



NORGES HØYESTERETT

Den 27. juni 2013 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2013-01386-A, (sak nr. 2013/227), straffesak, anke over kjennelse,

A

B

(advokat Erik Dammen Stoltz – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(førstestatsadvokat Marianne Bender)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder anke over avvisning av begjæring om rettens avgjørelse for at inndratt utbytte skal anvendes til dekning av erstatningskrav fra skadelidte, jf. straffeloven § 37 d andre ledd. Under henvisning til at det aksjeselskapet som er skadelidt, er avvirket, er begjæringen framsatt av de to tidligere aksjonærene i selskapet, blant dem domfelte selv.
- (2) A ble ved Moss tingretts dom 7. januar 2010 dømt for grov utroskap mot Agir AS, jf. straffeloven § 276, jf. § 275. I tillegg ble han dømt for to tilfelle av grovt skattesvik. A hadde vært enestyre og daglig leder i Agir AS fra stiftelsen i 1998 til avviklingen i 2006. Selskapet ble slettet fra Foretaksregisteret 24. mai 2006. På avviklingstidspunktet var A registrert som eier av 65 prosent av aksjene, mens B var registrert som eier av de resterende 35 prosent.
- (3) Grunnlaget for domfellelsen for utroskap, og det ene tilfellet av skatteunndragelse var at A i juni 2001 hadde solgt selskapets aksjer i Wnet Partner AS for 749 800 kroner, som var en betydelig underpris. Kjøpere av aksjene var Estora Investment Ltd., registrert i Gibraltar, og Strategic Investment SA, registrert i Luxembourg. A eide 41,08 prosent av aksjene i det sistnevnte selskapet. Aksjene ble i august samme år solgt videre til Software Innovation ASA for 33 670 606 kroner.

- (4) Tingretten dømte A til, foruten straff, å tåle inndragning av 5 859 894 kroner, som tilsvarte As netto andel av gevinsten ved salget fra Strategic Investment SA, samt renter som var påløpt på ØKOKRIMs beslagskonto.
- (5) Domfellelsen og inndragningen ble opprettholdt ved Borgarting lagmannsretts dom 28. februar 2011. Anke til Høyesterett ble ved ankeutvalgets beslutning 18. mai 2011 ikke tillatt fremmet.
- (6) A og B framsatte 16. mars 2012 begjæring om rettens avgjørelse for at inndragningen skal skje til fordel for dem som aksjonærer, jf. straffeloven § 37 d andre ledd. Påtalemyndigheten tok til motmæle.
- (7) Moss tingrett avsa 2. juli 2012 kjennelse med slik slutning:

"Begjæring i sak 12-048785ENE-MOSS om at inndragning av kr. 5 859 894 som fastsatt i Borgarting lagmannsretts dom av 28. 02.2011 skal skje til fordel for A og B, avvises."
- (8) Tingretten kom til at realiteten bak begjæringen var at A krevde å få dekket et erstatningskrav mot seg selv i det beløpet han var dømt til å tåle inndragning av. Et slikt krav var det ikke noe reelt behov for å få dom for. Vilkårene for å fremme saken var derfor ikke oppfylt. Det ble vist til tvisteloven § 1-3 andre ledd. B ble ikke ansett for å ha hatt en virkelig posisjon som aksjonær i selskapet, og hadde derfor ingen reell interesse i å få dom i saken. Heller ikke for hans del var vilkåret for å ta begjæringen under behandling oppfylt.
- (9) A og B anket til Borgarting lagmannsrett, som 27. desember 2012 avsa kjennelse hvor anken ble forkastet.
- (10) Lagmannsretten begrunnet kjennelsen på samme måte som tingretten.
- (11) A og B har anket til Høyesterett. Anken er begrunnet med feil lovanvendelse. Høyesteretts ankeutvalg besluttet at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling, jf. domstoloven § 5 første ledd andre punktum.
- (12) De ankende parter – A og B – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (13) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at det gjelder et vilkår om reell interesse. Begjæringen skal ikke behandles etter tvistelovens regler, men etter straffeprosesslovens regler, se blant annet Rt. 2011 side 1811. Den krets av subjekter som kan fremme krav, følger da av straffeprosessloven § 3.
- (14) Begjæringen er å forstå som framsatt på vegne av det avviklede og oppløste aksjeselskapet Agir AS og dets avviklingsbo ved avviklingsstyrets leder og alle selskapets aksjonærer. Det oppløste selskapet og dets avviklingsbo har partsevne i denne relasjon, jf. Rt. 2005 side 227. Det er ikke aksjonærene som skadelidte som fremmer krav om dekning i det inndratte beløpet, men som representanter for selskapet. Det dreier seg om et formuesgode som har oppstått etter avviklingen, og som skal fordeles mellom aksjonærene. At slik fordeling kan skje i ettertid og på ubestemt tid, er i samsvar med aksjelovens bestemmelser, jf. aksjeloven §§ 16-2 og 16-10, jf. §§ 17-3 til 17-5. Realiteten er at dekningen skjer til selskapet og deretter utloddes, jf. aksjeloven §§ 16-11 og 16-12.

- (15) I en situasjon der det foreligger et krav som har økonomisk verdi på det avviklede selskaps hånd, er det uansett – der selskapet selv ikke gjør retten gjeldende – adgang til for enkeltaksjonærer å forfølge rettigheten og dermed ivareta selskapets interesser. Det er sikker rett at selskapets aksjonærer har begjærings- og søksmålskompetanse uten å måtte gjenoppta bobehandlingen i det avviklede selskapet, se Rt. 1995 side 1809, Rt. 2004 side 293 og Rt. 2008 side 1058. Denne adgangen er ikke begrenset til tilfelle der selskapet har vært tvangsmessig avviklet, slik ØKOKRIM anfører, jf. Rt. 2005 side 227. Men adgangen er sekundær til selskapets krav, jf. aksjeloven § 17-6.
- (16) At A er skadevolder er uten interesse. Han må i forbindelse med begjæringen som aksjonær identifiseres med boets masse og ikke med seg selv som skadevolder.
- (17) Lagmannsretten har således lagt til grunn uriktig forståelse av "reell interesse". Formålet med begjæringen er å tilbakeføre verdiene til aksjonærene i det tidligere selskapet, og det foreligger da reell interesse.
- (18) Lagmannsrettens framstilling av Bs eierskap er uriktig. At hans deltakelse er skattemotivert, betyr ikke at det foreligger et proformaarrangement. Han har for eksempel mottatt utbytte. Som aksjonær har han en reell interesse i å få begjæringen behandlet.
- (19) For både A og B har lagmannsretten gått inn i en realitetsvurdering og ikke forholdt seg til deres pretensjoner. Det er feil rettsanvendelse.
- (20) A og B har nedlagt slik påstand:
- "1. Begjæring på vegne av Agir AS og dets avviklingsbo, ved avviklingsstyret og aksjonærene, om dekning av erstatningskrav i inndratt beløp, tillates fremmet.**
- 2. Staten v/Justisdepartementet v/Økokrim erstatter Agir AS' avviklingsbo v/avviklingsstyret sakens omkostninger med kr. 112.507,50 i anledning ankene til Borgarting lagmannsrett og Høyesterett."**
- (21) Ankemotparten – ØKOKRIM – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (22) Lagmannsrettens lovanvendelse er riktig. Verken A eller B har reell interesse i å få dom i saken.
- (23) Det er ikke riktig, slik de ankende parter hevder, at begjæringen fremmes av det avviklede selskap ved avviklingsstyret. Under hele prosessen har begjæringen vært fremmet av A og B som tidligere aksjonærer i det avviklede og slettede selskapet Agir AS. Dette har uttrykkelig vært lagt til grunn av både tingretten og lagmannsretten uten at de ankende parter har protestert.
- (24) Subsidiært anføres at det slettede og oppløste selskapet Agir AS ved avviklingsstyret ikke har partsevne og således ikke kan fremme begjæring etter straffeloven § 37 d. Det gjelder heller ingen begrenset partsevne for selskapet. Praksis som gir et avviklet selskap en viss begrenset partsevne til å forfølge økonomiske krav, er begrenset til konkurstilfellene eller der selskapet har vært tvangsoppløst. I vårt tilfelle er avviklingen resultat av en frivillig handling fra As side. Etter at skattemyndighetene hadde avholdt bokettersyn i 2005, var

det ikke lenger ønskelig å opprettholde selskapet. Det foreligger da heller ingen reelle hensyn som gjør det rimelig at det avviklede selskapet skal kunne gjøre gjeldende nye krav. Særlig må det gjelde i et tilfelle som dette, der A ut fra sine egne handlinger måtte vite at selskapet hadde lidt et betydelig tap da det ble avviklet.

- (25) I tilfelle det avviklede selskapet godkjennes som part, innebærer det at søksmålet fra A og B også av den grunn må avvises, jf. aksjeloven § 17-6.
- (26) A tilfredsstill ikke de alminnelige prosessforutsetningene i sin egenskap av å være tidligere aksjonær i det skadelidte selskapet. Etter straffeprosessloven § 3 må det foreligge et "rettskrav" for at et sivilt krav kan gjøres gjeldende i straffesak etter straffeprosessloven kapittel 29. Tilsvarende må gjelde ved begjæring om dekning etter straffeloven § 37 d, som forutsetter at skadelidte har et erstatningskrav som begjæringen knytter seg til. Straffeprosessloven gir ikke en større adgang for fornærmede til å fremme krav enn det som følger av tvisteloven § 1-3.
- (27) Heller ikke A har partsevne som bærer av selskapets krav. Den rettspraksis som gir aksjonærer søksmålsrett i det avviklede selskaps interesse, er ikke relevant i et tilfelle som dette. Det vises til det som er sagt om det avviklede selskaps partsevne, som tilsvarende må gjelde når søksmålet reises av enkeltaksjonær i stedet for det avviklede selskap.
- (28) Subsidiært – om A skulle ha tilstrekkelig partstilknytning – kan han ikke anses som "skadelidt" etter straffeloven § 37 d. Den "skadelidte" ved As underslag må forutsettes å være en annen enn A selv. På dette punkt skiller saken seg fra den som ble behandlet i Rt. 2011 side 1811, der det gjaldt to separate enheter. Den ene enheten – fornærmede – eksisterer ikke i vår sak, bare skadevolderen. Det grunnleggende hensyn bak inndragningsreglene – nullstilling av situasjonen slik den var før forbrytelsen – kan ikke oppnås. Enhver utbetaling til A bidrar til at han tilbakestilles til situasjonen etter at forbrytelsen fant sted. Et slikt krav kan ikke utledes av § 37 d, og begjæringen må derfor avvises.
- (29) Bs egen forklaring for lagmannsretten i straffesaken mot A og til politiet tilsier at han reelt sett ikke er å regne som aksjonær. Han har da heller ingen rettsstilling som gjør ham berettiget til å reise søksmål. Også hans begjæring må derfor avvises.
- (30) ØKOKRIM har nedlagt slik påstand:

"Anken forkastes."

- (31) *Jeg er kommet til at anken fører fram.*
- (32) Anken gjelder avvisning av en sak fra tingretten, og Høyesterett har derfor full kompetanse, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 1.
- (33) Jeg ser først på om det avviklede selskapet Agir AS kan anses som part i saken. Den opprinnelige begjæringen til Moss tingrett er framsatt av "[t]idligere aksjonærer i det avviklede og slettede selskapet Agir AS, hhv. A og B". Det avviklede selskapet er her ikke oppført. Derimot heter det innledningsvis i begjæringen fra advokat Dammen Stoltz at "[u]ndertegnede representerer tidligere aksjonærer og avviklingsstyret i det avviklede

og slettede selskapet Agir AS", og at "[b]egjæringen fremmes på vegne av de tidligere aksjonærene og avviklingsstyret".

- (34) For tingretten ble det nedlagt påstand om at inndragning skulle skje til fordel for aksjonærene A og B. Tingretten har da også presisert at den ut fra anførselene fant det klart at begjæringen var fremmet på vegne av de tidligere aksjonærene personlig. Dette ble ikke kommentert av A og B i anken til lagmannsretten, heller ikke etter at ØKOKRIM i sine merknader til anken påpekte at tingretten hadde lagt til grunn at det avviklede selskapet Agir AS ikke var å anse som en av saksøkerne, noe ØKOKRIM var enig i. Også lagmannsretten påpekte at det ikke var selskapet som krevde at det inndratte beløpet skulle gå til dekning av selskapets tap, men de to tidligere aksjonærene i selskapet.
- (35) Heller ikke i anken til Høyesterett er det spor av at det avviklede selskap er blant de ankende parter. Denne partsangivelsen er først brakt på bane ved advokat Dammen Stoltz' brev til Høyesterett 21. juni 2013, det vil si tre dager før ankeforhandlingen. På bakgrunn av det jeg her har redegjort for, kan jeg ikke se at det avviklede selskapet har vært gjort til part i saken, og at det heller ikke er tilfellet når saken nå står for Høyesterett.
- (36) Etter straffeloven § 37 d første ledd skjer inndragning til fordel for statskassen dersom annet ikke er bestemt. Andre ledd gir imidlertid adgang til å fastsette at det inndratte skal anvendes til dekning av erstatningskrav fra skadelidte. Bestemmelsen lyder:
- "I dommen eller ved en senere kjennelse av den tingrett som avgjorde spørsmålet om inndragning, kan retten bestemme at det inndratte skal anvendes til dekning av erstatningskrav fra den skadelidte."**
- (37) Skadelidte kan altså få erstatning etter ulike framgangsmåter: ved alminnelig søksmål etter tvistelovens regler, ved pådømmelse som sivilt krav etter reglene i straffeprosessloven kapittel 29 eller ved bestemmelse etter straffeloven § 37 d andre ledd, enten i straffedommen eller i senere kjennelse. Om sammenhengen mellom de ulike framgangsmåtene og hensynene bak bestemmelsen i § 37 d andre ledd, viser jeg til Rt. 2011 side 1811 avsnitt 28 til 31.
- (38) Det følger av straffeprosessloven § 3 at det bare er "[r]ettskrav som fornærmede eller andre skadelidte har mot siktede" som kan pådømmes etter kapittel 29. Dette knytter forutsetninger til kravet, dets aktualitet og partenes tilknytning til det. Foranlediget av partenes prosedyre nevner jeg at selv om det ikke uttrykkelig følger av loven, må det klare utgangspunktet likevel være at det ikke er større adgang til å få pådømmelse etter reglene i straffeprosessloven kapittel 29 eller bestemmelse etter straffeloven § 37 d andre ledd, enn det er til å reise alminnelig søksmål etter tvistelovens regler, jf. tvisteloven § 1-3. Slik saken ligger an, er det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på dette.
- (39) Både ved pådømmelse som sivilt krav etter reglene i straffeprosessloven kapittel 29 og ved bestemmelse etter straffeloven § 37 d andre ledd, behandles saken etter straffeprosessuelle regler. Ved pådømmelse som sivilt krav er det imidlertid lagt til grunn at sivilprosessens forutsetning om partsevne gjelder, se Bjerke mfl., Straffeprosessloven kommentarutgave, 4. utgave, side 38. Det samme må gjelde ved bestemmelse etter straffeloven § 37 d andre ledd.

- (40) Slik jeg ser saken, er hovedspørsmålet om A, som er domfelt for utroskap mot Agir AS og dermed har påført selskapet tap, er i en slik posisjon at han kan reise sak for domstolen med begjæring om at tapet selskapet har lidt, og som dermed vil kunne utløse et erstatningskrav mot ham, skal dekkes gjennom det beløp som er inndratt fra ham. Jeg bemerker i denne forbindelse at det ikke er noen forutsetning for anvendelsen av § 37 d andre ledd at det faktisk er reist krav mot skadevolder. Det er nok at det foreligger et latent erstatningskrav for at begjæring etter § 37 d kan fremmes. Og skadevolder er ikke motpart i avgjørelser etter § 37 d andre ledd. Dette har sammenheng med at inndragningsbeløpet som utgangspunkt tilfaller staten.
- (41) I Rt. 2011 side 1811 ble det slått fast at adgangen til å anvende det inndratte til fordel for skadelidte også gjelder i et tilfelle hvor skadelidte er et aksjeselskap som fullt ut er eid av den domfelte. Denne betraktningen er basert på det grunnleggende utgangspunkt at aksjeselskapet ses som en selvstendig enhet atskilt fra dets aksjonærer, også når det kun er tale om én aksjonær. Det heter om dette i dommens avsnitt 35:
- "... C er dømt for grov økonomisk utroskap mot eget aksjeselskap etter straffeloven § 275 jf. 276. I det ligger at hun og hennes selskap er ansett som to selvstendige rettssubjekter. Når C og hennes selskap ses som to selvstendige rettssubjekter ved anvendelsen av utroksbestemmelsen, gir det liten mening om disse to ikke skulle ses som separate enheter også ved anvendelsen av erstatningsreglene."**
- (42) Det følger av denne avgjørelsen at As eierskap ikke ville ha vært til hinder for begjæring etter straffeloven § 37 d andre ledd fra Agir AS om selskapet fortsatt hadde eksistert. Under henvisning til at Agir AS er avviklet, er imidlertid begjæringen som nevnt, framsatt av A og B som tidligere aksjonærer i selskapet.
- (43) Dette gir grunn til å nevne at selv om den alminnelige partsevnen for aksjeselskaper som utgangspunkt opphører når selskapet blir oppløst og/eller slettet i Foretaksregisteret, er det fastslått at dersom selskapet har midler, eller det av andre grunner har økonomisk eller annen praktisk betydning å anlegge søksmål av eller mot selskapet, kan det etter dette tidspunkt ha begrenset partsevne så langt søksmålsinteressen rekker. Jeg viser til Rt. 2005 side 227 og Skoghøy, Tvisteløsning, 2010 side 253–255 med gjennomgang av rettspraksis. Jeg viser også til aksjeloven § 16-10 andre ledd, jf. § 17-3 til 17-5, der en slik adgang forutsetningsvis framgår, jf. Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave, 2012 side 39. Med det standpunktet jeg foran har tatt til hvem som er part i saken, er denne problemstillingen ikke aktuell i vår sak.
- (44) Det er imidlertid også lagt til grunn i rettspraksis at en loddeier i en formuesmasse – for eksempel en aksjonær i et aksjeselskap – kan gå til søksmål om formuesmassens rettigheter der hvor formuesmassen er under avvikling og organet i ord eller handling har besluttet seg for ikke å reise søksmål, eller hvor formuesmassen blir avviklet uten at sak er reist. Jeg viser til Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave side 39, og videre til Skoghøy, Tvisteløsning side 399–400, der det redegjøres for rettspraksis.
- (45) Som eksempel viser jeg til Rt. 2008 side 1058. Det ble her slått fast at en eneaksjonær hadde rettslig adgang til å gå til sak om selskapets krav selv om selskapet var tvangsoppløst og avviklet, og uansett om selskapets partsevne skulle være i behold, jf. dommens avsnitt 19.

- (46) Både tingretten og lagmannsretten hadde gitt arrest til fordel for aksjonæren. Mot dette ble det anført at aksjonæren måtte legge ned påstand om betaling til formuesmassen. Om dette uttalte Høyesteretts ankeutvalg i avsnitt 21:

"Fra den ankende parts side er det subsidiært gjort gjeldende at ankemotparten må nedlegge påstand om betaling til boet/kreditorfellesskapet. Lagmannsretten har, under henvisning til Rt. 1995 side 1809 lagt til grunn at i den utstrekning de krav saken gjelder, tilkom selskapet, reises de på vegne av kreditorfellesskapet, og ansvaret for verdiene eneaksjonæren måtte bli tilført, reguleres av det prinsipp som gjelder ved en aksjonærs mottak av likvidasjonsutbytte. Utvalget er enig i dette."

- (47) Selv om kravet tilhørte det avviklede selskapet, hadde altså aksjonæren adgang til å reise sak i eget navn, så lenge dette skjedde "på vegne av kreditorfellesskapet". I motsetning til de tilfellene der sak om erstatning reises på selskapets vegne og i dets navn, jf. aksjeloven §§ 17-3 til 17-5, må en slik sak reises i aksjonærens eget navn og for dennes egen regning og risiko. For at aksjonæren skal oppfylle kravet til partsevne i en slik sak, forplikter denne seg dessuten til å fordele utbyttet etter vanlige regler som gjelder ved likvidasjon av selskap.
- (48) Det er fra ØKOKRIM anført at en tilsvarende adgang for en aksjonær til å reise sak i eget navn ikke foreligger i et tilfelle som dette, der det har skjedd en frivillig avvikling. Den praksis som foreligger, er knyttet til selskap som har vært avviklet ved tvang, enten etter konkurs eller fordi lovbestemte vilkår ikke har vært oppfylt.
- (49) Jeg kan ikke se at den foreliggende rettspraksis bygger på en slik forutsetning. Alternativet til å la enkeltaksjonærer forfølge kravet vil måtte være at det avviklede selskapet selv iverksetter prosessen. Hvor dette ikke skjer, er det ingen grunn til å avskjære en aksjonær adgangen til å forfølge kravet og slik forøke selskapets formuesmasse, når dette skjer for aksjonærens egen regning og risiko, jf. Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 3. utgave, side 39. Jeg kan heller ikke se at det kan gjøre noen forskjell om utbyttet går til fordeling mellom selskapets kreditorer eller til dets aksjonærer.
- (50) At A, som alene utgjorde avviklingsstyret i selskapet, kunne ha valgt å fremme kravet i selskapets navn, kan ikke være avgjørende for hans søksmålskompetanse. Selv om han har en vesentlig aksjepost, og også alene representerte avviklingsstyret, må hans rettsstilling som aksjonær bedømmes på lik linje med andre aksjonærer.
- (51) I vår sak har A og B reist saken i eget navn og med påstand om at inndragningsbeløpet skulle tilfalle dem. Det er imidlertid på det rene at det er som representanter for aksjonærfellesskapet i det skadelidte selskap de opptrer og ikke for eget tap. Ut fra den forståelsen av gjeldende rettspraksis som jeg har redegjort for, må de derfor som utgangspunkt ha adgang til å fremme begjæringen når dette skjer for å få dekket tap som er påført det avviklede selskapet. Også lagmannsretten synes å ha lagt dette til grunn.
- (52) Lagmannsretten har imidlertid kommet til at dette ikke kan gjelde for As del i et tilfelle som her, siden han selv er den skadevolder som det latente erstatningskravet kan reises mot. Lagmannsretten uttaler således:

"Reglene i straffeloven § 37 d skal både lette fornærmedes og andre skadelidtes mulighet til å få fastslått at de har et tap som kan kreves dekket gjennom et inndratt beløp, og hindre at den domfelte både må betale erstatning og tåle inndragning, det vil si

unnåå at domfelte må betale to ganger, se blant annet Anne Mette Dyrnes, Inndragning (2003) side 113. Når domfelte og skadelidte er én og samme person, oppstår ingen risiko for dobbeltbetaling."

- (53) Det er etter min mening ikke riktig å se det slik at domfelte og skadelidte her er én og samme person. Selv om begjæringen er framsatt av A og B, er det Agir AS som er skadelidt, og det er selskapets rettigheter som de tidligere aksjonærene fremmer. Jeg viser til det jeg foran har sitert fra Rt. 2011 side 1811. Det syn som det her gis uttrykk for – at aksjonæren som skadevolder og selskapet som skadelidt må ses på som to selvstendige rettssubjekter – må gjelde selv om selskapet er avviklet. Som nevnt, må tidligere aksjonærer, dersom de vinner fram med sin begjæring, sørge for at midlene fordeles på samme måte som ved likvidasjon av selskapet, det vil si ved fordeling på øvrige aksjonærer eventuelt til dekning av kreditorer, om det fortsatt skulle være aktuelt.
- (54) Jeg har også vanskelig for å se at det forholdet at det her bare er to aksjonærer hvorav skadevolder har den største aksjeposten, skal spille inn ved vurderingen av om A har tilstrekkelig partsevne eller rettslig interesse, slik lagmannsretten har sett det. Hvorvidt dette er forhold som kan få betydning for om begjæringen fører fram, er et materielt spørsmål som må avgjøres av tingretten etter ordinær realitetsbehandling, jf. at bestemmelsen er en "kan"-regel. Dette ligger utenfor hva ankeutvalget kan prøve, og jeg går derfor ikke inn på det.
- (55) På tilsvarende måte vurderer jeg ØKOKRIMs anførsel om at A ikke på selskapets vegne kan forfølge et krav som han ved avviklingen av selskapet på grunn av sin egen opptreden var kjent med. Jeg ser også dette som et argument som refererer seg til den materielle siden av saken, og som i seg selv ikke kan avskjære A fra å fremme begjæringen, jf. Rt. 2004 side 293 avsnitt 14.
- (56) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det ikke var riktig å avvise begjæringen fra A.
- (57) Når det gjelder begjæringen fra B, har lagmannsretten sluttet seg til den begrunnelsen for å avvise begjæringen som tingretten ga. Tingretten begrunnet sin avgjørelse på følgende måte:
- "B eide etter det opplyste 35 % av aksjene i Agir AS fra og med 2000 og etter det retten forstår frem til avviklingen av selskapet i 2006. Det er fra Økokrims side anført at B ikke utøvde noen reell funksjon i selskapet, og at han ble ført opp som eier av skattemessige hensyn, i det A ved å gjøre B til medeier søkte å omgå den dagjeldende delingsmodellen. Basert på de forklaringer A selv har gitt i avhør til politiet, og som retten har fått tilgang til, legger retten til grunn at det forholdt seg slik som anført av Økokrim. Det fremgår også av lagmannsrettens dom av 28.02.2011 at B i retten forklarte at han ikke mente å ha krav på de verdiene Wnet-aksjene representerte på Agir AS sin hånd. Det foreligger således ingen opplysninger som tilsier at B har fremmet krav mot A i sakens anledning, og retten anser det heller ikke sannsynlig at B overfor A vil gjøre krav på en andel av det inndratte beløpet. Retten kan således ikke se at det er grunn til å behandle avvisningsspørsmålet annerledes for Bs del, i det hans rolle er fullstendig avledet fra A."**
- (58) Utgangspunktet ved bedømmelsen av om Bs begjæring skal avvises må tas i hans pretensjon om at han var aksjonær i Agir AS på avviklingstidspunktet. Selv om dette – som de tidligere retter i vår sak er kommet til – skal ha vært skattemessig motivert, gir det likevel B status som en av de personer som kan fremme rettighetene til det avviklede selskapet. I hvilken grad han vil kunne reise erstatningskrav mot A, eventuelt kreve en

andel av likvidasjonsutbytte, er et materielt spørsmål som ikke kan trekkes inn i vurderingen av om han har partsevne eller rettslig interesse i å fremme begjæringen. Det er dermed heller ikke grunnlag for å avvise hans begjæring etter straffeloven § 37 d.

(59) De ankende parter har vunnet saken fullt ut. De har i henhold til sakskostnadsoppgave krevd sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett med 112 507,50 kroner inklusive merverdiavgift, hvorav 25 500 kroner eks. merverdiavgift er salær for lagmannsretten og 56 250 kroner eks. merverdiavgift er salær for Høyesterett. Det er antatt at det i tilfelle som dette er hjemmel for å tilkjenne en fornærmet eller andre tredjeparter dekning av sakskostnadene fra staten etter en analogi fra tvisteloven, se Rt. 2013 side 374. Kravet tas til følge.

(60) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringene fremmes for tingretten.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til A og B i fellesskap 112 508 – etthundreogtolvtusenfemhundreogåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

(61) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Tønder.

(62) Dommer **Bergsjø:** Likeså.

(63) Dommer **Normann:** Likeså.

(64) Dommer **Matningsdal:** Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende for så vidt gjelder begjæringen fremsatt av A. I likhet med førstvoterende mener også jeg at Bs begjæring må fremmes til realitetsbehandling.

(65) Som førstvoterende legger jeg til grunn at en naturlig forståelse av partsangivelse, nedlagt påstand med videre tilsier at Agir AS ikke er part i saken. Jeg tar videre utgangspunkt i at A og B har fremsatt begjæring om selv å bli tilkjent dekning av det inndratte beløpet. I min videre drøftelse ser jeg først på As adgang til å fremme kravet.

(66) Straffeloven § 37 d andre ledd åpner, som kjent, for at retten kan fastsette at det inndratte skal anvendes til dekning av erstatningskrav fra "skadelidte". På samme måten som for adgangen til å fremme et borgerlig rettskrav med hjemmel i straffeprosessloven § 3, forstår jeg § 37 d andre ledd slik at denne bestemmelsen er begrenset til tilfeller hvor den skadelidte er en annen enn den som ilegges inndragningsansvar. I denne saken er imidlertid A, dersom erstatningskravet behandles som hans eget krav, både skadevolder og skadelidte. Domsslutningen ville bli meningsløs om man i samme sak først inndro utbyttet hos den domfelte for deretter i samme domsslutning å fastsette at det skulle tilfalle samme person. Rettens kompetanse til å treffe en slik beslutning kan ikke utvides fordi den domfelte, som her, i stedet velger å fremsette en etterfølgende begjæring. Mitt

syn er dermed at A var avskåret fra å fremsette begjæring om dekning av sitt eget, personlige erstatningskrav. Hans begjæring må dermed avvises i den utstrekning det bygger på en slik innfallsvinkel.

- (67) Neste spørsmål blir dermed om A i egenskap av avviklingsstyre kunne fremme kravet med begjæring om at det inndratte beløpet skulle brukes til å dekke Agir AS' tap – altså selskapets erstatningskrav mot ham selv. Synspunktet synes i tilfelle å være at han som avviklingsstyre må kunne fremsette en begjæring om at aksjonærene skal tilgodeses av det inndratte beløpet.
- (68) Utgangspunktet og hovedregelen er at et aksjeselskap taper sin generelle partsevne når det er endelig avvirket. En reservasjon fra dette utgangspunktet følger av Rt. 2005 side 227 for ikke fordelte midler, og hvor parten var det avvirkede selskapet og ikke en aksjonær. Det generelle utgangspunktet har heller ikke generelt vært ansett å være til hinder for at aksjonærer fremmer søksmål om krav som tilhører det avvirkede aksjeselskapet. Den grunnleggende avgjørelsen er Rt. 1995 side 1809 hvor spørsmålet var om aksjonærene i et tvangsoppløst selskap hadde søksmålsrett. Motparten hadde her anført at den riktige fremgangsmåten i et slikt tilfelle ville være å fremsette begjæring til skifteretten om gjenopptakelse av bobehandlingen, jf. konkursloven § 139. Denne innsigelsen førte ikke fram (side 1811):

"En slik fremgangsmåte, som for øvrig vil være nokså tungvint, vil være avhengig av samtykke fra andre, og altså ikke noe vedkommende aksjonær har krav på. Utvalget finner på denne bakgrunn at det ikke beror på noen uriktig lovtolkning når lagmannsretten har lagt til grunn at Ds arvinger må ha adgang til å fremme søksmål om erstatningskravet uten å gå veien om gjenopptakelse av bobehandlingen,"

- (69) Den sentrale del av begrunnelsen var altså at den anførte fremgangsmåten ikke nødvendigvis var farbar og uansett tungvint. Jeg ser videre kjennelsen som utslag av et ønske om ikke å oppstille løsninger som kunne avskjære adgangen til å forfølge rettmessige krav. Når dessuten saksøkeren i slike tilfeller selv bærer det økonomiske ansvaret ved søksmålet, har heller ikke andre aksjonærer eller kreditorer noen beskyttelsesverdig interesse i å motsette seg et slikt søksmål.
- (70) Denne avgjørelsen er fulgt opp i senere avgjørelser, jf. Rt. 2004 side 293 og Rt. 2008 side 1058 som begge gjelder tvangsoppløste selskaper. I den siste avgjørelsen understreker for øvrig ankeutvalget at den alternative fremgangsmåten ved gjenopptakelse av bobehandlingen ville "ta tid med uheldige konsekvenser eksempelvis ved fremme av en arrestbegjæring".
- (71) I Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, tredje utgave, 2012 side 39 uttales det at "[e]tter at selskapsorganene har opphørt å funksjonere, må derimot aksjeeierne – eventuelt noen av dem – kunne handle for selskapet, også ved søksmål, ...". Jeg går ikke nærmere inn på om de kildene som påberopes i denne boken kan tas til inntekt for et slikt syn, men nøyer meg med å konstatere at kjæremålsutvalgets konkrete begrunnelse i Rt. 1995 side 1809 ikke nødvendigvis bygger på den brede rettsoppfatningen som er sitert foran. Det samme gjelder for avgjørelsen i Rt. 2008 side 1058 hvor det heller ikke gis uttrykk for en generell regel. Jeg lar imidlertid dette ligge, idet jeg uansett er kommet til at As begjæring må avvises.

- (72) Dette begrunner jeg i at forutsetningen for å fremsette begjæring etter § 37 d andre ledd må være at man ville hatt kompetanse til å anlegge et sivilt søksmål om kravet. Men, som jeg nå skal begrunne nærmere, har A etter min mening ikke en slik kompetanse.
- (73) I vår sak er det, i motsetning til de tre sakene som er omtalt foran, tale om et frivillig avvirket og ikke et tvangsoppløst selskap. For tvangsoppløste aksjeselskaper følger det av aksjeloven § 16-18 første ledd at avviklingen skal skje "etter reglene i konkursloven og dekningsloven". Dermed kom kjæremålsutvalget i saken fra 1995 til at praktiske hensyn tilsa at aksjonærene selv måtte få adgang til å anlegge søksmålet. For frivillig avviklede aksjeselskaper følger det derimot av aksjeloven § 16-10 andre ledd at "[b]estemmelsene i §§ 17-3 til 17-5 gjelder også etter endelig oppløsning".
- (74) Bestemmelsen i § 16-10 andre ledd ble tilføyd ved den någjeldende aksjeloven. Tilføyelsen hadde sin bakgrunn i at det tidligere var delte meninger om hvorvidt selskapets organer opphørte ved den endelige avviklingen. I Marthinussen/Aarbakke, Aksjeloven med kommentarer, 1986 side 492 uttales det således at "[f]ra da av opphører dets organer å funksjonere", mens Andenæs, Aksjeselskapsrett, andre utgave, 1992 side 389 uttaler at det "trolig om nødvendig [kan] treffes gyldig beslutning av generalforsamlingen i det oppløste selskap". I tilknytning til forslaget i NOU 1992: 29 om å tilføye nåværende § 16-10 andre ledd uttaler arbeidsgruppen som var oppnevnt av Justisdepartementet på side 190:
- "Etter oppløsningen er det således fremdeles primært generalforsamlingens oppgave å ta stilling til om det skal gjøres erstatningsansvar gjeldende på selskapets vegne, og det må innkalles til ekstraordinær generalforsamling dersom spørsmålet blir aktuelt."**
- (75) Forslaget ble videreført under den videre lovforberedelsen. Det fremgår av Ot.prp. nr. 23 (1996–97) side 176 at Den Norske Advokatforening hadde foreslått at det burde gis nærmere regler om fremgangsmåten i slike tilfeller, og at det burde settes en tidsgrense på ti år for generalforsamlingens kompetanse. Departementet fant imidlertid ikke grunn til å lovfeste detaljerte saksbehandlingsregler.
- (76) Formålet med lovfestingen var altså uttrykkelig å fastslå i loven at generalforsamlingen skulle kunne ha en funksjon også etter endelig avvikling. Og som det fremgår av sitatet, skulle det "således fremdeles primært [være] generalforsamlingens oppgave å ta stilling til om det skal gjøres erstatningsansvar gjeldende på selskapets vegne". Ved henvisningen til § 17-3 første ledd følger det at lovens system er at generalforsamlingen også etter endelig avvikling skal avgjøre om "erstatningskrav på selskapets vegne" skal fremmes mot blant annet daglig leder. I vår sak ville et eventuelt søksmål måtte fremmes mot A. Det følger dermed av aksjeloven § 5-3 fjerde ledd at han ville være inhabil ved avstemningen og dermed ikke kunne delta. Når han dermed ville være avskåret fra å delta under avstemningen på generalforsamlingen, som ved aksjeloven § 16-10 andre ledd jf. § 17-3 er tillagt primærkompetansen til å anlegge erstatningssøksmålet mot ham, kan jeg ikke se at han alternativt på egen hånd uten støtte i noen generalforsamlingsbeslutning kunne anlegge sak mot seg selv for å inndrive det tapet han påførte Agir AS ved sin utroskap. Det innebærer at han også på dette grunnlaget er avskåret fra å fremsette en begjæring etter straffeloven § 37 d andre ledd.
- (77) Jeg kan ikke se at avgjørelsen i Rt. 2011 side 1811 tilsier en annen løsning. Den saken gjaldt utelukkende det materielle spørsmålet om det aksjeselskapet som den domfelte var eneaksjonær i, kunne påberope seg straffeloven § 37 d andre ledd. Prejudikatvirkningen

av denne avgjørelsen er dermed begrenset til dette spørsmålet. I den saken oppstod det dessuten ikke noe habilitetsspørsmål, idet kravet ble fremsatt av aksjeselskapet som part slik at aksjeselskapets og eneaksjonærens interesser var sammenfallende overfor staten som motpart. I vår sak er imidlertid kravet ikke fremmet av aksjeselskapet, men blant annet av flertallsaksjonæren A som av habilitetsgrunner ville ha vært avskåret fra ved sivilt søksmål å fremme selskapets krav mot seg selv. Dermed oppstår det habilitetsspørsmålet som ikke var aktuelt i Rt. 2011 side 1811.

- (78) For Bs begjæring er jeg enig med førstvoterende i at den ikke kan avvises under henvisning til at hans aksjonærstatus i selskapet eventuelt bygget på et proformaarrangement. For hans adgang til å fremsette begjæringen må bestemmelsen i aksjeloven § 17-6 om konkurrerende krav være avgjørende. Denne bestemmelsen gir B som eventuell aksjonær en selvstendig søksmålsrett for hans forholdsmessige andel av selskapets tap ved As utroskap. Se Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven side 921–924 og 940–942 med videre henvisninger, og hvor det på side 941 uttales at en aksjonær ikke har plikt til å prioritere søksmål etter § 17-4. Tilsvarende må da gjelde for den fremgangsmåten som er foreskrevet i § 17-3.
- (79) Denne fremgangsmåten er derimot ikke aktuell for A, idet han ikke kan fremme søksmål mot seg selv.
- (80) Min oppsummering er etter dette at Bs, men ikke As begjæring fremmes til prøving etter straffeloven § 37 d andre ledd.
- (81) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringene fremmes for tingretten.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til A og B i fellesskap 112 508 – etthundreogtolvtusenfemhundreogåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Riktig utskrift bekreftes: