetalingene skal bekreftes av banken, eventuelt revisor.”

- (49) Jeg har vanskelig for å se at de svenske regler som her omtales – særlig da ordningen med at innbetalingen skal bekreftes av banken – omfatter noe mer enn en bekreftelse på at innskuddet er betalt. Men også dette er altså ifølge forarbeidene til gjeldende aksjelov en kontroll med at kapitalen ”virkelig innbetales”.
- (50) I høyesterettspraksis finner man eksempler på ordbruk som isolert sett nok kan sies å rekke noe videre enn til å dekke den rene innbetaling. Jeg viser særlig til Rt. 2007 side 220 i avsnitt 25 (”virkelig blir overført til rådighet”) og 33 (”rent faktisk ble stilt til rådighet”). Også dette er imidlertid nokså generelle uttalelser. Og jeg finner ikke holdepunkter for at man med disse har tatt sikte på å løse det spørsmål som står til avgjørelse i vår sak. Tvert om ser det for meg ut til at man har hentet uttrykksmåten fra enkelte høyesterettsdommer i tilknytning til aksjeloven av 1976, som altså ikke hadde noen tilsvarende regel som vi nå har i § 2-19, se i første rekke Rt. 1993 side 1399 på side 1405 (”virkelig finnes i selskapet”) og 1998 side 1924 på side 1930 (”virkelig står til disposisjon for selskapet”).
- (51) Da man gjeninnførte garantiansvaret ved aksjeloven av 1997, var dette – som jeg allerede har nevnt – bygget på forutsetningene om at ansvaret ikke skulle omfatte forhold under den ordinære revisjon, og at det var begrenset til faktiske forhold som det var lett å sjekke både for styremedlemmene og revisor. Med disse premissene distanserte man seg etter mitt syn fra en ordning hvor styremedlemmer og revisor innestår for tegnerens innskuddsforpliktelse i sin helhet.

- (52) Også hensynet til forutsigbarhet og praktikable ansvarsregler taler mot å la ansvaret – som altså er fullt ut objektivt – bero på en nærmere og helt konkret vurdering av om situasjonen ligger slik an at et aksjeinnskudd som er stilt til et selskaps rådighet, på grunn av mottransaksjoner eller annet likevel ikke fremstår som et reelt innskudd. En rekke vanskelige rettslige og faktiske grensespørsmål vil oppstå. Det er i denne forbindelse for eksempel uklart for meg hvilket tidsperspektiv man i så fall må anlegge, og om det også kunne være aktuelt å underkjenne aksjeinnskudd på bakgrunn av disposisjoner foretatt senere enn melding og erklæring til Foretaksregisteret dersom man skaffer bevis for at avtale om uberettiget tilbakebetaling var inngått allerede før aksjeinnskuddet.
- (53) Jeg nevner avslutningsvis at da Høyesterett i Rt. 2008 side 833 under dissens (4-1) la til grunn at selskapskreditorene ikke kan kreve erstatning etter den alminnelige culpa-regel i § 17-1, oppstod det et press mot garantiansvaret i § 2-19: I konkurstilfellene vil dette ansvaret – på grunn av foreldelsesreglene – ofte være det eneste aktuelle. I likhet med mindretallet i dommen fra 2008 kan man beklage dommens betydning for kreditorvernet. Men noe avgjørende argument for å utvide garantiansvaret etter § 2-19 er dommen fra 2008 etter mitt syn likevel ikke.
- (54) Lagmannsretten har i sin dom sagt følgende om forståelsen av § 2-19:
- ”For så vidt gjelder beløpet på kr 4 500 000 som ble overført fra FCs konto til FCNs konto samme dag, finner lagmannsretten at det ikke foreligger noen befriende betaling. Selv om det har vært begrenset bevisførsel om hva som var bakgrunnen for at beløpet på kr 4 500 000 ble overført FCN, og det ikke er klarlagt hvem som initierte overføringen, er det etter lagmannsrettens syn en så nær sammenheng mellom overføringen og den forutgående overføringen av kr 4 950 000, at beløpet på kr 4 500 000 ikke kan anses å være innbetalt med frigjørende virkning.”**
- (55) Ut fra det jeg har sagt om tolkningen av § 2-19, er lagmannsrettens rettsanvendelse her ikke riktig. Domsgrunnene for øvrig er tilstrekkelige til at Høyesterett kan avsi ny dom. Og etter mitt syn på rettsanvendelsen må den gå ut på frifinnelse.
- (56) Saken har reist uavklarte spørsmål av betydning, og budt på tvil. Jeg finner det derfor riktig at sakskostnader ikke tilkjennes for Høyesterett. Lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse i den dom det nå er anket over, blir av samme grunn stående. Foruten sakskostnadene for lagmannsretten i forbindelse med ankebehandlingen der, omfatter lagmannsrettens avgjørelse også sakskostnadene forbundet med kjæremålssaken som ledet frem til Høyesteretts kjennelse 10. juni 2008.
- (57) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Erling Ulven Borg frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (58) Dommer **Skoghøy**: Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.
- (59) Det objektive ansvar som aksjeloven §§ 2-19 og 10-9 pålegger selskapets styremedlemmer og revisor, er knyttet til aksjetegnernes innskuddsforpliktelser. For å fastlegge rekkevidden av styremedlemmenes og revisors ansvar er det derfor nødvendig først å klarlegge hva aksjetegnernes innskuddsforpliktelser består i.
- (60) Aksjeinnskudd kan etter aksjeloven § 2-7 gjøres i penger eller i naturalia som kan balanseføres etter regnskapsloven. De regler aksjeloven inneholder om innbetaling og beskyttelse av aksjekapitalen, er gitt ”i første rekke av hensyn til kreditorene”, se Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) om lov om aksjeselskaper (aksjeloven), side 45 og Rt. 2007 side 220 avsnitt 46. For begge former for kapitalinnskudd kreves derfor at innskuddene *virkelig blir overført til rådighet for selskapet*, jf. Rt. 2007 side 220 avsnitt 25. Dette innebærer blant annet at aksjetegnernes innskuddsforpliktelser ikke kan gjøres opp ved pro forma-overføringer.
- (61) De forpliktelser tegnerne har til å gjøre aksjeinnskudd, må etter aksjeloven §§ 2-19 og 10-9 være oppfylt før selskapet eller kapitalforhøyelsen blir meldt til Foretaksregisteret. For å sikre at innskuddsforpliktelsen faktisk er gjort opp før foretaksregistermelding blir sendt, er styremedlemmene pålagt å opplyse i meldingen at innskuddsforpliktelsen er oppfylt, og dette skal også bekreftes av revisor.
- (62) Partene har i sine prosedyrer for Høyesterett lagt stor vekt på de formuleringer som er benyttet i §§ 2-19 og 10-9. Bestemmelsene sier at før selskapet eller kapitalforhøyelsen meldes til Foretaksregisteret, skal ”aksjeinnskudd være ytet fullt ut”, og for resultater av teknisk bistand mv. sier bestemmelsene at resultatene skal ”være stilt til rådighet for selskapet”. Jeg kan imidlertid ikke se at det kan trekkes bestemte slutninger av disse formuleringene. Styrets opplysningsplikt og revisors bekreftelse er knyttet til oppfyllelsen av aksjetegnernes innskuddsforpliktelser. Det som skal opplyses av styremedlemmene og bekreftes av revisor, er at *tegnernes innskuddsforpliktelser i sin helhet faktisk er oppfylt*.
- (63) Som førstvoterende har redegjort for, ble det samme dag som aksjekapitalforhøyelsen på kr 4 950 000 ble innbetalt fra FCNs konto til konto tilhørende FC, foretatt en utbetaling fra den samme kontoen på kr 4 500 000 til konto tilhørende FCN. Det har under konkursbehandlingen ikke vært mulig å finne ut hva denne utbetalingen skal dekke. Lagmannsretten har funnet at tilbakeføringen av kr 4 500 000 har en ”så nær sammenheng” med overføringen av kr 4 950 000, at kr 4 500 000 av kapitalforhøyelsen ”ikke kan anses å ha vært innbetalt med befriende virkning”. Ut fra den sammenheng lagmannsretten har konstatert at det er mellom innbetalingen på kr 4 950 000 og utbetalingen på kr 4 500 000, er det etter mitt syn bare kr 450 000 som kan anses reelt innbetalt. For de øvrige kr 4 500 000 må det legges til grunn at overføringen er pro forma. En slik pro forma-overføring kan klart nok ikke anses som oppfyllelse av FCNs kapitalinnskuddsforpliktelse.
- (64) Det neste spørsmål blir om styremedlemmenes og revisors objektive ansvar etter aksjeloven §§ 2-19 og 10-9 omfatter det forhold at en tilsynelatende kapitalinnbetaling ikke er reell.

- (65) I § 2-19 første ledd er styremedlemmenes og revisors objektive ansvar angitt å gjelde det som ”måtte mangle av den aksjekapital som i meldingen til Foretaksregisteret er oppgitt og bekreftet innbetalt eller gjort opp på annen måte”. I § 2-19 andre ledd er det gjort unntak for ”mangler som skriver seg fra verdsettingen av innskudd i andre eiendeler enn penger”. Med dette unntaket er styremedlemmenes og revisors ansvar fullt ut knyttet til tegnernes innskuddsforpliktelser, og dette innebærer at de *også er ansvarlig for at det foreligger en reell kapitalinnbetaling*. Dette er i samsvar med det som er uttalt i lovforarbeidene.
- (66) I Ot.prp. nr. 23 (1996 – 97) om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), side 133 er det sagt at § 2-19 ”regulerer styrets og revisors ansvar for at aksjeinnskuddet er innbetalt slik det er angitt i meldingen til Foretaksregisteret”. Under henvisning til at den ”faktiske innbetaling av aksjekapitalen ved et selskaps stiftelse er den grunnleggende forutsetning for å kunne drive en virksomhet i aksjeselskapsform med den ansvarsbegrensning dette innebærer”, aksepterte Norges Statsautoriserte Revisorers Forening (NSRF) i sin høringsuttalelse at styret og revisor på objektivt grunnlag er ”ansvarlige ... for manglende innbetalt aksjekapital” (proposisjonen side 134). Dette blir kort begrunnet slik:
- ”Når revisor ved sin bekreftelse av at aksjekapitalen er innbetalt fremstår som en garantist for dette, finner vi det naturlig at revisor også må akseptere ansvar.”**
- (67) Riktignok så NSRF visse prinsipielle motforestillinger mot at revisor skal hefte solidarisk med styret, men da revisors bekreftelse av innbetalt aksjekapital ”er en særattestasjon og ikke et ledd i den ordinære revisjon”, fant foreningen heller ”ingen sterke motforestillinger” mot dette (proposisjonen side 134). Den begrunnelse NSRF gav for det objektive solidaransvar, sluttet departementet seg til (proposisjonen side 134).
- (68) Det at det objektive ansvar for styremedlemmer og revisor korresponderer med tegnernes innskuddsforpliktelser overfor selskapet, er også lagt til grunn i Rt. 2007 side 220 avsnitt 33. Med tilslutning fra de fire øvrige dommerne uttaler førstvoterende:
- ”Omfanget av ansvaret er angitt som en differanse mellom to størrelser: Utgangspunktet er den innmeldte og av revisor bekreftede aksjekapital, i vår sak innbetaling av kr 500 000. Det fremgår uttrykkelig av bestemmelsen at dette både gjelder innbetalt aksjekapital og tingsinnskudd. Når ansvaret omfatter det som ‘måtte mangle’, må dette utgangspunktet sammenliknes med den aksjekapital som rent faktisk ble stilt til rådighet for selskapet. Den manglende differanse skal erstattes.”**
- (69) Den ankende part har lagt stor vekt på at både styremedlemmene og revisor lett bør kunne forvise seg om at aksjekapitalen er innbetalt, og at dette vil kunne bli vanskelig dersom de ikke skal kunne stole på en fremlagt innbetalingskvittering, men må sammenholde innbetalinger med mulige utbetalinger.
- (70) Det er riktig at det i lovforarbeidene ved utformingen av styremedlemmenes og revisors objektive ansvar er tillagt vekt at de ”lett [kan] forvise seg om at aksjeinnskuddet er mottatt av selskapet før dette bekreftes i meldingen til Foretaksregisteret”, se NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning, side 113. Jeg kan imidlertid ikke se at man av dette kan utlede at styremedlemmene og revisor uten videre skal kunne stole på en fremlagt innbetalingskvittering. Hvis de uten videre skulle kunne stole på en slik kvittering, ville det ikke ha noen hensikt å kreve opplysning fra styremedlemmene og bekreftelse fra revisor, men ha vært tilstrekkelig at kvittering for innbetaling ble vedlagt

foretaksregistermeldingen. Når loven krever at styremedlemmene må opplyse at aksjekapitalen er innbetalt, og at revisor skal bekrefte dette, er det for å skape sikkerhet for innbetaling utover det som vil fremgå av en fremlagt innbetalingskvittering. Det loven krever, er at styremedlemmene og revisor skal være *garantister for at aksjetegnernes innskuddsforpliktelser faktisk er oppfylt*.

- (71) På bakgrunn av den ankende parts prosedyre finner jeg grunn til å presisere at det ikke er tale om å pålegge styremedlemmene og revisor noe objektivt ansvar for disposisjoner som selskapet foretar etter kapitalinnbetalingen. Det de har objektivt ansvar for, er at aksjekapitalen på det tidspunkt foretaksregistermeldingen blir avgitt, faktisk er stilt til selskapets rådighet. Disposisjoner som selskapet senere måtte foreta, har de ikke noe objektivt ansvar for, for eksempel ulovlige utbyttebetalinger eller irregulære lån. Dette innebærer at det styremedlemmene og revisor må undersøke, er om det på det tidspunkt foretaksregistermeldingen blir avgitt, foreligger en gyldig kapitalinnbetaling, og om det i tillegg til en kapitalinnbetaling er foretatt utbetalinger som tidsmessig ligger nær innbetalingen, og som må ses i sammenheng med og helt eller delvis nøytraliserer denne. Slike undersøkelser har styremedlemmene og revisor mulighet til å foreta, og jeg kan ikke se at dette vil pålegge dem noen urimelig tung byrde. Hvis ikke styremedlemmene og revisor skal ha ansvar for at kapitalinnbetalingen ved avgivelsen av foretaksregistermeldingen er reell, vil det representere en vesentlig begrensning i deres garantiansvar for at aksjekapitalen faktisk er innbetalt.
- (72) Aksjeloven inneholder også regler som letter styremedlemmenes og revisors kontroll. Faren for pro forma-arrangementer er størst ved kapitalforhøyelser, og etter aksjeloven § 10-13 skal aksjeinnskudd ved kapitalforhøyelser som hovedregel innbetales på særskilt konto som ikke kan disponeres av selskapet før kapitalforhøyelsen er registrert. Selv om formålet med bestemmelsen er å sikre tilbakebetaling til aksjetegnerne dersom det ikke skulle bli noe av kapitalforhøyelsen, vil denne ordningen også lette styremedlemmenes og revisors undersøkelse av om aksjekapitalen faktisk er innbetalt. Riktignok gir bestemmelsen generalforsamlingen adgang til i beslutningen om kapitalforhøyelse å treffe bestemmelse om at aksjeinnskuddene skal betales direkte til selskapet, og at innskuddene kan disponeres av selskapet før kapitalforhøyelsen er registrert. Dersom det foreligger en slik beslutning, vil det imidlertid gi styremedlemmene og revisor oppfordring til ytterligere undersøkelser.
- (73) Førstvoterende har blant annet reist spørsmål om hvordan det forholder seg med oppgjør av kapitalinnskudd ved motregning. Etter min oppfatning må styremedlemmene og revisor ha objektivt ansvar for at stiftelsesdokumentet eller vedtaket om kapitalutvidelse gir adgang til å gjøre opp kapitalinnskudd ved motregning, jf. § 2-4 første ledd nr. 1 og § 10-2 første ledd nr. 1. Hvorvidt vilkårene i § 2-12 andre ledd for å gjøre bruk av avtalt motregningsrett er oppfylt, må derimot falle utenfor.
- (74) Min konklusjon blir at av den vedtatte kapitalforhøyelse i FC er kr 4 500 000 ikke reelt innbetalt, og at Erling Ulven Borg i medhold av aksjeloven § 10-9, jf. § 2-19 er objektivt ansvarlig for dette beløp. På dette grunnlag stemmer jeg for at anken forkastes.

- (75) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Skoghøy.
- (76) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (77) Dommer **Coward:** Likeså.
- (78) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Erling Ulven Borg frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: