

Ledelsens ansvar overfor særkreditor

Erstatningsansvar etter asl. §17-1 for manglende informasjon til medkontraahenter i økonomiske krisesituasjoner

Kandidatnummer: 62

Antall ord: 14 979



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 10.12.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling	2
1.2 Aktualitet.....	3
1.3 Avgrensninger	4
1.4 Interessekonflikten og metode	5
2 Kort om ledelsesorganene etter aksjeloven §17-1.....	6
3 Generelt om ansvar etter asl. §17-1.....	8
4 Culpanormens objektive dimensjon.....	11
4.1 Innledning.....	11
4.1.1 I hvilke situasjoner ansvar kan oppstå.....	11
4.1.2 Rettslig plassering	12
4.1.3 Rettskildebildet.....	13
4.2 Tidligste tidspunkt for personlig ansvar.....	14
4.2.1 Rettslig utgangspunkt.....	14
4.2.2 Mulige reservasjoner	21
4.2.3 Skjerpet aktsomhetskrav etter innføringen av asl. §3-4?	22
4.3 Ansvar når selskapet er insolvent.....	29
4.3.1 Rettslig utgangspunkt.....	29
4.3.2 Innholdet i vilkårene for å drive videre etter insolvens.....	36
4.4 Kontraktens nødvendighet for videre drift	38
4.5 Aktsomhetskravene for eksisterende og nye kontrakter	40
5 Subjektive unnskyldningsgrunner	42
5.1 Rettslig villfarelse	42
5.2 Faktisk villfarelse	43
Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er selskapsledelsens erstatningsansvar etter aksjeloven §17-1. Avhandlingen skal klarlegge og konkretisere aktsomhetsnormen når selskapsledelsen inngår nye avtaler på kreditt, eller mottar leveranser på kreditt i løpende kontraktsforhold på vegne av et selskap i økonomisk krise. Det er særkreditors erstatningskrav mot det enkelte styremedlem eller daglig leder – når han har levert naturalytelser på kreditt uten å få informasjon om selskapets sviktende økonomi - som skal behandles.

Fremstillingen er begrenset til aksjeselskaper, og gjelder innehavere av formelle ledelsesverv, enten som medlem av selskapets daglige ledelse, eller som medlem av dets styre.¹

Selskap som driver næringsvirksomhet vil ofte – som ledd i virksomheten – være involvert i kontraktsforhold som innebærer at det mottar ytelser fra en medkontrahent på kreditt. Noen ganger mottar selskapet slike ytelser under allerede inngåtte kontrakter, for eksempel i tilvirkningsforhold, mens ytelsene i andre tilfeller er aktualisert ved nye avtaler eller bestillinger. Dersom selskapet befinner seg i en økonomisk krisesituasjon når det mottar en slik ytelse, og er ute av stand til å betale for leveransen når forfallstidspunktet kommer, kan det bli aktuelt å holde medlemmer av selskapsledelsen erstatningsansvarlig for tapet medkontrahenten blir påført ved å ha levert til selskapet uten å få kontraktsmessig oppgjør.

Ansvarsspørsmålet formuleres i slike tilfeller gjerne som et spørsmål om «varslingsplikt» for vedkommende tillitsmann overfor den aktuelle medkontrahent/kreditor. Dette ut fra tanken om at medkontrahenten, dersom han velger å levere på kreditt til tross for å ha blitt informert om selskapets økonomiske stilling, har akseptert risikoen, og derfor ikke kan gjøre ansvar gjeldende mot medlemmer av selskapsledelsen hvis han ikke får betaling.²

Når et aksjeselskap ikke lenger er i stand til å dekke sine forpliktelser ved forfall, hindrer hovedregelen om ansvarsbegrensning for selskapets aksjonærer medkontrahentenes muligheter til å få kontraktsmessig oppfyllelse.³ Dersom det ikke eksisterer flere midler i selskapet, må medkontrahentene ha særskilt rettsgrunnlag for å kunne kreve dekket det

¹ Lov 13.06.1997 nr. 44 om aksjeselskaper §6-12 og §6-14

² Eksempelvis Normann 1994 s.524

³ Asl. §1-2

økonomiske tap medkontrahenten har lidt som følger av kontraktsbruddet. Paragraf 17-1 gir de enkelte kreditorer hjemmel til å kreve erstattet sitt økonomiske tap hvor selskapsledelsen uaktsomt har brutt de plikter som ligger hos disse.⁴ Å varsle en medkontrahent som leverer ytelser på kreditt til et kriserammet selskap, vil være en av ledelsens plikter.⁵

For vern av selskapskreditorenes økonomiske interesser i selskapet, eksisterer aksjelovens såkalte kapitalbeskyttelsesregler, som i økonomiske krisesituasjoner suppleres av kreditorvernreglene i dekningsloven og konkursloven⁶; herunder styrets plikt til å begjære gjeldsforhandling eller konkurs ved insolvens. Brudd på disse reglene kan medføre både strafferettslige og erstatningsrettslige sanksjoner for medlemmer av ledelsen.⁷

1.2 Aktualitet

Problemstillingen er aktuell av flere årsaker. For det første er rettsstillingen uklar. Rettskildene som behandler spørsmålet syntes å legge til grunn forskjellige aktsomhetsnormer.

For det andre ble tema satt på dagsorden i Høyesteretts dom inntatt i HR-2017-2375-A («Ulvesund-dommen»). Dommen er den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett har behandlet spørsmålet om uaktsomhetsansvar for brudd på varslingsplikten eksplisitt. Dommen omhandler en underleverandørs erstatningskrav mot en daglig leder for å - på vegne av et insolvent selskap – fortsette å motta løpende leveranser og installasjoner på kreditt uten å informere om den økonomiske svikten.

Dommen gir svært relevante bemerkninger for rekkevidden av uaktsomhetsansvaret for daglig leder. Høyesterett oppstiller i dommen vilkår for uaktsomhetsansvar for daglig leder, basert på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende for problemstillingen. Særlig interessant i et rettskildemessig perspektiv er at drøftelsen om uaktsomhetsansvaret for brudd på

⁴ Selskapets kreditorer vil typisk omfattes av «andre» i §17-1 jf. Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.167.

⁵ Plikten følger av det ulovfestede kravet til lojalitet mellom kontraktsparter jf. bl.a. HR-2017-2375-A avsnitt (34-35) jf. Rt-1988-1078 på s.1084 og Rt-1995-1460 på s.1469. Det er selskapet som rettssubjekt kravet til lojalitet retter seg mot. Ledelsesorganene som forvaltningsansvarlige etter §6-12 og §6-14 er ansvarlige for å overholde selskapets lojalitetsplikt, og kan ved brudd på denne bli personlig ansvarlig etter §17-1.

⁶ Av kapitalbeskyttelsesregler kan særlig styrets handleplikt ved uforsvarlig egenkapital og likviditet etter asl. §3-5 jf. §3-4 nevnes. Kompetansen til å begjære oppbud ved insolvens ligger hos styret som selskapsorgan jf. asl. §6-18 (1) jf. kkl. §60 eller hos en av selskapets fordringshavere. Styret trenger ikke, når selskapet er insolvent, å fremlegge forslag om oppbudsbegjæring for generalforsamlingen jf. NOU 1996:3 s.140.

⁷ Erstatningsansvar jf. asl. §17-1 og straffansvar jf. strl. §407.

varslingsplikten ikke var nødvendig for resultatet i dommen. En analyse av drøftelsen, og om denne utgjør en god regel for typetilfellet, vil derfor være en sentral del av oppgaven.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven skal ta for seg ansvar for de enkelte styremedlemmene og daglig leder, fellesbetegnet ledelsen, som ansvarssubjekt etter §17-1. Paragraf 17-1 er en særlig regulering av den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen.⁸ Etter alminnelige erstatningsrettslige regler er det tre grunnvilkår for erstatning; det må foreligge en rettslig relevant skade/ et økonomisk tap, adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende/tapsbringende handling og det økonomiske tap, samt ansvarsgrunnlag. Det er vilkåret om ansvarsgrunnlag som skal behandles i oppgaven. Vilkårene om skade og årsakssammenheng vil ikke behandles. Heller ikke utmålingsspørsmål vil behandles.

Oppgaven tar for seg den enkelte, usikrede kreditors særkrav mot selskapsledelsen. Krav som fremsettes mot ledelsen på vegne av kreditorfelleskapet i konkursbo skal ikke behandles.

Det avgrenses også mot tilfeller hvor kreditoren i forkant av avtaleinngåelse har kunnskap om selskapets økonomiske problemer. Utgangspunktet i oppgaven er at medkontrahenten er uvitende om den økonomiske krisesituasjonen. Dersom medkontrahenten varsles, og likevel velger å inngå kontrakten, må det anses som ansvarsbefriende aksept av risiko.⁹ Aksept av risiko-betraktninger skal derfor ikke behandles.

Oppgaven skal ikke ta for seg medvirkningsansvaret jf. §17-1 annet ledd. Heller ikke vil straffansvar etter Lov om straff 2005 kapittel 31 om kreditorvern behandles i seg selv.

I oppgaven vil ikke nyansene mellom aktsomhetsnormen for daglig leder og det enkelte styremedlemmene problematiseres. Disse inngår og behandles samlet under betegnelsen «selskapsledelsen».

⁸ HR-2017-2375-A avsnitt (25)

⁹ Normann 1994 s.524

1.4 Interessekonflikten og metode

De problemstillingene som skal behandles i oppgaven munner ut i en interessekonflikt mellom den generelle selskapsinteressen og den enkelte særkreditor.¹⁰ Spørsmålet er hvilke hensyn som skal veie tyngst i situasjoner hvor selskapsledelsen blir tvunget til å prioritere. Skal man - i tråd med den generelle selskapsinteressen – ansvarsfritt kunne bestille og motta nye leveranser på kreditt i en situasjon hvor det er usikkert hvorvidt selskapet kan betale den enkelte kreditor ved forfall? En adgang til å ansvarsfritt – på nærmere angitte vilkår - foreta en slik disposisjon, vil tilføre selskapet verdier som begunstiger kreditorfelleskapet, aksjonærene, de ansatte i selskapet, samfunnsøkonomien og selskapets samarbeidspartnere. Den enkelte særkreditor - som frivillig inngår en kontrakt med selskapet - vil i disse situasjonene «forledes» til fortsatt å levere naturalytelser med usikker kontraktsmessig oppfyllelse. Dermed eksponeres denne for en forøkt risiko for økonomisk tap. Det er hvor risikoen i disse tilfellene skal plasseres, som utgjør interesseavveiningen i oppgavens rettslige problemstilling.

Det nærmere innholdet av uaktsomhetsansvaret for brudd på informasjonsplikten er ikke fastlagt i aksjeloven eller annen lovgivning, men beror i prinsippet på en anvendelse av den ulovfestede culpanormen som bestemmelsen i §17-1 er basert på. Denne gir liten veiledning for innholdet i varslingsplikten og ledelsens uaktsomme brudd på denne. Det finnes også relativt lite rettspraksis som konkretiserer innholdet i plikten og i den juridiske teori er temaet ganske sparsomt behandlet. Siden det er få formelle eller autoritative rettskilder, vil det være større rom for å vektlegge reelle hensyn når aktsomhetsnormen skal kartlegges. Siktemålet med oppgaven er å klarlegge og konkretisere rettsstillingen på dette punkt utfra de rettskilder som foreligger. Det er i første rekke den objektive siden av aktsomhetsnormen – med særlig vekt på tidspunktet for ansvarets inntreden - som skal konkretiseres, men også noen særspørsmål ved den subjektive siden av culpanormens vil behandles.

¹⁰ Med selskapsinteressen menes de beskyttede interesser ledelsen skal ivareta ved forvaltningen av selskapet. Bl.a. er aksjonærenes og kreditorfelleskapet beskyttede interesser jf. Rt.1993.1399 på s.1404.

2 Kort om ledelsesorganene etter aksjeloven §17-1

I aksjeselskaper er styret det øverste ledelsesorganet. Styret har det overordnede ansvaret for forvaltningen, herunder bl.a. å føre løpende tilsyn med daglig leder og virksomheten for øvrig og holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling.¹¹ Daglig leder står for den daglige ledelse i selskapet, men styret kan i prinsippet holdes ansvarlig også for daglig leders forhold i kraft av sin kontroll- og instruksjonsmyndighet.¹² Daglig leder er et valgfritt selskapsorgan. Dersom selskapet ikke har daglig leder, er det styrelederen som står for den daglige driften.¹³

En sentral del av ledelsens forvaltningsansvar i aksjeselskap, er den plikt selskapet har – overfor aksjonærer og selskapets kreditorer – til å overvåke at selskapet alltid har et forsvarlig kapitalgrunnlag i forhold til risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet. Dette overordnede ansvaret er nærmere konkretisert i aksjeloven, og pålegger ledelsen en alminnelig handleplikt ved uforsvarlig egenkapital og likviditet.¹⁴ Når selskapet er i en økonomisk krisesituasjon vil både kreditorvernreglene i dekningsloven og konkursloven, og styrets plikt til å begjære oppbud ved insolvens, kunne aktualiseres.¹⁵

Forøvrig innebærer ledelsens forvaltningsansvar en generell plikt for styret til å sørge for at alle avgjørelser, beslutninger, unnlatelser og disposisjoner som foretas – som ligger hos ledelsen som en del av deres oppgaver og plikter - i kraft av å være tillitspersoner for selskapet er i samsvar med loven, vedtekter, generalforsamlingsvedtak, i samsvar med inngåtte avtaler mv. Det må også stilles krav om at disse er forsvarlige ut i fra de interesser som ledelsen skal ivareta som selskapets forvaltningsansvarlige.

Styret har også en plikt til å påse at daglig leders oppgaver og plikter gjennomføres på en forsvarlig måte, i tillegg til daglig leder selv. Avgjørelser som leder til et økonomisk tap for enten selskapet eller kreditorene, kan i prinsippet være ansvarsbetingende for det enkelte

¹¹ Asl. §6-12 og §6-13

¹² Asl. §6-14 (1) og §6-13 (1)

¹³ Rt.2013.312 avsnitt (27)

¹⁴ Asl. §3-5 og §3-4.

¹⁵ Lov 08.06.1984 nr.58 om gjeldsforhandling og konkurs §60 jf. §61 og Lov 08.06.1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett §2-2.

styremedlem eller daglig leder. Det kan medføre et personlig erstatningsansvar, som i utgangspunktet er ubegrenset.¹⁶

¹⁶ Asl. §17-1

3 Generelt om ansvar etter asl. §17-1

Det er kun ansvar etter §17-1 som skal behandles i det videre. I hovedregelen om erstatningsansvar i §17-1 første ledd lyder;

«Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende».

Det er ansvarsvilkåret som behandles i oppgaven. Paragraf 17-1 er en «særlig regulering av den erstatningsrettslige culpanormen» og «omfatter også krav om erstatning for et rent formuestap hos en kreditor». ¹⁷ I Hagstrøm/Stenvik karakteriseres culpanormen som «erstatningsansvar for adekvat skade som er voldt ved en rettstridig handling eller unnlatelse som kan tilregnes skadevolderes som forsettlig eller uaktsom». ¹⁸ Wilhelmsen og Hagland siterer Peter Lødrup og omtaler culpaansvaret som «en alminnelig regel i vår rett at den som har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig, blir erstatningspliktig ovenfor skadelidte for det tap som er påført ham». ¹⁹

Ansvaret etter §17-1 er et personlig og individuelt ansvar for daglig leder eller det enkelte styremedlem. Det er ikke tale om et organansvar. Som en konsekvens av at det er et individuelt ansvar, må det enkelte medlem vurderes hver for seg når en skal ta stilling til om det foreligger ansvarsgrunnlag. Hvor flere medlemmer av ledelsen er ansvarlige for samme skade, vil disse kunne hefte solidarisk for det økonomiske tapet. ²⁰

Det kreves etter §17-1 at det enkelte medlemmet av selskapsledelsen har opptrådt «forsettlig eller uaktsomt» da de påførte skadelidte det økonomiske tapet. Uaktsomhetsvurderingen består i hovedsak av to elementer – En objektiv og en subjektiv vurdering. ²¹ Den objektive siden inneholder vurderingen av hvorvidt det enkelte styremedlemmet har opptrådt rettstridig, typisk ved å overtre en plikt som ligger hos denne. Den subjektive siden består i hovedsak i

¹⁷ HR-2017-2375-A avsnitt (25) og Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.167.

¹⁸ Hagstrøm/Stenvik 2015, s. 68

¹⁹ Lødrup 1999 s.122 og Wilhelmsen/Hagland 2017 s.87

²⁰ Lov 13.06.1969 nr. 26 om skadeserstatning §5-3

²¹ Hagstrøm 2015 s.73 flg. og s.135 flg. og Wilhelmsen/Hagland 2017 s.95 flg. og s.136 flg.

spørsmålet om det eksisterer subjektive unnskyldningsgrunner som kan begrunne ansvarsfrihet.²²

På den objektive siden av culpanormen må det tas stilling til hvilket innhold ledelsens plikt har i den konkrete situasjonen. Dette må utledes av de rettskildefaktorer som kan gi bidrag til å fastlegge og utforme en aktsomhetsnorm. I den forbindelse er det viktig å merke seg at sentrale deler av ledelsens plikter er generelt og skjønnsmessig utformet. En konsekvens av dette er at det kan by på vanskeligheter å konstatere om disse er brutt. Eksempelvis har ledelsen en plikt til å sørge for at selskapet skal «...til enhver tid ha en egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten»²³, en plikt til å begjære gjeldsforhandling eller konkurs når det ikke lenger eksisterer et realistisk håp om å kunne dekke selskapets løpende forpliktelser når disse forfaller til betaling, og sist men ikke minst – plikten til å avstå fra å treffe beslutninger som utsetter selskapet, kreditorene og medkontrahentene for en uforsvarlig høy tapsrisiko.

Dersom det objektivt sett foreligger et pliktbrudd, er spørsmålet om det enkelte medlemmet i selskapsledelsen har utvist tilstrekkelig ansvarsbetingende uaktsomhet. Hvor de plikter som hører til hos ledelsen er brutt, er det en «presumpsjon for at vedkommende har opptrådt uaktsomt»²⁴. Det vil derfor i hovedsak omhandle spørsmålet om det eksisterer relevante subjektive unnskyldningsgrunner. Som et klart utgangspunkt skal det mye til for at et medlem av selskapsledelsen som objektivt sett har overtrådt en plikt som ligger hos denne, skal bli hørt med subjektive unnskyldningsgrunner. Medlemmet av selskapsledelsen blir målt mot den objektive «standard» om hva man må kunne forvente av en av selskapets tillitspersoner. Dersom det er ikke er handlet på en tilfredsstillende måte, er det svært sjeldent unnskyldende å være i villrede eller uvitende om forholdet. Ettersom ansvaret er individuelt, kan en konsekvens av dette være at man risikerer å bli personlig ansvarlig for feil som er begått av andre i ledelsen.

Styreansvar kan etter §17-1 bli aktuelt overfor «selskapet, aksjeeier eller andre». Det må oppstilles et skille mellom den skade som er påført i første omgang selskapet - og i forlengelsen kreditorfelleskapet – og skade påført konkrete tredjemenn (medkontrahenter/enkeltkreditorer). Man vil typisk skade selskapet ved å gjennomføre

²² Normann 1994 s.502

²³ Asl. §3-4

²⁴ HR-2016-1440-A, avsnitt (41) og Normann 1994 s.221.

tapsbringende disposisjoner, eksempelvis feilslåtte og risikofylte investeringer, eventuelt å unnlate å forhindre at slike skjer. Kreditorfelleskapet skades ved å ikke begjære oppbud i tide. Skade på usikrede enkeltkreditorer oppstår typisk når selskapet inngår avtaler eller utfører bestillinger, mottar leveranser under allerede eksisterende avtaler når det foreligger en nærliggende risiko for at selskapet ikke skal klare å oppfylle forpliktelsene sine når de forfaller. Vurderingen av om selskapsledelsen har opptrådt uforsvarlig i forhold til enkeltkreditoren, må ta utgangspunkt i situasjonen på beslutningstidspunktet.²⁵ Det er disse forhold oppgaven skal tematisere.

I praksis er det først når selskapet blir insolvent styreansvar aktualiseres. På dette tidspunkt er ikke selskapet i stand til å gjøre opp sine forpliktelser overfor kreditorfelleskapet, kontraktsparter og enkeltkreditorer. Det kan allikevel tenkes at ansvaret aktualiseres også når selskapet er solvent – typisk overfor selskapet eller aksjonærene for å ha foretatt uforsvarlige økonomiske disposisjoner.

²⁵ Andenæs 2006 s.661 jf. Rt.1932.857, Rt.1975.198 og Rt.1991.119.

4 Culpanormens objektive dimensjon

4.1 Innledning

4.1.1 I hvilke situasjoner ansvar kan oppstå

Det rettslige spørsmålet er på hvilket tidspunkt selskapsledelsen blir personlig ansvarlig for å fortsette å motta naturalytelser på kreditt når selskapet er i en økonomisk krisesituasjon. Det kan tenkes flere situasjoner hvor selskapsledelsen står i fare for å bli personlig ansvarlig ved fortsatt drift i økonomisk kritiske faser for selskapet. Kreditorer som kan tenkes å kreve erstatning, kan være både private og offentlige leverandører og tjenesteytere som leverer naturalytelser på kreditt.

I slike situasjoner, kan det for det første bli aktuelt med personlig ansvar hvor selskapet mottar leveranser under en allerede eksisterende kontrakt – i et løpende kontraktsforhold. Eksempelvis er det særlig aktuelt i tilvirkningskontrakter, hvor selskapet løpende mottar naturalytelser i form av reparasjoner, ombygginger, vedlikehold mv på kreditt. Et beslektet tilfelle er når et selskap bestiller nye leveranser under en rammeavtale. Rammeavtaler kjennetegnes ved at oppdragsgiveren(e) og leverandøren(e) på forhånd har fastsatt hvilke kontraktsvilkår som gjelder i den perioden rammeavtalen varer.

For det andre kan det tenkes personlig ansvar i de situasjoner hvor selskapet inngår nye avtaler eller bestiller nye leveranser på kreditt, når selskapets økonomi er kritisk. Dette kan i prinsippet være en hvilken som helst kontrakt hvor naturalytelsen leveres på kreditt. Det kan være nye avtaler som, i likhet med de løpende kontraktsforhold, eksempelvis dreier seg om reparasjonstjenester, vedlikeholdstjenester, ombyggingstjenester mv. Selskapet kan ha inngått en kjøpsavtale hvor betalingen skal skje på et senere tidspunkt enn når selve realytelsen overleveres. Et annet eksempel kan være inngåelse av en langvarig leiekontrakt hvor det knytter seg usikkerhet til om selskapet kan betale løpende leie ved forfall.

Det som kjennetegner og begrunner hvorfor ansvar kan være aktuelt i disse situasjonene, er kredittrisikoen medkontrahenten påføres gjennom en slik disposisjon. Her knytter det seg usikkerhet til om selskapet kan betale for naturalytelsen ved forfall, og i verste fall om selskapet i det hele tatt kan dekke forpliktelsen. Når det leveres eller bestilles naturalytelser på

kreditt og selskapet går konkurs, vil de uprioriterte kreditorene være blant de fordringshaverne som risikerer å tape hele eller deler av sitt krav. Dekningen fra konkursboet kan bestå i ingen, eller bare begrenset prosentvis dekning i form av dividende.

Når selskapet er i en økonomisk krisesituasjon, er det flere beskyttelsesverdige interesser. For kreditorenes del bør ledelsen varsle om sviktende økonomi for å avverge at det oppstår ytterligere tap for selskapet. Dekningsutsiktene til kreditorene, da særlig de usikrede kreditorene, vil forverres når selskapet pådrar seg ytterligere forpliktelser.

4.1.2 Rettslig plassering

Informasjonsplikten er en av flere i kategorien «aktivitetsplikter» som ligger hos selskapsledelsen når selskapets økonomiske grunnlag svikter. Av andre plikter som ligger hos selskapets ledelsesorganer, er styrets handleplikt etter asl. §3-5 når selskapets likviditet og egenkapital er uforsvarlig i forhold til risikoen ved og omfanget av driften i selskapet.²⁶ Styret plikter å sørge for at kapitalgrunnlaget alltid er forsvarlig i forhold til driften av selskapet. Når selskapets likviditet og egenkapital er uforsvarlig, inntreer det for styret en plikt til å «straks behandle saken» og foreslå tiltak med det siktemål at kapitalgrunnlaget igjen skal være forsvarlig ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten.

En tilsvarende «aktivitetsplikt» for styret når selskapets økonomi er sviktende, er plikten til å begjære oppbud når selskapet er insolvent²⁷. Oppbudsplikten oppstår når selskapet blir insolvent, med mindre det foreligger et realistisk håp om videre drift også etter insolvenstidspunktet. Brudd på oppbudsplikten kan føre til både strafferettslige og erstatningsrettslige sanksjoner. Lov om straff 2005 §407 lyder: «Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes en insolvent skyldner som forsettlig eller grovt uaktsomt unnlater å begjære åpning av gjeldsforhandling etter konkursloven eller konkurs, dersom ... b) skyldnerens næringsvirksomhet klart går med tap, og skyldneren må innse at han ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid». I juridisk teori er det bred enighet om at brudd

²⁶ Asl. §3-5 jf. §3-4.

²⁷ Insolvensbegrepet følger av kkl. §61. Det stilles som vilkår at selskapet må være varig illikvid og insuffisient for å være insolvent. Det heter at «Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, medmindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.»

på oppbudsplikten også vil kunne føre til et erstatningskrav fra kreditorfelleskapet.²⁸ At brudd på oppbudsplikten kan medføre erstatningsansvar følger også av underrettspraksis.²⁹

En tredje variant av «aktivitetsplikt» for ledelsesorganene i et selskap med kritisk økonomi, er det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om varslingsplikt i kontraktsforhold. En plikt til å varsle/informere en medkontrahent om betalingsproblemer, følger av «det alminnelige ulovfestede kravet om aktsomhet og lojalitet mellom kontraktparter ... Informasjon om at man ikke vil kunne klare å oppfylle sin del av avtalen – for eksempel plikten til å betale ved forfall - ligger nok i et kjerneområde».³⁰ Om rekkevidden av varslingsplikten, sier Høyesterett i Ulvesund-dommen at den vil måtte bero, i løpende kontraktsforhold, «på kontraktstypen og forholdene ellers».³¹ Varslingsplikten ligger hos selskapet som rettssubjekt. Det er styret og daglig leder som er forvaltningsansvarlige og ansvarlige for den daglige driften av selskapet, og dermed ansvarlige for å sørge for at selskapet overholder sine forpliktelser overfor sine medkontrahenter.

4.1.3 Rettskildebildet

Innholdet i uaktsomhetsansvaret for mangelfull varslingsplikt overfor medkontrahenter i økonomisk kritiske faser, finnes det ingen uttrykkelig lovregulering om. Aksjeloven §17-1 gir en henvisning til den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen, men sier lite om innholdet i denne. Loven er med andre ord taus om innholdet hva gjelder innholdet i uaktsomhetsansvaret for ledelsens brudd på varslingsplikten.

Det finnes sparsomt med rettspraksis vedrørende innholdet i aktsomhetsnormen. Ulvesund-dommen (HR-2017-2375-A), Håheller-dommen (HR-2016-1440-A) og Normount-dommen (Rt.1991.119) er av særlig interesse. Av disse gir Ulvesund-dommen en anvisning på innholdet i aktsomhetsnormen, men drøftelsen forøvrig bærer preg av et obiter dictum. Håheller-dommen er avsagt under skarp dissens (3-2) hva gjelder grunnlaget for erstatning. Dommene reiser rettskildemessig interessante spørsmål, ettersom de gir et noe ulikt bilde av hva som er gjeldende rett.

²⁸ Se bl.a. Normann 1994 s.494 flg.

²⁹ Se bl.a. LB-2012-202732 og LB-2014-188146.

³⁰ HR-2017-2375-A avsnitt (34) jf. Rt-1988-1078 på s.1084 og Rt-1995-1460 på s.1469.

³¹ Ibid. Avsnitt (35)

Av juridisk teori er det få som har skrevet utfyllende om problemstillingen. Kristin Normann Aarum i sin doktoravhandling «*Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*» fra 1994 har den mest grundige behandlingen av spørsmålet. Ellers er temaet noe kortfattet behandlet av Mads Henry Andenæs i boka «*Selskapsrett*» fra 2007 og boka «*aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*» fra 2006, Elin Mack Løvdal i artikkelen «*Aksjeloven og allmennaksjeloven §3-4 og §3-5*» i Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 2003 s.472, og av Knut Ro i sin artikkelen «*Konkursboets eller enkeltkreditors erstatningskrav*» i Lov og Rett fra 1994 på s.233.

Grunnet relativt sparsomme rettskilder, vil reelle hensyn kunne få betydning når innholdet i aktsomhetsnormen for selskapsledelsen skal klarlegges. Av disse vil harmonihensynet – at det bør være sammenheng mellom oppbudsplikten og andre aktivitetsplikter – kunne bidra til fastleggingen av aktsomhetsnormen. Også retts tekniske hensyn – og da særlig hensynet til forutberegnelighet – vil kunne gi tolkningsbidrag til forståelsen av aktsomhetsnormen. Hensynet til aksjonærene, de ansatte i selskapet, samfunnsøkonomien, samarbeidspartnere, finans- og pantekreditorene og lokalsamfunnet må veies mot hensynet til de usikrede enkeltkreditorene.

4.2 Tidligste tidspunkt for personlig ansvar

En sentral problemstilling knyttet til varslingspliktens innhold er spørsmålet om hvor *kritisk* selskapets finansielle stilling må ha blitt før varslingsplikten kan bli aktualisert. Sagt på en annen måte er spørsmålet på hvilket tidspunkt uaktsomhetsansvaret etter §17-1 oppstår, der ledelsen har unnlatt å informere kreditorene – både eksisterende og nye - om selskapets kritiske økonomi.

4.2.1 Rettslig utgangspunkt

Ut i fra de aktivitetsplikter som ligger hos selskapsledelsen i en økonomisk krisesituasjon, er det nærliggende å tenke seg to mulige tidspunkter eller situasjoner: For det første når selskapets egenkapital er blitt uforsvarlig lav og ledelsen har handleplikt etter §3-5 jf. §3-4, og for det annet når selskapet er blitt insolvent slik at styret plikter å begjære oppbud.³²

³² Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff §407

Det rettslige spørsmålet er hvorvidt selskapet må ha blitt insolvent før varslingsplikt – og ansvar for unnlatt varsling – kan bli aktuelt, eller om varslingsplikten kan oppstå på et tidligere stadium; f.eks. når selskapets egenkapital er blitt så lav at ledelsen har handleplikt etter aksjeloven.

Av relevant høyesterettspraksis er særlig Ulvesund-dommen³³, Normount-dommen³⁴ og Håheller-dommen³⁵ av interesse. Mens Ulvesund og Normount begge peker i retning av insolvenstidspunktet som tidligste tidspunkt for personlig ansvar, gir Håheller inntrykk av at personlig ansvar kan oppstå allerede ved uforsvarlig egenkapital og likviditet.

I Ulvesund-dommen var det rettslige spørsmålet om daglig leder i Blaalid AS var personlig ansvarlig for det økonomiske tapet Ulvesund Elektro AS – en underleverandør som leverte og installerte utstyr på kreditt - var påført etter ikke å ha blitt informert om den sviktende økonomien i Blaalid. Særlig var spørsmålet på hvilket tidspunkt daglig leder må informere eksisterende enkeltkreditorer/medkontrahenter for å unngå å bli personlig ansvarlig for forpliktelser selskapet påføres i økonomisk kritiske faser. Selv om ansvarssubjektet i dommen var daglig leder i Blaalid AS, kan det argumenteres for at ansvar for styremedlemmene ikke bør vurderes forskjellig, ut fra sammenhengen i lovens system.³⁶

Høyesterett kom enstemmig til at daglig leder var personlig ansvarlig for det økonomiske tapet Ulvesund Elektro AS ble påført. Begrunnelsen for ansvar var ikke daglig leders brudd på selskapets informasjonsplikt, men at daglig leder hadde forsømt sin plikt til å sørge for at selskapet hadde betryggende regnskapsføring og formuesforvaltning jf. asl. §6-14.

Høyesteretts drøftelse vedrørende daglig leders brudd på selskapets informasjonsplikt - ved at Blaalid AS fortsatte å motta naturalytelsene på kreditt uten å informere om at selskapet var insolvent – har karakter av et obiter dictum.

I dommen argumenteres det for at personlig ansvar for daglig leder ved brudd på informasjonsplikten som utgangspunkt først kan oppstå når selskapet er blitt insolvent. Begrunnelsen for at insolvenstidspunktet er en forutsetning for personlig ansvar, mener Høyesterett må søkes i hensynet til de berørte partene – herunder aksjonærene, de ansatte,

³³ HR-2017-2375-A

³⁴ Rt.1991.119

³⁵ HR-2016-1440-A

³⁶ Daglig leder er ikke et obligatorisk organ i et AS. Dersom selskapet ikke har daglig leder, er styreleder ansvarlig for den daglige driften av selskapet jf. Rt.2013.312. Styret og dets medlemmer har også kompetanse til å inngå avtaler på vegne av selskapet jf. asl. §6-12, og bør derfor være underlagt samme aktsomhetsnorm.

samfunnsøkonomien, samarbeidspartnerne, og lokalsamfunnet. Disse hensynene taler også for at det ikke gjelder et «én-til-én-forhold» mellom selskapets informasjonsplikt etter kontraktsrettslige prinsipper og daglig leders personlige ansvar overfor medkontrahenten for at selskapets informasjonsplikt ikke er overholdt.³⁷ Også retstekniske hensyn – særlig hensynet til forutsigbarhet - og hensynet til sammenheng med den etablerte aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud taler for insolvenstidspunktet som tidligste tidspunkt for personlig ansvar.³⁸ Førstevoterende tar imidlertid to reservasjoner. Aktsomhetsnormen som oppstilles i dommen, presiseres å gjelde under «ordinære forhold», og ledelsen må «på et forsvarlig avklart grunnlag bygget på at selskapet var solvent» for at det skal være ansvarsfritt å motta leveranser også etter insolvenstidspunktet.³⁹

Høyesteretts uttalelser om rekkevidden av uaktsomhetsansvaret for daglig leder når selskapet har økonomiske problemer er, som sagt, ikke en del av drøftelsen som var nødvendig for dommens resultat – det inngår ikke i dommens ratio decidendi. Etter tradisjonell rettskildelære er det dommens ratio decidendi som har bindende virkning og prejudikatsverdi for senere rettsanvendelse. Vekten av et obiter dictum beror på kvaliteten av argumentasjonen.⁴⁰ Det er ellers nærliggende å forstå uttalelsene i dommen som et uttrykk for hva førstevoterende - med de øvrige dommers tilslutning - mener er korrekt rettsoppfatning, og dermed kunne indikere hvilken vei Høyesterett vil gå i sin fremtidige praksis. Når førstevoterende fant grunn til å redegjøre for rettstilstanden uten at det var nødvendig for domsresultatet, ligger det ellers nær å også se uttalene som uttrykk for en erkjennelse av behovet for en mer detaljert rettsavklaring og -veiledning på området.

I retning av insolvenstidspunktet som tidligste tidspunkt for ansvar, trekker også Normountdommen.⁴¹ Spørsmålet var om styremedlemmene i aksjeselskapet Normount var personlig ansvarlige etter den gamle aksjeloven §15-1.⁴² Selskapet driftet linjetrafikk mellom Amerika og Afrika. I mars til og med mai 1984 foretok Normount en befraktning med M/S ARAO etter avtale med rederiet Canadian Forest Navigation Company LTD. Normount mottok i

³⁷ HR-2017-2375-A avsnitt (38)

³⁸ Ibid. avsnitt (40-42). I denne retning også Normann 1994 s.502; Etter det hun kaller skjæringstidspunktet – hvor hun viser til tidspunktet for styrets plikt til å begjære oppbud – kan styremedlemmene bli ansvarlige dersom de ikke forhindrer at selskapet forsetter å motta leveranser på kreditt i et løpende kontraktsforhold. Ulvesunddommen syntes å videreutvikle Normanns synspunkt om sammenheng mellom aktsomhetsnormene.

³⁹ Ibid. avsnitt (41)

⁴⁰ Monsen 2012 s.154 avsnitt (209).

⁴¹ Rt.1991.119

⁴² Aksjeloven av 4. Juni 1976 nr. 59

forbindelse med denne reisen tjenester og varer på kreditt av to amerikanske selskap. Denne gjelden ble ikke dekket, og de amerikanske selskapene tok i tråd med sjøpanterett etter amerikansk lov arrest i M/S ARAO. For å få løslatt skipet, måtte Canadian Forest innfri gjelden til Normount. Canadian Forest gikk i den forbindelse til erstatningssøksmål mot Normount og de fire norske styremedlemmene i selskapet.⁴³

Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til, var om «Normounts økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet – krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når de er forfalt».⁴⁴ Høyesterett kom enstemmig til inngåelsen av certepartiet ikke kunne medføre erstatningsansvar for styremedlemmene i Normount.

I Normount-dommen var altså den økonomiske situasjonen i selskapet stadig forverret siden oppstarten. Alle de tidligere befraktningene hadde resultert i tap for selskapet, og de foreløpige prognosene for den fjerde befraktningen viste at tap også var nærliggende for denne. Driften av selskapet førte det nærmere og nærmere en økonomisk krisesituasjon. I lys av den økonomiske situasjonen, var spørsmålet om Normount på avtaletidspunktet ikke burde ha bestilt nye naturalytelser på kreditt fra enkeltkreditorene, fordi det var sannsynlig at Normount ikke ville klare å innfri kravene ved forfall. Ved å påføre selskapet disse forpliktelsene, og dermed påføre Canadian Forest et økonomisk tap, hadde de utsatt rederiet for en større risiko en det som var meningen med certepartiet. Det var i realiteten et spørsmål om hvilken risiko styremedlemmene kunne ta ved avgjørelsen om å inngå certepartiet, og dermed også hvilken risiko denne avtalen påførte Canadian Forest.

Normount-dommen omtaler ikke eksplisitt brudd på informasjonsplikten som grunnlag for ansvar. Allikevel må dommen ha prinsipiell interesse nettopp for dette spørsmålet, fordi spørsmålet kunne blitt formulert på denne måten. Dersom det hadde vært uaktsomt av Normount å inngå certepartiet med Canadian Forest, ville det være erstatningsbefriende dersom Normount hadde informert Canadian Forest om den økonomiske situasjonen ved avtaleinngåelsen. Dersom Canadian Forest da allikevel hadde inngått kontrakten, ville de ha

⁴³ Rt.1991.119 på s.119.

⁴⁴ Ibid. s.124.

akseptert den risiko som inngåelsen av certepartiet ville medført. Det er med andre to sider av samme sak.⁴⁵

Det oppstilles ikke eksplisitt i dommen en forutsetning om at selskapet må være insolvent for at personlig ansvar kan oppstå. Selv om spørsmålet ikke kom helt på spissen siden Normount på avtaletidspunktet ikke var insolvent, er det nærliggende å forstå dommen slik utfra de prinsipielle bemerkningene om hvilken risiko ledelsen kan ta i en økonomisk krise. Slik synes uttalelsene også ha blitt forstått av Høyesterett selv i Ulvesund-dommen, og i juridisk teori, jf. nærmere nedenfor.⁴⁶ Høyesterett mente at det ikke kunne være en «uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning» når

«...man baserte seg på den kapital som var til disposisjon og de opplysninger som den gang forelå. Her er det særlig tre momenter som springer en i øynene : Det var til disposisjon en kapital på ca USD 113.000, man hadde et ikke urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd og dermed snu stillingen for linjen – iallfall hadde man håp om å kunne unngå tap.»⁴⁷

Selv om styremedlemmene etter Høyesteretts oppfatning hadde vært vel optimistiske da de inngikk certepartiet, var beslutningen ikke erstatningsbetingende for styremedlemmene. Høyesteretts oppfatning var at så lenge beslutningen berodde på en «normal forretningsmessig vurdering» - i kombinasjon med at selskapet hadde kapital til disposisjon og det forelå en realistisk mulighet for at reisen ville gi overskudd - kan man ansvarsfritt inngå nye avtaler i økonomisk utfordrende faser av driften. Styremedlemmene hadde på beslutningstidspunktet «holdt seg tilbørlig underrettet om såvel markedsutviklingen, som resultatutviklingen».⁴⁸ I denne forbindelse tilslutter Høyesterett seg til den danske juristen Bernhard Gomard;

«...En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for,

⁴⁵ I denne retning også Løvdal 2003 s.513-514; Dommen gir en anvisning på hvilken risiko selskapets styre kan ta ved sine avgjørelser. Omhandler ikke direkte styremedlemmenes opplysningsplikt overfor enkeltkreditorer. Motstykket til at styret tok for stor forretningsmessig risiko, er allikevel at de får en opplysningsplikt overfor de kreditorer som berøres av beslutningen. Den eneste muligheten for å ansvarsfritt gjennomføre en beslutning som i utgangspunktet er ansvarsbetingende, er å opplyse kreditor om risikoen. Spørsmålet kan derfor stilles også på denne måten.

⁴⁶ I denne retning synes også Normann 1994 s.541 og Løvdal 2003 s. 513-514.

⁴⁷ Rt.1991.119 på s.126 og 127

⁴⁸ Rt.1991.119 på s.128

at dette kan lykkes, og ledelser i denne situasjon er blevet frifundet, og i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk...»⁴⁹

Som nevnt ovenfor, kan det rent umiddelbart synes som om Håheller-dommen ikke er helt på linje med det som er lagt til grunn i Normount-dommen og – obiter – i Ulvesund-dommen med hensyn til tidspunktet for varslingsplikten inntreden.

Håheller-dommen gjaldt blant annet spørsmålet om personlig ansvar etter §17-1 for et ekteparet Lærdals – hvor den ene var aksjonær og den andre aksjonær, styremedlem og daglig leder – for å ha overført forpliktelsene etter en leiekontrakt til et påstått underkapitalisert aksjeselskap. Høyesterett skulle dermed ta stilling til «konsekvensene av en eventuell underkapitalisering av selskapet, og om dette kunne lede til ansvarsgrunnlag for Lærdals.»⁵⁰

Høyesterett kom under skarp dissens (3-2) til at søsknene var personlig ansvarlige for overdragelsen av kontrakten til selskapet. Vilkårene etter §17-1 var oppfylt. Selv om avtalen hjemlet en adgang til å overføre kontrakten, betydde det ikke at det ikke var uaktsomt å overføre kontrakten til et underkapitalisert selskap som ikke tilfredstilte kravene til forsvarlig egenkapital og likviditet, og som ikke hadde en realistisk mulighet til å oppfylle kontraktens forpliktelser jf. asl. §3-4.⁵¹

Håheller-dommen kan ved første øyekast også syntes å omhandle spørsmålet om personlig ansvar for ledelsen for det økonomiske tap en enkeltkreditor lider som en følge av mangelfull informasjon når selskapet mottar eller bestiller nye ytelser på kreditt.

Styrelederen Kirsti Lærdal påførte Håheller Utvikling AS en forpliktelse – en leieavtale som strakk seg over 30 år som det skulle betales løpende månedsleie for – som det ikke eksisterte en realistisk mulighet for selskapet å oppfylle. På tidspunktet for overføringen var selskapet underkapitalisert jf. §3-4, og styrets handleplikt var derfor utløst jf. §3-5. At Kirsti Lærdal da ble dømt til å hefte personlig for Egelands økonomiske tap, kan umiddelbart tas til inntekt for det syn at det tidligste tidspunktet for personlig ansvar for selskapsledelsen - når det påtar selskapet nye forpliktelser – er når handleplikten har oppstått jf. §3-5 jf. §3-4.

⁴⁹ Rt.1991.119 på s.127 jf. Bernhard Gomard 1986) s.321

⁵⁰ HR-2016-1440-A avsnitt (83)

⁵¹ Ibid. avsnitt (75)

Det kan umiddelbart virke som det er motstrid mellom Håheller-dommen på den ene side, og Ulvesund- og Normount-dommene på den andre. Dommene er imidlertid ikke sammenfallende for faktum, og premissene vurdert i sammenheng, viser derfor at det ikke egentlig er motstrid mellom flertallets begrunnelse i Håheller-dommen og domspremissene i Ulvesund- og Normount-avgjørelsene. Dette er primært fordi førstnevnte avgjørelse gjelder en annen type situasjon enn de sistnevnte.

Som nevnt ovenfor, gjelder både Ulvesund-dommen og Normount-dommen tilfeller som ligger i kjernen av hva som er denne oppgavens tema; nemlig situasjoner der ledelsen i selskapet – uten å informere medkontrahenten om økonomisk svikt i selskapet - foretar enten nye bestillinger av naturalytelser på kreditt, eller mottar nye leveranser under allerede eksisterende kontrakter på kreditt. Selskapene hadde i begge tilfellene vært i løpende drift, og gradvis gått fra en slags økonomisk «normalsituasjon» til økonomisk krise. I motsetning til den økonomiske situasjonen på disposisjonstidspunktet for disse selskapene, var Håheller Utvikling AS aldri forsvarlig kapitalisert i sin levetid, hverken ved stiftelse eller senere. Driften var – i motsetning til i Blaalid AS og A/S Normount - aldri reell i Håheller Utvikling AS. Også for de involverte interesser var det forskjell på sakene. Mens det i både Ulvesund og Normount var flere beskyttelsesverdige interesser involvert – herunder flere aksjonærer, de ansatte i selskapet og flere kreditorer – var det i Håheller Utvikling AS kun ekteparet som var aksjonærer. Det var ingen ansatte i selskapet og heller ingen andre kreditorer enn Egeland. Når rettens flertall valgte å knytte ansvaret til at selskapet var underkapitalisert, er det nærliggende å se det på bakgrunn at selskapets særegne stilling som nystartet og uten etablert drift. Situasjonen var således en helt annen enn i Ulvesund-dommen og Normount-dommen. For Håheller-situasjonen ville det å knytte ansvarsspørsmålet til insolvenskriteriet treffe mindre presist på sakens faktum, ettersom selskapet i realiteten var underkapitalisert og manglet virksomhet helt fra starten av, og således i realiteten «tomt» og uten virksomhet.

Det er også grunn til å anta at førstvoterende i Ulvesund-dommen, ikke har ansett de rettssetninger premissene gir uttrykket for, som uforenlig med rettsoppfatningen i Håheller-dommen. I den forbindelse, ligger det nær å peke på at uttalene i Ulvesund knytter utgangspunktet om at insolvens er en nødvendig ansvarsbetingelse til to reservasjoner som begge syntes å være relevante for Håheller-saken. For det første må vurderingen at selskapet

fortsatt er solvent bygge på et forsvarlig avklart grunnlag. For det andre at prinsippet gjelder i normale tilfeller.⁵²

Det blir derfor nødvendig å se nærmere på hva som ligger i de anførte reservasjonene.

4.2.2 Mulige reservasjoner

Spørsmålet er hva som menes i Ulvesund-dommen når det uttales fra førstevoterende at aktsomhetsnormen er reservert for de ordinære tilfeller. For selskap som befinner seg i en økonomisk krisesituasjon, kan krisesituasjonen ha oppstått på forskjellige måter. I Ulvesund-saken hadde skipsverftet mottatt løpende leveranser av utstyr og installasjoner av saksøkerne siden 1990-tallet. De tre byggeprosjektene Blaalid AS påtok seg i 2010 og 2011 førte selskapet inn i en økonomisk krise. Blaalid AS ble opprettet i 2007 som et datterselskap til skipsverftet, og hadde fra dette tidspunkt en reell, løpende drift frem til konkursbegjæringen 31. oktober 2011.

Gode grunner taler for at det er situasjoner hvor selskapet før den økonomiske krisesituasjonen har hatt en reell, løpende og økonomisk sunn drift som menes med ordinære tilfeller. Normalsituasjonen er når selskapet har etablerte samarbeidspartnere og kreditorer, har en normal driftssituasjon – altså hvor flere har beskyttelsesverdige interesser i selskapet. Aktsomhetsnormen er utformet med sikte på tilfeller hvor det er flere beskyttelsesverdige interesser som skal ivaretas. Dette er eksempelvis ikke tilfellet hvor selskapet aldri har hatt en reell drift. Når aktsomhetsnormen i Ulvesund-dommen reserveres mot ikke ordinære tilfeller, var det kanskje nettopp situasjoner som den i Håheller-saken Høyesterett hadde i bakhodet. Håheller-situasjonen er ikke en «ordinær» driftssituasjon for et aksjeselskap, og dommen bør derfor ikke få for stor vekt når aktsomhetsnormen for de ordinære tilfeller klarlegges.

I den andre reservasjonen – at ledelsen på et forsvarlig avklart grunnlag må ha bygget på at selskapet var solvent da det kontraherte – må Høyesterett ha ment å presisere at ledelsen ikke ansvarsfritt kan drive videre i en økonomisk krisesituasjon, uten å på avtaletidspunktet foreta en forsvarlig vurdering av selskapets økonomiske stilling. Her kan det trekkes paralleller til styrets plikt om å «holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling» og at styret «plikter å påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende

⁵² HR-2017-2375-A avsnitt (41)

kontroll»⁵³. Når selskapet havner i «...økonomisk vanskelig situasjon...» kan det «for selskapet bli stilt helt andre krav til styret enn i en mer normalisert situasjon, ikke minst av hensynet til kreditorenes interesse».⁵⁴ Plikten til å holde seg løpende orientert om selskapets økonomiske situasjon, må ses i sammenheng med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet jf. §3-4 og styrets handleplikt ved uforsvarlig egenkapital og likviditet jf. §3-5.⁵⁵ Hvor styrets plikter etter disse bestemmelsene bli brutt, kan det føre til personlig ansvar etter §17-1 på selvstendig grunnlag.

Rettspraksis kan etter dette syntes å – for de ordinære tilfeller – bygge på en forutsetning om at insolvens er et vilkår for personlig ansvar for brudd på varslingsplikten overfor enkeltkreditor. Spørsmålet er ikke avklart, og krever en nærmere redegjørelse basert på argumentasjonen i de ovennevnte dommer.

Rettsstilstanden etter Ulvesund- og Normount-dommene – hvor insolvens er en nødvendig betingelse for personlig ansvar for brudd på informasjonsplikten – støttes i den juridiske litteraturen blant annet av Kristin Normann og Elin Mack Løvdal.^{56 57}

Normann mener – de lege lata – at det tidligste tidspunktet for personlig ansvar i slike situasjoner er insolvenstidspunktet. Begrunnelsen for hennes oppfatning om at insolvenstidspunktet er «skjæringstidspunktet» for ansvarets potensielle inntreden, finner hun dels i rettspraksis⁵⁸ og dels i reelle hensyn. At selskapet er insolvent, er derimot ikke nødvendigvis tilstrekkelig for å statuere ansvar, men det er etter hennes gjennomgang av rettspraksis en nødvendig betingelse for at ansvar skal være aktuelt.

4.2.3 Skjerpet aktsomhetskrav etter innføringen av asl. §3-4?

Noen teoretikere har tatt til ordet for, eller i alle fall knyttet usikkerhet til, hvorvidt innføringen av §3-4 og §3-5 har ført til en skjerpet aktsomhetsnorm for brudd på

⁵³ Asl. §6-12 (3)

⁵⁴ NOU 1996:3 på s.137

⁵⁵ Aarbakke m.fl. 2017 s.509.

⁵⁶ Normann 1994 s.502 og 524

⁵⁷ Løvdal 2003 s.514 flg.

⁵⁸ Normann 1994 s. 537 – 542. Av dommer for Høyesterett viser hun til Rt.1938.129, Rt.1975.198, Hålogaland lagmannsretts dom 9. mars 1990 (Ankesak nr. 43/1988 A), Agder Lagmannsretts dom 8. september 1992 (sak nr.92-00057 A) og Frostating lagmannsretts dom 31. desember 1991 (sak nr. 91-313 A)

varslingsplikten for selskapsledelsen.⁵⁹ Det er derimot gode grunner som taler mot en forståelse som bygger på at personlig ansvar tidligst kan oppstå allerede når selskapets egenkapital og likviditet er uforsvarlig ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten jf. §3-5 jf. §3-4.

Etter §3-4 skal «selskapet» ha forsvarlig egenkapital og likviditet. Det fremkommer ikke av bestemmelsen hvem som er pliktsubjekt. Det er nærliggende at plikten ligger hos selskapsledelsen – med både styret og daglig leder – som selskapets forvaltningsansvarlige og tillitspersoner.⁶⁰ Hvilket innhold som ligger plikten er ikke nærmere presisert i bestemmelsen. Ordlyden gir derfor ikke bidrag til forståelsen av aktsomhetsnormen i oppgaven. Den angir kun et «resultatkrav»⁶¹ - et krav om at selskapet «skal» ha forsvarlig egenkapital. I forarbeiderne heter det at «en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak»⁶²

Av forarbeiderne kommer det ikke klart frem hva som ligger i dette kravet, men det er naturlig å se det i sammenheng med asl. §6-12 om styrets forvaltningsansvar. Når selskapets egenkapital skal være «forsvarlig», plikter styret og daglig leder å foreta forretningsmessige avgjørelser i tråd med kravet. På denne måten setter §3-4 rammer for forvaltningen av selskapet. Plikten for selskapet å ha forsvarlig egenkapital, er oppstilt som beskyttelse av selskapsinteressen - både aksjonærenes og kreditorfelleskapets interesser.

Dersom egenkapitalen i selskapet ikke tilfredsstiller de krav som §3-4 stiller, har styret en aktivitetsplikt etter §3-5 for å sørge for at selskapet igjen oppnår forsvarlig egenkapital og likviditet. Av §3-5 plikter styret å «behandle saken» når egenkapitalen er uforsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Bestemmelsen sier ingenting om hvilke tiltak eller plikter som tilligger styret når egenkapitalen er uforsvarlig, med unntak av å innkalle generalforsamlingen slik at de kan foreslå tiltak. Bestemmelsen gir kun anvisning på en generell «aktivitetsplikt» for styret, og oppstiller ikke etter sin ordlyd ingen plikt til å informere medkontrahentene sine om sviktende økonomi.

⁵⁹ I motsatt retning, se Løvdal 2003 s.517 og 536. Andenæs 2006 s.661- 662 åpner for at ansvar kan være aktuelt også før insolvens, men er usikker på innføringens betydning for aktsomhetsnormen. Han lar derfor spørsmålet bestå ubesvart.

⁶⁰ Asl. §§6-12 til 6-14.

⁶¹ Løvdal 2003 s. 502.

⁶² Ot.prp.nr.36 (1993-94) s.68.

Bestemmelsen bør ses i sammenheng med styrets generelle forvaltningsansvar jf. §6-12, resultatkravet etter §3-4, sammenholdt med aksjelovens ansvarsbestemmelse i §17-1.⁶³ Den er ment som en presisering og skjerping av ansvaret når selskapet ikke lenger befinner seg i en normalsituasjon, men en økonomisk utfordrende situasjon hvor det for selskapet er en reell risiko for en økonomisk krisesituasjon. Styret har i disse situasjonene en aktivitetsplikt for å forhindre at selskapet blir insolvent og styrets oppbudsplikt inntreffer. Styret må i disse situasjoner ta de grep som er nødvendige for at selskapets egenkapital og likviditet igjen skal bli forsvarlig og for å forhindre konkurs og ytterligere tap for aksjeeierne og kreditorfelleskapet.⁶⁴ Forarbeiderne fremhever her at formålet med bestemmelsen må være å hindre nettopp en slik situasjon. Dersom selskapet ikke klarer å foreslå tiltak, eller tiltakene ikke lar seg gjøre, oppstår det en plikt for styret til å oppløse selskapet.⁶⁵

Aksjelovens §3-4 og §3-5 er kapitalbeskyttelsesregler som skal verne «selskapsinteressen». Det knytter seg utsikkerhet om hvorvidt enkeltkreditorers/ medkontrahtenters særkrav er vernet av disse reglene. Det er aksjonærene og kreditorfelleskapet som er vernet gjennom selskapsinteressen.⁶⁶ Når enkeltkreditorer/medkontrahtenter ikke er vernet av reglene, virker det ulogisk at disse skal kunne fremme et erstatningskrav mot selskapsledelsen for brudd på disse bestemmelsene.⁶⁷ Formålet med bestemmelsen syntes derfor å tale mot at enkeltkreditorenes særkrav mot selskapsledelsen er vernet av reglene.

I det videre vil de reelle hensyn som spiller inn ved vurderingen av spørsmålet behandles, og i forlengelsen hvilken løsning som har de beste reelle grunner for seg.

I Ulvesund-dommen blir det eksplisitt uttalt at sammenheng med oppbudsplikten tilsier at aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud, og aktsomhetsnormen for ledelsens varslingsplikt ved sviktende økonomi bør være sammenfallende. Normount-dommen og Normann trekker i samme retning.⁶⁸ Dersom sammenheng med den etablerte aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud skal kunne gi bidrag til fastleggingen av ledelsens varslingsplikt i økonomiske krisesituasjoner, må det bero på de hensyn som begrunner aktsomhetsnormen for oppbudsplikten. De hensyn som taler for at ledelsen skal kunne fortsette å drive selskapet også etter insolvenstidspunktet, må gjøre seg like sterkt

⁶³ Aarbakke m.fl. 2017 s.188

⁶⁴ NOU 1996:3 på s.146 jf. Aarbakke m.fl. 2017 s.186.

⁶⁵ Asl. §3-5 (2).

⁶⁶ Bl.a. Rt.1993.1399 og Løvdal 2003 på s.517 og 536.

⁶⁷ I denne retning også Løvdal 2003 s.517.

⁶⁸ Jf. drøftelse over, særlig Rt.1991.119 på s.126-127 og Normann 1994 s.502.

gjeldende for at en tilsvarende aktsomhetsnorm også skal kunne gjelde for opplysningsplikten. Dersom hensynene taler for en harmonisering av tidspunktet for uaktsomhetsansvar, vil tilsvarende aktsomhetsnorm kunne utgjøre en god regel også ved brudd på informasjonsplikten.

Det er styret som er ansvarlig for å begjære oppbud.⁶⁹ Den strafferettslige plikten for styret til å begjære oppbud, følger av strl. §407 første ledd bokstav b. Her heter det at;

«Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes en insolvent skyldner som forsettlig eller grovt uaktsomt unnlater å begjære åpning av gjeldsforhandling etter konkursloven eller konkurs, dersom ... b) Skyldnerens næringsvirksomhet klart går med tap, og skyldneren må innse at han ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid.»

For at «en skyldner» skal bli strafferettslig ansvarlig for brudd på oppbudsplikten etter strl. §407 første ledd bokstav b, er det en betingelse at skyldneren er insolvent. Dersom skyldneren er insolvent, må to kumulative vilkår være oppfylt. Skyldnerens næringsvirksomhet må gå med klart tap, og han «må innse at han ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid». Det siste vilkåret er en presisering som tar sikte på de tilfellene hvor det er et begrunnet håp om at virksomheten vil kunne reise seg økonomisk igjen.⁷⁰

Begrunnelsen for at selskapsledelsen ikke kan bli strafferettslig ansvarlig selv om selskapet er insolvent, men det fremdeles eksisterer et berettiget håp om videre drift, fremkommer av forarbeiderne til den gamle straffelovens §283a om oppbudsplikt.⁷¹ Man bør ikke ha regler som ikke motiverer styret til å arbeide for en løsning som innebærer fortsatt drift.⁷² Dersom man skulle praktisere en regel hvor insolvens var skjæringspunktet uavhengig av muligheter for videre drift, ville det kunne fremskynde konkurser og i verste fall være konkursskapende i situasjoner hvor det strengt tatt ikke var nødvendig å begjære oppbud. Brudd på den strafferettslige aktsomhetsnormen kan også føre til erstatningsansvar for ledelsen.⁷³

Hensynene som begrunner strafferegelen gjør seg like sterkt gjeldende ved utforming av

⁶⁹ I asl. §6-18 (1) heter det at «Begjæring om gjeldsforhandling eller konkursbehandling for selskapet kan bare fremsettes av styret».

⁷⁰ NOU 1972:20 s.368. Om vilkårene for å drive videre også etter insolvenstidspunktet, se avhandlingens punkt 4.3.2.

⁷¹ NOU 1972:20 s.368

⁷² Normann 1994 s. 498

⁷³ Bl.a. Rt.1991.119 og Normann (1994) s. 490 flg., samt flere dommer fra Lagmannsretten, deriblant LG-2012-202732.

erstatningsregelen hva gjelder aktsomhetsnormen for oppbudsplikten. Disse begrunner derfor, etter praksis og teori, også skjæringstidspunktet for erstatningsbetingende uaktsomhet ved brudd på oppbudsplikten.⁷⁴

Spørsmålet i det videre blir da om begrunnelsen for at insolvens er et vilkår for uaktsomhet ved styrets plikt til å begjære oppbud, gjør seg gjeldende også som begrunnelse for aktsomhetsnormen for ledelsen ved brudd på selskapets informasjonsplikt. Oppbudsplikten gjelder ovenfor kreditorfellesskapet, mens informasjonsplikten gjelder ovenfor selskapets enkeltkreditorer.

Dersom skjæringspunktet for uaktsomhet ved brudd på opplysningsplikten ubetinget skulle oppstå på insolvenstidspunktet, ville en konsekvens være at den aktivt undergraver de hensyn aktsomhetsnormen brudd på oppbudsplikten bygger på. Dersom en skulle praktisere en plikt til å informere om sviktende økonomi før insolvenstidspunktet, vil det føre til en generell skepsis over selskapets betalingsevne og på den måten aktivt motarbeide hensynene bak oppbudsinstuttet – nettopp at ledelsen skal ha en mulighet til å kjempe for overlevelse hvor dette er berettiget. Muligheten for å inngå nye avtaler eller å fortsette å motta under allerede eksisterende avtaler på kreditt kan være en vital del av selskapets daglige drift. Dersom en skulle bli personlig ansvarlig før insolvenstidspunktet, vil det ikke motivere selskapsledelsen til å arbeide for selskapets overlevelse. Når selskapet er solvent, eksisterer det per definisjon fremdeles en realistisk mulighet for videre drift. Det gir derfor lite mening at ansvar skal kunne oppstå før selskapet er blitt insolvent. Sammenhengen med den etablerte aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud taler derfor for at insolvens er et vilkår for personlig ansvar også for brudd på varslingsplikten overfor en enkeltkreditor.

Også retts tekniske hensyn gir tolkningsbidrag til fastleggingen av aktsomhetsnormen. Det vil for ledelsen i et aksjeselskap være både hensiktsmessig og praktisk å kunne forholde seg til et forhåndsbestemt tidspunkt hva gjelder muligheten for å måtte hefte personlig når de inngår nye kontrakter eller mottar leveranser på kreditt på selskapets vegne i en økonomisk krisesituasjon. I Ulvesund-dommen heter det at «Insolvens er et innarbeidet og nokså avklart kriterium, og det er også ellers egnet som utgangspunkt for varslingsplikten».⁷⁵ Dette gjelder uavhengig av på hvilket tidspunkt selskapets *kontraksrettslige* varslingsplikt oppstår.⁷⁶ Det er

⁷⁴ Normann 1994 s. 498 og Rt.1991.119

⁷⁵ HR-2017-2375-A avsnitt (41)

⁷⁶ Selskapets kontraksrettslige informasjonsplikt kan tenkes å oppstå på forskjellige tidspunkt. I Ulvesund-dommen uttalte Høyesterett i avsnitt (35) at «det bør, etter mitt syn, være et utgangspunkt at et insolvent selskap

allikevel naturlig å ha som utgangspunkt at ledelsen ikke kan bli personlig ansvarlig for brudd på informasjonsplikten, før denne plikten har oppstått for selskapet.

Insolvenstidspunktet som skjæringstidspunkt for ansvarets inntreden er den rettsteknisk enkleste regelen. Som det påpekes i Ulvesund-dommen, er insolvens et avklart og innarbeidet kriterium. Selve insolvensbegrepet følger av Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 1984 §61, og forståelsen av denne er nøye utpenslet i rettspraksis og juridisk teori.^{77 78} Selv om vurderingen i praksis kan være svært vanskelig, vil det allikevel være konkrete holdepunkter for når insolvens inntreffer.

Til sammenlikning vil det være en mye vanskeligere oppgave å knytte skjæringstidspunktet opp mot tidspunktet selskapet får uforsvarlig «egenkapital og ... likviditet ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».⁷⁹ Angivelsen av kravet er svært skjønnsmessig og generelt, og vil måtte bero på en konkret vurdering av hver enkelt virksomhet ut fra de oppgitte kriterier.⁸⁰ Som et utgangspunkt har domstolene ikke grunnlag til å overprøve selskapets egen vurdering av forsvarlig egenkapital med mindre det foreligger særlige forhold. Domstolene kan sette selskapets egen vurdering til side kun dersom vurderingen er klart uforsvarlig.⁸¹ Ettersom vurderingen er kompleks og uten et tydelig definert tidspunkt for uforsvarlighet, egner denne seg dårligere som veiledning for selskapsledelsen.

Rettsteknisk gir det heller ingen god sammenheng mellom kapitalbeskyttelsesreglene og ledelsens informasjonsplikt overfor medkontrahenter dersom en varslingsplikt skulle oppstå allerede ved uforsvarlig egenkapital og likviditet. Før insolvens vil denne type avtaleinngåelser kunne være helt nødvendig for videre drift i selskapet. Dersom ledelsen var forpliktet til å informere om den økonomiske situasjonen i selskapet allerede på dette tidspunktet, ville det aktivt motarbeidet formålet og hensynene bak handleplikten. Informasjon om uforsvarlig egenkapital og likviditet ville generere stor skepsis blant potensielle medkontrahenter, og som en konsekvens av dette medføre at insolvenstidspunktet

som mottar nye leveranser på kreditt, forventes å gjøre medkontrahenten oppmerksom på at det har inntrådt en svikt i selskapets økonomi som innebærer at det ikke regner med å kunne gjøre opp for de nye leveranser ved forfall – i realiteten er det da grunnlag for å konstatere antesipert mislighold». Det er langt i fra utelukket at denne også kan oppstå på et tidligere tidspunkt.

⁷⁷ Se eksempelvis HR-2017-2375-A avsnitt (30), Rt.1997.698 og Rt.1977.1235.

⁷⁸ Se bl.a. Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3 utg. (Oslo, 2009) på s.60-77, Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 1- Den personlige gjeldsfølgning (Oslo, 1991)* på s. 120-133 og Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs*, Bind 2 (1988) s.98-119

⁷⁹ Asl. §3-4.

⁸⁰ Aarbakke m.fl. 2017 s.182.

⁸¹ HR-2016-1440-A avsnitt (46-47) og Knudsen 2011 på s.95.

fremprovoseres når det i utgangspunktet var mulig å gjennomføre en redningsaksjon. Det er dette førstevoterende i Ulvesund-dommen mener når han snakker om at det må være åpent for å forsøke å redde selskapet «i det stille».⁸² Handleplikten oppstår på et tidligere tidspunkt enn oppbudsplikten, nettopp med det formål å forhindre at selskapet havner i en slik situasjon.⁸³ Rettstekniske hensyn taler dermed for at insolvens er et vilkår for personlig ansvar for brudd på informasjonsplikten overfor enkeltkreditor.

Også hensynet til de interesser som knytter seg til selskapet og dets virksomhet kan gi bidrag til vurderingen av hvor risikoen bør plasseres før selskapet er insolvent. Ledelsen i selskapet står overfor en svært vanskelig situasjon når den økonomiske krisen oppstår for selskapet. Det er flere beskyttelsesverdige interesser ledelsen må ta hensyn til i slike situasjoner. Det er denne situasjonen førstevoterende i Ulvesund-dommen omtaler som en «krysspress»-situasjon.

Hensynet til selskapets usikrede kreditorer taler med tyngde for at ledelsen i selskapet kaster kortene på et så tidlig som mulig for å forhindre et ytterligere tap og dermed forverrer deres dekningsmuligheter. Risikoen for at det for disse oppstår et økonomisk tap ved at det ikke gis kontraktsmessig oppfyllelse, kan i økonomiske krisesituasjoner være stor. Før insolvenstidspunktet vil det per definisjon være midler igjen i selskapet til å kunne dekke sine forpliktelser. Det er først på insolvenstidspunktet risikobetraktningene med tyngde taler mot at ledelsen kan kontrahere på vegne av selskapet uten å risikere å bli personlig ansvarlig for å unnlate å informere om selskapets kritiske økonomi.

I motsatt retning taler hensynet til aksjonærene, de ansatte, samarbeidspartnerne, lokalsamfunnet og samfunnsøkonomien for at ledelsen skal forsøke å kjempe for å sikre videre drift av selskapet. Dersom selskapet begjæres konkurs, vil de ansatte miste arbeidsplasser, aksjonærene vil tape de midlene som er skutt inn i selskapet, og samarbeidspartnerne vil miste forretningsforbindelsene sine. For samfunnsøkonomien vil det være positivt at næringsvirksomhet overlever og tilfører samfunnet verdier og arbeidsplasser. Også finans- og pantekreditorene vil tjene på at selskapet fortsetter å arbeide for videre drift, ettersom deres dekningsobjekter kan være mindre verdt i en slik situasjon. Dersom selskapet da klarer å komme over de økonomiske utfordringene og sikre videre drift, vil det ikke bare

⁸² HR-2017-2375-A avsnitt (40)

⁸³ Jf. NOU 1996:3 s.146. I denne retning også Aarbakke 2017 s.186 og Løvdal 2003 på s.526.

gagne de nevnte ovenfor, men også kreditorfelleskapet og enkeltkreditorene.⁸⁴ For de usikrede kreditorenes del vil en potensielt lav dividende erstattes med gode dekningsmuligheter og fullstendige nedbetalinger. Alt i alt syntes derfor de beskyttelsesverdige interessene i disse tilfellene å tale for at insolvenstidspunktet er tidligste tidspunkt et personlig ansvar for ledelsen kan oppstå.

Etter en gjennomgang av de rettskilder som gjør seg gjeldende – på hvilket tidspunkt ledelsen tidligst kan bli personlig ansvarlig overfor sine særkreditorer for å ha bestilt nye naturalytelser på kreditt eller mottatt løpende leveranser på kreditt under en allerede eksisterende avtale – tilsier de rettskildemessig beste grunner at insolvens er en nødvendig forutsetning – et vilkår - for ansvar i de «ordinære tilfeller»⁸⁵. Ledelsen kan dermed ikke bli personlig ansvarlig i disse situasjonene når selskapet har uforsvarlig egenkapital og likviditet ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Da må det være rom for selskapet å inngå disse avtalene nettopp for å unngå at insolvens inntreffer.

4.3 Ansvar når selskapet er insolvent

Ettersom insolvens er en nødvendig betingelse for personlig ansvar, er det naturlig å stille spørsmålet om insolvens også er et *tilstrekkelig* vilkår for ansvar i den forstand at det *alltid* vil foreligge ansvarsgrunnlag⁸⁶ når varsling i en insolvenssituasjon er unnlatt. Kan det tenkes situasjoner der ledelsen får en «utsatt» varslingsplikt, slik at man - uten å varsle - kan inngå kontrakter eller motta leveranser på kreditt også etter insolvenstidspunktet? Og hva er i så fall vilkårene for en slik adgang?

Jeg skal i fortsettelsen se nærmere på denne problemstilling i lys av høyesterettspraksis, juridisk teori og de reelle hensyn og interesser som gjør seg gjeldende.

4.3.1 Rettslig utgangspunkt

Selv om Normount⁸⁷ ikke var insolvent på avtaletidspunktet, gir dommen prinsipielle uttalelser om rekkevidden av ansvaret for ledelsen. Dommen går, som nevnt, langt i klarlegge

⁸⁴ HR-2017-2375-A avsnitt (37)

⁸⁵ Med ordinære tilfeller menes de tilfeller hvor selskapet har hatt en reell, positiv drift over en periode, hvor den økonomiske situasjonen i selskapet har utviklet seg til en krise. Det er i disse tilfellene de hensyn regelen skal beskytte gjør seg gjeldende.

⁸⁶ Det siktes her til den *objektive* siden av ansvarsvilkåret.

⁸⁷ Om faktum i dommen, se avsnitt 4.2.1.

hvilken risiko styremedlemmene i et aksjeselskap kan ta når det kontraherer på vegne av et selskap med sviktende økonomi, uten å stå i fare for å bli personlig ansvarlig for tapet disposisjonen påfører medkontrahenten.

Som nevnt ovenfor, var vurderingstemaet i dommen var om det forelå en «uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning»⁸⁸ når Normount inngikk certepartiet om befraktingen med M/S ARAO og Canadian Forest. Eller sagt med andre ord: om Normount hadde utsatt Canadian Forest for en uforsvarlig risiko ved å inngå avtale med selskapet. I denne vurderingen ble det løftet frem særlig tre momenter;

*«Det var til disposisjon en kapital på ca USD 113.000, man hadde et ikke urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd og dermed snu stillingen for linjen – iallfall hadde man håp om å kunne unngå tap...interessentene var så innstilt på å opprettholde linjen at ytterligere kapital ville bli stillet til disposisjon dersom det skulle bli nødvendig».*⁸⁹

Høyesterett oppstiller i dommen et vilkår for å kunne drive videre selv om selskapets økonomi er svekket. Hvor det eksisterer et «ikke urealistisk håp» om at disposisjonen vil bedre den økonomiske situasjonen i selskapet – eller at man iallfall unngår å tape på disposisjonen - kan det medføre at ledelsen i selskapet kan gjennomføre befraktingen ansvarsfritt.⁹⁰ Parallellen til vilkårene for å ikke begjære oppbud etter insolvens etter styrets plikt til å begjære oppbud jf. strl. §407 (eller den dagjeldende straffeloven av 1902 §283a) ligger i dagen.

Også Ulvesund-dommen⁹¹ synes å bygge på et liknende standpunkt om hva som er vilkåret for å kunne fortsette å drifte selskapet etter insolvenstidspunktet. I dommens avsnitt (42) heter det;

«For det tredje tilsier hensynet til sammenheng med den etablerte aktsomhetsnormen under §17-1 for så vidt gjelder styrets plikt til å begjære oppbud, at personlig ansvar for ikke å ha varslet kreditorene om økonomisk svikt ikke bør inntre selv om selskapet nok var insolvent, dersom det likevel var et realistisk håp om å kunne redde selskapet

⁸⁸ Rt.1991.119 på s.127

⁸⁹ Ibid. s.127

⁹⁰ I denne retning også Normann 1994 s.524. Rt.1991.119 gir støtte til modifikasjonen for personlig ansvar for ledelsen. De prinsipielle uttalelser i dommen om hvor lenge også etter insolvens ledelsen kan drive selskapet uten å bli personlig ansvarlig, må tas til inntekt for ansvarsfrihet så lenge selskapet har et realistisk håp om videre drift også etter insolvens.

⁹¹ Om faktum i dommen, se avhandlingens avsnitt 4.2.1.

fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid. Jeg viser til Normann, styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994 side 502 og 524.»⁹²

Ulvesund-dommen, i likhet med Normount-dommen, synes å bygge på en forståelse av aktsomhetsnormen hvor det også etter insolvenstidspunktet vil kunne være ansvarsfritt å ikke varsle enkeltkreditorer om økonomisk svikt. Men vilkåret for en slik «utsatt» varslingsplikt er også etter denne dommen at det må foreligge et «realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs». I dommen oppstilles det i tillegg som vilkår at ledelsen arbeidet «aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid». Slik førstvoterende uttrykker seg er det altså ikke tilstrekkelig at det foreligger et «realistisk håp» hvis ledelsen ikke «aktivt og lojalt» jobber med en redningsplan. Hvis det ikke lenger foreligger et realistisk håp, eller ledelsen har gitt opp arbeidet med å redde selskapet, må man altså, for å unngå personlig ansvar, informere om den økonomiske situasjonen når selskapet inngår avtaler eller mottar leveranser på kreditt.

Som nevnt ovenfor, er det i Ulvesund- dommen fremhevet som et viktig hensyn ved fastleggelsen av varslingspliktens innhold, at rettsstilstanden her harmonerer med den som gjelder for styrets plikt til å begjære oppbud.⁹³ Jeg kommer nærmere tilbake til dette senere i drøftelsen. Begrunnelsen for at det i dommen oppstilles som tilleggsvilkår at det jobbes aktivt og lojalt med å redde selskapet fra konkurs ligger i dagen. Det kan ikke være nok at ledelsen klamrer seg til et «håp» om den ikke aktivt engasjerer seg for at selskapet skal nå det.

At ledelsen på visse vilkår kan fortsette å inngå avtaler/motta leveranser også etter insolvenstidspunktet, støttes i den juridiske teorien av Normann. Normount-dommen og avgjørelsen i Rt.1975.198 gir således etter Normanns oppfatning «en viss støtte for oppfatningen om at styret ansvarsfritt kan inngå kredittavtaler på et insolvent selskaps vegne, hvis det likevel finnes holdepunkter for at selskapet kan drives videre».⁹⁴

I forlengelsen av dette, søker Normann å sammenfatte og formulere vurderingstemaet slik;

⁹² HR-2017-2375-A avsnitt (42)

⁹³ I denne retning også Normann 1994 s.542: Normann hevder at det vil gi «dårlig samsvar mellom ansvarsgrunnlagene dersom styrets unnlatelse av å begjære oppbud ikke kan betegnes som uaktsom, mens styremedlemmenes inngåelse av avtaler i samme tidsrom betegnes som ansvarsbetingende». Hun mener at hensynet til sammenheng mellom aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud tilsier harmoni mellom aktsomhetsnormene.

⁹⁴ Normann 1994 s. 540

«Vurderingstema blir etter dette om styremedlemmene burde ha forstått at fordringen ikke kunne betales ved forfall. Nå kan man selvsagt hevde at det i alle fall objektivt sett som hovedregel vil være urettmessig å inngå nye avtaler når insolvens er inntrådt. Poenget er imidlertid at styremedlemmene ikke alltid kan holdes erstatningsansvarlige for å ha bestilt nye varer på vegne av insolvent selskap selv om de kjente eller burde ha kjent til insolvensen. Det kan etter omstendighetene foreligge konkrete holdepunkter som gjør at inngåelsen av nye kontrakter likevel er rettmessig.»⁹⁵

Med «konkrete holdepunkter», må Normann trolig sikte til Normount-dommen og åpningen for ansvarsfrihet hvor det foreligger et realistisk håp om økonomisk grunnlag for videre drift. Hvor selskapet er insolvent - men det foreligger en realistisk mulighet for å redde selskapet basert på en forretningsmessig forsvarlig vurdering - vil det således kunne legitimere at ledelsen på selskapets vegne inngår nye avtaler om kjøp av naturalytelser på kreditt. Ledelsen bør få jobbe «i det stille», uten å måtte risikere å bli ansvarlige for brudd på informasjonsplikten. Da vil sjansene for å lykkes være større, fordi man ikke risikerer å skremme vekk potensielle medkontrahenter med dårlige dekningsutsikter.⁹⁶ Normanns argumentasjon støtter dermed opp om rettstilstanden som skisseres i Normount- og Ulvesund-dommen.

Det er særlig to teoretikere som stiller seg kritisk til en slik rettstilstand.

Mads Henry Andenæs gir sin tilslutning til at ledelsen, selv om selskapet objektivt sett er insolvent, bør kunne fortsette driften hvor det eksisterer et realistisk håp om videre drift. Han er stiller seg derimot kritisk til at aktsomhetsnormen for *varslingsplikten*s vedkommende er sammenfallende med den som gjelder for plikten til å begjære oppbud, jf. strl. §407.⁹⁷ Han synes således å mene at ledelsens varslingsplikt ved bestilling/mottak av naturalytelser på kreditt kan inntre selv om plikten til å begjære oppbud ennå ikke er aktualisert. For ledelsen kan det altså i prinsippet tenkes at selskapsrepresentanten er ansvarlig overfor medkontrahenten for kredittopptaket, men ikke ansvarlig for unnlåtelsen av å begjære gjeldsforhandling eller konkurs. Andenæs stiller spørsmålet om en slik aktsomhetsnorm gir god sammenheng mellom reglene, og om ansvaret ved kredittopptak på denne måten blir for

⁹⁵ Normann 1994 s. 542

⁹⁶ Normann 1994 s. 542

⁹⁷ Daværende Almindelig borgerlig Straffelov (Strl. 1902) §283a

strengt. Uten å utdype begrunnelsens nærmere standpunkt, synes han likevel å mene at ansvaret er strengere.⁹⁸

Også Knut Ro er kritisk til synspunktet om at hensynet til sammenheng mellom aktsomhetsnormene tilsier at reglene er sammenfallende. Ro mener at aktsomhetskravet overfor medkontrahtenten er helt annerledes, uten å begrunne dette nærmere. Ro mener – de lege ferenda - at dersom ledelsen er eller burde være klar over at selskapet er insolvent, og det ikke er usannsynlig at selskapet går konkurs, bør det ikke være ansvarsfritt å kjøpe varer på kreditt. I disse tilfellene skal det ikke mye til for at ledelsen kan bli personlig ansvarlig for å ikke varsle medkontrahtenten om sviktende økonomi. Ro erkjenner også at dette vil sette ledelsen i et svært vanskelig situasjon.⁹⁹

I lys av uenighetene i den juridiske teori om rekkevidden av uaktsomhetsansvaret vil det være naturlig å se hen til formålsbetraktninger, herunder hvilken aktsomhetsnorm som for øvrig har de beste reelle grunner for seg.

Som tidligere nevnt, tilsier hensynet til sammenheng med den etablerte aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud etter strl. §407 at aktsomhetsnormene bør være sammenfallende.¹⁰⁰ Om hensynet til sammenheng tilsier at det – på de samme vilkår – skal være en utvidet adgang til å drive også etter insolvenstidspunktet, er gjenstand for behandling i det følgende. Det skal i det videre knyttes noen særlige bemerkninger for hvorfor sammenheng mellom aktsomhetsnormene utgjør en god regel også etter insolvenstidspunktet når ledelsen bestiller nye eller tar i mot naturalytelser på kreditt fra en medkontrahtent.

Begrunnelsen for at styret også kan drive videre - uten å bli personlig ansvarlig for å unnlate å begjære oppbud - etter insolvenstidspunktet når det foreligger en realistisk mulighet, er som nevnt at en ikke bør ha regler som ikke motiverer styret til å arbeide for en løsning som innebærer fortsatt drift.¹⁰¹ Hvor det eksisterer et realistisk håp om å unngå konkurs etter insolvenstidspunktet, bør man ikke oppfordre styret til å begjære oppbud i frykt for å bli personlig ansvarlig. Dersom man praktiserer en regel hvor selskapsledelsen ubetinget blir personlig ansvarlig for å inngå nye avtaler eller motta løpende naturalytelser på kreditt når selskapet er insolvent, men det foreligger et realistisk håp om å unngå konkurs, vil det aktivt

⁹⁸ Andenæs 2006 s.661-662

⁹⁹ Ro 1994 s.239

¹⁰⁰ Se avhandlingens avsnitt 4.2.3.

¹⁰¹ Normann 1994 s. 498 og NOU 1972:20 s.368.

undergrave de hensyn som oppbudsinstituttet bygger på. En konsekvens av en slik regel vil være at en fremskynder eller fremprovoserer konkurs hvor dette strengt tatt ikke er nødvendig.¹⁰² Disse betraktningene gjør seg med andre ord i like stor grad gjeldende før som etter insolvenstidspunktet, og utgjør derfor en god regel også hva gjelder om det skal være adgang til ansvarsfritt å bestille nye eller motta leveranser på kreditt også etter insolvens.

Dersom en ansvarsfritt kan bestille nye eller motta leveranser på kreditt også etter insolvenstidspunktet på disse vilkår, vil det kunne medføre en betydelig økt risiko for enkeltkreditorene i forhold til perioden før insolvenstidspunktet. At risikoen da skal plasseres hos enkeltkreditorene i stedet for hos styremedlemmene, kan ved første øyekast virke å utgjøre en ubalansert regel. Dette er nok også noe av begrunnelsen for Andenæs og Ro sin oppfatning av aktsomhetsnormen på dette punkt.

Når man skal plassere risikoen for slike disposisjoner, er det flere interesser som gjør seg gjeldende og som det kan være verd å beskytte.¹⁰³ Risikoen medkontrahentene utsettes for ved å kontrahere med et selskap etter insolvenstidspunktet, er større enn før insolvens. Etter insolvens drives selskapet på kreditorenes regning, i den forstand at det ikke lenger er selskapet og dets aksjonærer som kan bli påført tapet ved videre drift, men de enkelte kreditorene. Dersom det foreligger et realistisk håp om videre drift, og det jobbes med denne muligheten, vil risikoen for at enkeltkreditorene skal tape på disposisjonene være noe mindre alt ut i fra hvor sannsynlig det er at selskapet overlever. Dersom man praktiserer en regel som er sammenfallende som for oppbudsplikten etter strl. §407, vil det utgjøre en rimelig balansert avveining av hensynet til de beskyttede interesser dersom man på tross av insolvens, kan drive videre på disse strenge vilkårene.

Det må imidlertid være riktig, slik Ro bemerker, at å begjære oppbud må anses å ha mer dramatiske konsekvenser enn å unnlate å inngå en kredittavtale, isolert sett. Konkurs er en mer dramatisk følge en at en kredittavtale ikke inngås. Dersom man øker perspektivet, vil man kunne se at konsekvensen av ulike krav til aktsomhet også vil kunne få dramatiske, kanskje til og med like, konsekvenser for selskapet. Om et insolvent selskap - hvor det foreligger et realistisk håp om overlevelse - jobber lojalt med en redningsplan, vil både det å motta ytelser på kreditt under allerede eksisterende avtaler og å inngå nye avtaler kunne være en viktig del av den løpende driften. Dersom kravene til aktsomhet skulle være forskjellige,

¹⁰² Se avhandlingens avsnitt 4.2.3.

¹⁰³ Om hvilke interesser som krever beskyttelse, se avhandlingens punkt 4.2.3.

vil en konsekvens av dette være at den løpende driften i selskapet stanser opp fordi ledelsen ikke tør eller kan ta imot nødvendige leveranser på kreditt. En annen konsekvens vil være at skepsisen fra medkontrahentene som varsles på dette tidspunktet, medfører at de ikke ønsker å kontrahere med selskapet i frykt for sine dekningsmuligheter. Mens selskapet jobber med å redde selskapet fra konkurs, typisk ved å forhandle med særkreditorene sine og fremforhandle gunstige refinansieringsavtaler med banken, bør det ikke være slik at ledelsen ser seg nødt til å varsle enkeltkreditorene sine om at de ikke kan betale ved forfall. Dette ville potensielt kunne lede til fremskyndet konkurs fremfor å redde selskapet, som igjen vil undergrave de hensyn aktsomhetsnormen for styrets plikt til å begjære oppbud bygger på.

Særlig retts tekniske hensyn taler mot en aktsomhetsnorm hvor ledelsen – på de aktuelle vilkår - ansvarsfritt kan bestille nye og motta leveranser på kreditt fra medkontrahenter også etter insolvenstidspunktet. Å åpne for at det etter insolvenstidspunktet – når det foreligger et realistisk håp og ledelsen aktivt og lojalt jobber med en redningsplan – kan driftes videre uten å komme i ansvar, kan gi en retts teknisk vanskelig regel. Insolvenstidspunktet er, som uttalt i Ulvesund-dommen, et «innarbeidet og nokså avklart kriterium»¹⁰⁴ og egner seg således som ansvarstidspunkt. Det vil for domstolene kunne være en vanskeligere øvelse å vurdere forsvarligheten av ledelsens vurdering av selskapets overlevelsesmuligheter. Vurderingen må i stor grad bero på betydelig skjønnsutøvelse. Selskapets kapitalgrunnlag, markedsstrategi, og redningsplaner vil måtte inngå i vurderingen. I etterpåklokskapens lys kan det være enkelt å konstatere at vurderingen burde vært annerledes. Forutberegnelighetshensyn taler for at det ikke skal være anledning til å drive ansvarsfritt etter insolvenstidspunktet.

En slik regel vil også kunne virke prosessskapende. For en enkeltkreditor med et særkrav mot styremedlemmene vil det være enklere å forholde seg til insolvenstidspunktet som ansvarstidspunkt, fremfor en retts teknisk vanskelig vurdering av selskapets realistiske håp om videre drift. Dersom ledelsen i et selskap bestrider en påstand om ansvar fra en medkontrahent, vil det gjennomgående kunne virke mer «mistenkelig» eller lettere angripelig dersom ledelsen påberoper seg at det forelå et realistisk håp som de aktivt og lojalt arbeidet med. Det er en mer skjønsmessig vurdering enn å konstatere at selskapet ikke var insolvent på avtaletidspunktet. Det vil gjennomgående også kunne ha større preventiv betydning å ha en så klar regel som mulig for typetilfellet.

¹⁰⁴ HR-2017-2375-A avsnitt (41)

Rettstekniske hensyn taler mot en utvidet adgang for ledelsen til å foreta nye bestillinger, og motta leveranser under allerede eksisterende kontrakter, ansvarsfritt på kreditt også etter insolvenstidspunktet.

Alt i alt virker de rettskildemessig beste grunner å tale for at risikoen i disse situasjoner plasseres hos enkeltkreditor, og at ledelsen derfor ansvarsfritt kan inngå nye kontrakter om naturalytelser på kreditt, eller motta nye leveranser under eksisterende kontrakter på kreditt også etter insolvens – så lenge det eksisterer et realistisk håp om å unngå konkurs og det jobbes aktivt og lojalt med en redningsplan. Det er da særlig høyesterettspraksis – med Normount-dommens rettssetning og obiter-uttalelsene i Ulvesund-dommen – som med tyngde tilsier en slik regel. Særlig etter en gjennomgang av de reelle hensyn som løftes frem i Ulvesund-dommen, gir uttrykk for en god regel for typetilfellet. Uenighetene i den juridiske teori er i mindre grad vektlagt.

4.3.2 Innholdet i vilkårene for å drive videre etter insolvens

Vilkår 1: Må foreligge et realistisk håp om å unngå konkurs.

Mens Ulvesund-dommen er taus om selve innholdet, oppstiller Normount-dommen noen retningslinjer for hvordan en skal vurdere innholdet i vilkåret. I Normount-dommen uttales det at selv om styremedlemmene hadde «handlet ut i fra en noe høy grad av optimisme», måtte det «likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon». ¹⁰⁵ Om vurderingen slutter Høyesterett seg til den danske juristen Bernhard Gomard;

«...En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet frifundet, og i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk...»¹⁰⁶

Avgjørelsen om å gjennomføre befraktingen ble vurdert som en forsvarlig disposisjon gitt de forutsetningene Normount hadde på avtaletidspunktet. Selv om styremedlemmene hadde sett «større muligheter i den nye linjetrafikk enn det reelt fra grunnlag for», hadde de åpenbart

¹⁰⁵ Rt.1991.119. s.127

¹⁰⁶ Ibid. s.127 jf. Bernhard Gomard, *Aktieselskaber og anpartsselskaber* (1986) s.321

vært «... i den tro at tapsfasen var nær ved å være overvunnet». Styremedlemmene hadde ved avtaleslutningen basert sin beslutning om å gjennomføre befraktningen ved å være «tilbørlig underrettet om såvel markedsutviklingen, som resultatutviklingen». Selv om styremedlemmene hadde feilvurdert situasjonen, kunne ikke feilvurderingen lede til ansvar etter «gjeldende teori og praksis» når denne var basert på en «uriktig skjønnsmessig bedømmelse av den risiko slutningen av M/S ARAO medførte». ¹⁰⁷

Normount-dommen taler for at innholdet i vurderingen av om det foreligger et «realistisk håp», er at det må det være foretatt en forsvarlig, forretningsmessig vurdering av mulighetene for videre drift før avtaletidspunktet. For at avgjørelsen skal være fundert på forsvarlig forretningsmessig vurdering, må ledelsen ha holdt seg underrettet om markedsutviklingen og resultatutviklingen i selskapet. Det er rom for feilvurderinger, så lenge feilvurderingen ikke er fundert på en uforsvarlig vurdering av selskapets overlevelsesmuligheter. ¹⁰⁸

Også Normann har forsøkt å angi noen retningslinjer for vurderingen. Normanns behandling retter seg i første omgang mot hvor lenge etter insolvens styret kan områ seg uten å bli erstatningsansvarlig for å ikke begjære oppbud. ¹⁰⁹ Ettersom drøftelsen over viser at aktsomhetsnormene er sammenfallende, vil drøftelsen være relevant også for rekkevidden av varslingsplikten.

Etter Normanns syn er det umulig å angi en eksakt frist, men det bør det gis rom for en viss optimisme. Optimismen må ha grunnlag i konkrete forhold. Dersom det foreligger særlige holdepunkter, kan en utsettelse på noen måneder ikke nødvendigvis være for mye. Dersom styret har en reell mulighet til å snu den uheldige utviklingen, bør ikke oppbudsplikten ha inntrådt. I de tilfeller hvor styret gjentatte ganger har måtte be om betalingsutsettelse og har måtte sørge for refinansiering av selskapet, vil det være en indikasjon på at oppbudsplikten har inntrådt. Etter Normanns oppfatning støttes disse synspunktene av de overfor nevnte uttalelser i Normount-dommen. ¹¹⁰

Dersom det skal være ansvarsfritt å drive videre også etter insolvens, må ledelsen sørge for at det berettigede håpet om å unngå konkurs beror på en forretningsmessig forsvarlig vurdering

¹⁰⁷ Alle sitat i avsnitt - Rt.1991.119 på s.128.

¹⁰⁸ Om feilvurderinger, se avhandlingens avsnitt 5.2 om faktisk villfarelse.

¹⁰⁹ Se Normann 1994 på s.542; Disse betraktningene gjør seg også gjeldende for varslingsplikten etter hensynet til sammenheng mellom aktsomhetsnormene.

¹¹⁰ Normann 1994 s. 500

av selskapets overlevelsesmuligheter. Ledelsen må kontinuerlig holde seg underrettet om markeds- og resultatutviklingen. Selskapets overlevelsesmuligheter trenger ikke nødvendigvis å være stor, dog ikke helt urealistisk.

Vilkår 2: Ledelsen må jobbe aktivt og lojalt med å redde selskapet fra konkurs og kaste kortene i rimelig tid

I Ulvesund-dommen oppstilles det som et vilkår at ledelsen arbeidet «aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid». Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger et «realistisk håp» så lenge ledelsen ikke «aktivt og lojalt» jobber med en redningsplan. Med en gang det ikke lenger foreligger et realistisk håp om å unngå konkurs, kan ikke ledelsen ansvarsfritt inngå nye eller motta leveranser på kreditt fra en enkeltkreditor uten å varsle om sviktende økonomi.

Eksempelvis vil et selskap som har positive tilbakemeldinger fra - og jobber aktivt med - en bank om en refinansieringsavtale, og avtalen går i vasken i tolvte time, bør ledelsen kaste kortene for å unngå å påføre kreditorene ytterligere tap. At selskapet er i en finansiell restruktureringsprosess vil også kunne gjøre at ledelsen kan fortsette å drive ansvarsfritt. Gode grunner taler for ansvarsfrihet når selskapet forhandler med kreditorene om en frivillig løsning – typisk hvor aksjonærer, kreditorer og ansatte gir innrømmelser – for å redde selskapet fra konkurs. Dette i motsetning til hvor ledelsen i selskapet ikke foretar seg noe for å forsøke å redde selskapet fra konkurs. Da vil ikke vilkåret være oppfylt, og personlig ansvar kan være aktuelt.

4.4 Kontraktens nødvendighet for videre drift

Som det fremgår av drøftelsen over, er det på generelt grunnlag konkludert med at ledelsen etter omstendighetene kan inngå avtaler og/eller motta leveranser på kreditt, også etter at selskapet er blitt insolvent. Et spørsmål som ikke er blitt berørt i drøftelsen, er hvorvidt selve avtale-/leveransesituasjonen kan ha betydning for om man ansvarsfritt kan unnlate å varsle medkontrahtenten. I denne forbindelse oppstår særlig to problemstillinger. For det første om det er noen forskjell mellom å inngå nye avtaler eller bestille nye leveranser på den ene side, og det å motta leveranser i løpende kontraktsforhold på den annen.¹¹¹ Og for det andre om det

¹¹¹ Punkt 4.5

spiller en rolle for ansvarsvurderingen hvor viktig eller nødvendig avtalen eller leveransen er for selskapet. Det er sistnevnte spørsmål som skal behandles først.

Det er særlig problematisert om den nye kontrakten som inngås, eller naturalytelsen som leveres på kreditt i et løpende kontraktsforhold må være nødvendig for selskapets videre drift og overlevelsesmuligheter. Kan man vektlegge viktigheten av den aktuelle ytelse for selskapets drift eller finansielle stilling?

I Normount-dommen het det at «...man hadde et ikke urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd og dermed snu stillingen for linjen – iallfall hadde man håp om å kunne unngå tap». ¹¹² Det kan synes at Høyesterett vektlegger at nettopp denne reisen, isolert sett, var en viktig del av redningsaksjonen og dermed nødvendig for selskapets overlevelse. Det må således være rimelig klart at det er legitimt å inngå avtaler eller motta leveranser som inngår som en sentral del av redningsaksjonen. Det er uklart om Høyesterett har ment at de unødvendige disposisjoner – de som er tapsbringende og ikke bidrar på en positiv måte for selskapets overlevelsesmuligheter – lettere kan bli ansett som uaktsomme.

Løvdal mener at Normount-dommen kan tas til inntekt for at viktigheten av avtalen kan legges vekt på når rekkevidden av opplysningsplikten skal fastlegges. Etter hennes oppfatning legger førstevoterende «ikke bare vekt på hvilken risiko det var for tap for kreditoren på avtaletidspunktet, men la også vekt på at avtalen var av stor betydning for selskapets mulighet til å overleve». ¹¹³

Også Normann argumenterer for at avtaletypen vil kunne vektlegges i ansvarsvurderingen. Etter Normanns skjønn, bør avtaler som ikke anses nødvendige å inngå for den videre drift, lettere anses erstatningsbetingende enn avtaler som er nødvendige for selskapets overlevelse. Inngåelse av nye kontrakter vil ofte være en nødvendig forutsetning for å kunne drive videre. Støtte for at nødvendighet og økonomisk omfang er relevante omstendigheter i culpavurderingen, finner hun i noen gamle dommer fra Asker og Bærum herredsrett fra 1987 og i RG 1987 s.190 Oslo byrett. ¹¹⁴ I motsatt retning går Gulating Lagmannsretts dom 13. desember 1990. Her uttalte lagmannsretten at det ikke «etter gjeldende rett er grunnlag for å oppstille noe skille etter arten av kontraktsforholdet». Synspunktet ble derimot ikke nærmere begrunnet.

¹¹² Rt.1991.119 på s. 127

¹¹³ Løvdal 2003 s.515.

¹¹⁴ Normann 1994 s. 545-546

Spørsmålet aktualiseres særlig i tilvirkningsforhold. Er det slik at det eksempelvis hvor selskapet har en svær skipsbyggingsprosjekt og i den forbindelse en tilvirkningskontrakt med en eksisterende kreditor, at leveransen som mottas – og prosjektet som sådan - må være nødvendig for at selskapet skal overleve den økonomiske krisen?

Gode grunner taler for at man ikke kan operere med en slik regel for tilvirkningskontrakter. De ytelsene selskapet allerede har mottatt og betalt for, kan nærmest miste sin verdi fordi selskapet ikke klarer å anskaffe det som er nødvendig for å fullføre prosjektet. Dersom selskapet må varsle eksisterende kreditorer om insolvens fordi ytelsen de mottar ikke er en del av det som strengt tatt er nødvendig for selskapets overlevelse, vil det kunne påføre kreditorene tap i form av erstatningskrav for kontraktsbrudd og dermed lavere dividende ved konkurs. En slik regel vil ha den uheldige konsekvens at selskapet unødvendig / raskere går konkurs selv om det forelå et realistisk håp om overlevelse.

For nye kontrakters del kan disse således være en del av selskapets daglige drift, eller som av den spesifikke redningsaksjonen - typisk en refinansieringsavtale. Når den nye avtalen ikke inngår som et ledd i forsøket på å tilføre selskapet forretninger, påfører ledelsen i praksis selskapet en forpliktelse som utelukkende skader interessene reglene er satt til å beskytte. Rene tapsbringende disposisjoner – som ikke har en naturlig sammenheng med selskapets drift, og som vanskelig kan ses å tjene selskapets og kreditorfelleskapets interesse i å komme ut av krisesituasjonen – vil ledelsen naturlig nok ikke kunne foreta, selv om det jobbes med en realistisk redningsaksjon. I disse tilfellene vil ikke hensynene som taler for en utsatt varslingsplikt slå til.

Å praktisere en regel hvor nødvendigheten av avtalen spiller inn som et moment i vurderingen, vil ha retts teknisk problematiske sider ved seg. Det vil for domstolene være vanskelig å vurdere den enkelte disposisjons nødvendighet.

4.5 Aktsomhetskravene for eksisterende og nye kontrakter

En særproblemstilling er om det er forskjell i kravene til aktsom adferd for ledelsen hvor de – uten å varsle, og på vegne av et insolvent selskap - pådrar selskapet nye kredittforpliktelser og hvor selskapet mottar naturalytelser på kreditt i et løpende kontraktsforhold. Er det forskjell på aktsomhetskravene når selskapet mottar naturalytelser under eksempelvis en langvarig

tilvirkningskontrakt og når det bestiller helt nye leveranser på kreditt fra en helt ny kreditor? Spørsmålet er ikke behandlet hverken av lovgiver, i høyesterettspraksis eller i juridisk teori. Løsningen må derfor søkes i reelle hensyn.

Det er i denne forbindelse særlig nyansene som bør løftes frem.

I tilvirkningskontrakter vil det være særlig to elementer som krever oppmerksomhet. For det første vil selskapet i tilvirkningskontrakter passivt motta løpende naturalytelser på kreditt. Passivitet kan kanskje i noen grad være mindre å bebreide en aktive handlinger fra selskapet. For det andre vil en som en del av en løpende kontrakt være innblandet i et særlig tillitsforhold mellom to kontraktsparter. Lojalitetsbetraktninger taler for at tillitsaspektet mellom partene er et skjerpene element i aktsomhetsvurderingen. Tillitsaspektet kan derfor virke modifierende for aktsomhetskravet når selskapet passivt mottar naturalytelser på kreditt.

Ved inngåelse av nye kontrakter oppsøker ledelsen en ny kreditor, og inngår aktivt en ny avtale. Det er muligens mer betenkelig å aktivt trekke nye kreditorer inn i den økonomiske krisen, enn å passivt motta leveranser fra eksisterende kreditorer som allerede er involvert.¹¹⁵ Et særelement ved ny avtaleinngåelse er at medkontrahenten som hovedregel har ansvar for egne forutsetninger.¹¹⁶ Ny avtaleinngåelse har også en side mot avtalelovens regler om tilblivelsesmangler.¹¹⁷

Ut i fra rettskildebildet er det vanskelig å konkludere med verken for eller imot, ettersom argumentene hviler på et for løst grunnlag. Ut i fra det foreliggende rettskildebildet kan det ikke synes å være grunnlag for et prinsipielt skille – når det arbeides med en redningsplan fundert på et realistisk håp - alene ut i fra forskjellen på eksisterende og nye kontrakter.

¹¹⁵ Dette synspunktet har også en side mot avhandlingens punkt 4.4 om hvorvidt kontrakten må være nødvendig for videre drift.

¹¹⁶ Jf. eks. Rt.2002.1110 s.1118.

¹¹⁷ jf. eksempelvis avtl. §33.

5 Subjektive unnskyldningsgrunner

Fremstillingen hittil har fokusert på hvilken aktsomhetsnorm som gjelder for typetilfellet – altså culpanormens objektive dimensjon. Denne del skal gi en kortfattet redegjørelse for culpanormens subjektive side; hvorvidt selskapsledelsens objektivt sett uaktsomme handling kan være ansvarsfri fordi det foreligger en subjektiv unnskyldningsgrunn.

Hvor det objektivt sett foreligger et pliktbrudd etter aksjeloven, er det en presumpsjon for uaktsomhet for ledelsen.¹¹⁸ Ansvar etter §17-1 er et individuelt ansvar, og ansvar for det enkelte styremedlem eller daglig leder må derfor vurderes individuelt. Det rettslige spørsmålet er om det eksisterer unnskyldende faktorer som kan virke ansvarsbefriende for det enkelte styremedlemmet.

5.1 Rettslig villfarelse

Rettsvillfarelse for typetilfellet foreligger når det enkelte medlemmet av selskapsledelsen ikke var klar over at det forelå en informasjonsplikt, eller at medlemmet har feiltolket innholdet av plikten. Som forvaltningsansvarlige må ledelsen sørge for at informasjonsplikten overholdes overfor medkontrahentene. Som altoverskyggende hovedregel i norsk rett, er ikke rettslig villfarelse unnskyldende.

Særlig for medlemmene av selskapsledelsen bør det kunne forventes at man har satt seg inn i de oppgaver og plikter som ligger hos disse som selskapets tillitsmenn. Dette er nødvendig for at ledelsen skal kunne tjenestegjøre på en forsvarlig måte overfor selskapet og dets kreditorer. Om styrets plikt til å begjære oppbud, skriver Normann at «styremedlemmene kan i alle fall ikke høres med at de var ukjente med plikten til å begjære oppbud.»¹¹⁹ Gode grunner taler for at tilsvarende gjelder for ledelsens plikt til å informere medkontrahenten om sviktende økonomi.

¹¹⁸ HR-2016-1440-A avsnitt (41) og Normann 1994 s.221

¹¹⁹ Normann 1994 s.502

5.2 Faktisk villfarelse

Faktisk villfarelse foreligger når selskapsledelsen rent faktisk ikke var klar over de forhold som gjorde disposisjonen uaktsom. Dersom ledelsen var klar over de forhold som gjorde handlingen uaktsom, foreligger culpaansvar.¹²⁰ Det kan for typetilfellet skilles mellom to situasjoner. For det første hvor ledelsen ikke var klar over at selskapet var insolvent på disposisjonstidspunktet. Den andre situasjonen som skal behandles, er hvor ledelsen var klar over at selskapet var insolvent, men feilvurderte hvorvidt det forelå en realistisk mulighet for videre drift. Også spørsmålet om det enkelte styremedlem kan bli ansvarlig for andre styremedlemmers uaktsomme handlinger på vegne av selskapet skal behandles.

Det første spørsmålet er om det kan være unnskyldelig for ledelsen at de faktisk ikke visste at selskapet var insolvent på avtaletidspunktet. Det springende punkt i vurderingen er om ledelsen med rimelighet burde ha hatt kunnskap om disse forholdene. I denne vurderingen er det som et klart utgangspunkt irrelevant hvilke individuelle forutsetninger daglig leder eller de enkelte styremedlemmene har. Det avgjørende er hva de objektivt sett burde ha av kunnskap i kraft av å være styremedlem.¹²¹

At ledelsen ikke var kjent med at selskapet var insolvent på avtaletidspunktet kan bero på flere forhold. Det kan skyldes at ledelsen ikke har oppfylt sine forpliktelser, eksempelvis daglig leders plikt til å sørge for forsvarlig regnskapsføring,¹²² eller styrets plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling, herunder å sørge for at regnskapsføringen og formuesforvaltningen er «gjenstand for betryggende kontroll».¹²³ Dersom den faktiske villfarelsen skyldes pliktbrudd etter aksjeloven, kan disse lede til personlig ansvar på eget grunnlag jf. §17-1.

Dersom den uriktige oppfatningen om at selskapet var solvent på avtaletidspunktet beror på en feilvurdering av selskapets økonomiske situasjon, kan det være unnskyldelig. En forutsetning er at de plikter som ligger hos selskapet er overholdt. God tro hos ledelsen kan

¹²⁰ Se bl.a. Rt.1975.198 på s. 204

¹²¹ Hagstrøm/Stenvik 2015 s.141 og Normann 1994 s.503 flg.

¹²² Asl. §6-14 (4)

¹²³ Asl. §6-12 (3)

ikke være ansvarsbefriende hvis ledelsen objektivt sett burde ha forstått at selskapet var insolvent. Insolvensvurderingen kan være sammensatt svært både faktisk og rettslig.¹²⁴

Også for vurderingen om det foreligger et realistisk håp om videre drift er det rom for feilvurderinger fra ledelsen. I Normount-dommen var det foretatt en forsvarlig vurdering av framtidsutsiktene for selskapet da det inngikk certepartiet med Canadian Forest.

Styremedlemmene hadde feilvurdert mulighetene for videre drift.

«De så nok større muligheter i den nye linjetrafikk enn det reelt var grunnlag for. Slik jeg ser det, sto de åpenbart i den tro at tapsfasen var nær ved å være overvunnet. Etter mitt syn har de to styremedlemmene holdt seg tilbørlig underrettet om såvel markedsutviklingen, som resultatutviklingen. De har for så vidt feilvurdert situasjonen. Men denne feil består, så vidt jeg kan forstå, i en uriktig skjønnsmessig bedømmelse av den risiko slutningen av M/S ARAO medførte. En slik skjønnsmessig feilvurdering kan etter gjeldende teori og rettspraksis ikke utløse erstatningsansvar.»¹²⁵

Det må etter dette være åpent for at ledelsen kan feilvurdere mulighetene for videre drift, under den forutsetning at vurderingen beror på en forsvarlig, grundig økonomisk vurdering av selskapets overlevelsesmuligheter.

Ettersom uaktsomhetsansvaret etter §17-1 er et individuelt ansvar, må daglig leder og de enkelte medlem av styret vurderes individuelt etter aktsomhetsnormen. Dette reiser noen interessante problemstillinger. I flere selskap av noenlunde størrelse, vil det ofte være en form for ansvarsinndeling internt i selskapets styre. Kan det være en relevant unnskyldningsgrunn at en av styrets medlemmer ikke har hatt tilstrekkelig med inngåelsen av den nye kontrakten eller at ledelsen ikke forhindret å motta leveranser på kreditt?

Som et overordnet utgangspunkt må de samme krav om selskapets forhold stilles overfor alle styrets medlemmer. Det er en objektiv vurdering av den rollen man innehar som styremedlem, slik at man blir vurdert opp mot en «objektivert standard» hvor det som et utgangspunkt ikke er rom for ansvarsfordeling. De ukyndige må stå i samme stilling som de kyndige.¹²⁶ Hvor en slik ansvarsfordeling foreligger, kan det virke urettferdig dersom et styremedlem blir holdt

¹²⁴ Se Normann 1994 s.504 om subjektive elementer for oppbudsplikten; Hvor man i ettertid er i tvil om tidspunktet, vil det kunne være en subjektiv unnskyldningsgrunn under henvisning til at deres subjektive oppfatning om at selskapet ikke var insolvent, i alle fall må være unnskyldelig jf. Rt.1932.857, og Hagstrøm/Stenvik 2015 s.139-141.

¹²⁵ Rt.1991.119 på s.128.

¹²⁶ Aarbakke m.fl. 2017 s.932 og Hagstrøm/Stenvik 2015 s.130

personlig ansvarlig for andre styremedlemmers uaktsomme disposisjoner. Det kan allikevel virke som at det ikke finnes noen bønn i disse tilfellene – alle styrets medlemmer vurderes opp mot den samme objektive standarden.

Ettersom hvert styremedlem og daglig leder vurderes objektivt etter en rolleforventning om kunnskap om selskapets økonomiske forhold, kan i prinsippet ethvert medlem av ledelsen forfølges. I praksis velger kreditorene de med mest penger, enten av personlig formue eller i form av en styreansvarsforsikring. Solidaransvar jf. skl. §5-3 er norsk retts hovedregel.¹²⁷

Ettersom de samme krav stilles til alle styremedlemmene, vil i prinsippet vilkårene for erstatning være oppfylt for samtlige i styret. Ettersom enkeltkreditorene selv kan velge hvilke styremedlem de ønsker å forfølge med erstatningskravet, oppstår noen særlige spørsmål.

Kan de enkelte styremedlemmene da kreve regress fra de andre medlemmene av styret? Og vil det i regressomgangen være rom for å «individualisere» ansvaret ved å plassere størstedelen av tapet hos de eller den som er mest å bebreide for uaktsomheten? Omfattes det enkelte styremedlemmet av «andre» som kan rette krav mot selskapets tillitsmenn etter §17-1? Spørsmålet går utenfor rammene av oppgaven og skal ikke forfølges videre.

¹²⁷ Rt.2008.65 avsnitt (51)

Litteraturliste

Bøker

- Aarbakke m.fl. 2017 Aarbakke, Magnus m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*, 4 utg. (Oslo, 2017)
- Normann 1994 Aarum, Kristin Normann, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, (Oslo 1994)
- Andenæs 2006 Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, (Oslo, 2006)
- Gomard 1986 Gomard, Bernhard, *Aktieselskaber og anpartsselskaber*, (Danmark, 1986)
- Hagstrøm/Stenvik 2015 Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, (Oslo, 2015)
- Lødrup 1999 Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 4 utg. (Oslo, 1999)
- Monsen 2012 Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (Bergen 2012)
- Wilhelmsen/Hagland 2017 Wilhelmsen, Trine-Lise og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett med utgangspunkter i tekster av Peter Lødrup*, 1. utgave (Oslo 2017)

Artikler

- Knudsen 2011 Knudsen, Gudmund, *Forenkling og modernisering av aksjeloven*, Revisjon og Regnskap (2011) s. 95
- Løvdal 2003 Løvdal, Elin Mack, *Aksjeloven og allmennaksjeloven §3-4 og §3-5*», Tidsskrift for forretningsjus nr.4 2003 s.472-568
- Ro 1994 Ro, Knut, *Konkursboet eller enkeltkreditorers erstatningskrav*, Lov og Rett 1994 s.233

Lovsregister

1902	LOV-1902-05-22-10 Almindelig borgerlig Straffelov (Opphevet)
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
1984	Lov 08. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
1984	Lov 08. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Forarbeider

NOU 1972:20	NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp.nr.36 (1993-1994)	Ot.prp.nr.36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper (Aksjeloven)
NOU 1996:3	NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning
Ot.prp.nr.55 (2005-2006)	Ot.prp.nr.55 (2005-2006) om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Domsregister

Høyesterett

HR-2017-2375-A

HR-2016-1440-A

Rt.2013.312

Rt.2008.65

Rt.2002.1110

Rt.1997.698

Rt.1995.1460

Rt.1993.1399

Rt.1991.119

Rt.1988.1078

Rt.1977.1235

Rt.1975.198

Rt.1938.129

Rt.1932.857

Lagmannsrettene

Hålogaland lagmannsretts dom 9. mars 1990 (Ankesak nr. 43/1988 A)

Gulating lagmannsretts dom 13. desember 1990 (ankesak 256/1989)

Frostating lagmannsretts dom 31. desember 1991 (sak nr. 91-313 A)

Agder Lagmannsretts dom 8. september 1992 (sak nr.92-00057 A)

LB-2012-202732

LB-2014-188146

Tingrettene

RG-1987-190