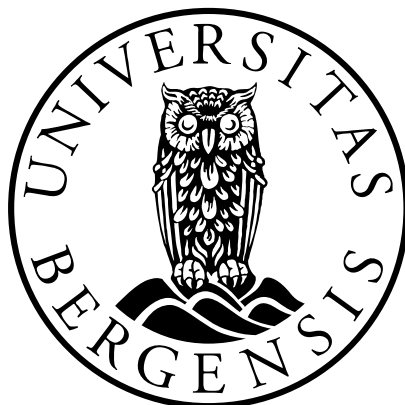


Styrets handleplikt

*En rettspolitisk vurdering av bestemmelsene om
styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5*

Kandidatnummer: 102

Antall ord: 13 233



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Temaets aktualitet og betydning.....	4
1.2.1 Aktualitet.....	4
1.2.2 Betydning.....	5
1.3 Avgrensning.....	5
1.4 Metode.....	6
1.4.1 Innledning.....	6
1.4.2 EUs annet selskapsdirektiv.....	6
1.4.3 Norske lovforarbeider.....	6
2 Styrets handleplikt.....	7
2.1 Asl./asal. § 3-5.....	7
2.2 Historikk.....	7
2.3 Hensyn.....	8
2.4 Egenkapitalen er lavere enn forsvarlig.....	9
2.4.1 Forsvarlig egenkapital og likviditet.....	9
2.4.2 Styret skal ”straks behandle saken”.....	12
2.4.3 Innkalling til generalforsamling.....	13
2.4.4 Behandling på generalforsamlingen.....	14
2.5 Selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen.....	14
2.5.1 Aksjekapitalens størrelse.....	14
2.5.2 Styret skal ”straks behandle saken”.....	15
2.5.3 Innkalling til generalforsamling.....	15
2.5.4 Tiltak.....	16
2.6 På hvilket tidspunkt inntreer handleplikten?.....	17
2.7 Erstatningsansvar.....	17
2.7.1 Asl./asal. § 17-1.....	17
2.7.2 Hensyn.....	17
2.7.3 Vilkår for erstatning.....	18
2.7.4 Forslag til tiltak som ikke blir gjennomført.....	18

3	EU-rett.....	19
3.1	EUs annet selskapsdirektiv artikkel 19	19
3.1.1	Innledning	19
3.1.2	Betydelige tap av den tegnede kapital	19
3.1.3	Frist for innkalling til generalforsamling.....	20
4	Svensk rett.....	21
4.1	”Aktiebolagslagen” kapittel 25	21
4.1.1	Handleplikten for styret i svenske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper	21
4.1.2	Erstatningsansvar	25
4.2	Sammenhengen mellom svensk og norsk lovgivning på området.....	25
5	Dansk rett.....	27
5.1	”Selskabsloven” § 119	27
5.1.1	Handleplikten for styret i danske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper	27
5.1.2	Erstatningsansvar	27
5.2	Sammenhengen mellom dansk og norsk lovgivning på området	28
6	De lege ferenda	30
6.1	Hensyn	30
6.2	Selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen	30
6.2.1	EUs annet selskapsdirektiv	30
6.2.2	Lovgivningen i Sverige og Danmark.....	31
6.2.3	Minstekravet til størrelsen på aksjekapitalen i aksjeselskaper.....	31
6.2.4	Uhensiktsmessig å relatere handleplikten til tidspunktet når det må antas at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen	32
6.2.5	Selskaper i en oppstartsfasen	33
6.2.6	Kapitalnedsettelse	33
6.2.7	Begrenset handleplikt.....	33
6.3	Selskapets egenkapital er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen og omfanget av virksomheten.....	35
6.4	Likviditet.....	36
6.5	Frist for å innkalle til generalforsamling	37
6.6	Hvor ofte må styret innkalle til generalforsamling?	38
6.7	Plikt til å få opprettet en bekreftet mellombalanse	39
6.8	Plikt til å oppløse selskapet.....	40

6.9 Opprettholdelse eller fratredelse av styreverv	41
6.10 Erstatningsansvar	41
6.11 Konklusjon.....	42
Litteraturliste med forkortelser	43

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er styrets handleplikt ved tap av egenkapital i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Jeg vil i denne forbindelse vurdere om bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 er hensiktsmessige slik de er utformet i dag, eller om det er behov for å gjøre endringer.

Det fremgår av asl./asal. § 3-5 at styret har en lovbestemt plikt til å foreslå tiltak ved tap av egenkapital for å sikre en forsvarlig egenkapital i selskapet. I avhandlingen skal jeg redegjøre for innholdet av handleplikten etter asl./asal. § 3-5, når handleplikten inntreffer, samt erstatningsansvaret som eventuelt følger ved brudd på handleplikten. Videre skal jeg redegjøre for regler om styrets handleplikt innenfor EU, da EUs annet selskapsdirektiv stiller krav til handleplikt for allmennaksjeselskaper. Ytterligere skal jeg sammenligne bestemmelsene om styrets handleplikt ved tap av egenkapital i norsk lovgivning med tilsvarende bestemmelser i svensk og dansk aksjelovgivning. Endelig vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering av om bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 er hensiktsmessige slik de er utformet i dag, eller om det bør vedtas lovendringer.

1.2 Temaets aktualitet og betydning

1.2.1 Aktualitet

Temaet er aktuelt da Aksjelovutvalget skal vurdere og eventuelt foreslå endringer til asl./asal. § 3-5.¹ Aksjelovutvalget skal avgi sin innstilling innen 30. september 2016. Når asl./asal. § 3-5 skal vurderes av et offentlig oppnevnt lovutvalg, kan det tyde på at bestemmelsene om styrets handleplikt kanskje ikke er optimale slik de er utformet i dag.

¹ Mandat til ekspertutvalg for evaluering av aksjeloven og allmennaksjeloven,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/ec1ee28b250348d984465067388d4a60/kgl.res---aksjelovutvalg---vedlegg-1---mandat.pdf>

Videre er temaet aktuelt i forhold til dagens økonomiske situasjon, kanskje spesielt innen oljenæringen, hvor fallende oljepriser har medført dårligere inntjening og svekket økonomi. Dette vil igjen kunne få negative ringvirkninger i forhold til annet næringsliv i samfunnet. Økonomiske nedgangstider generelt vil kunne føre til at selskapenes egenkapital svekkes, og at handleplikten i asl./asal. § 3-5 dermed aktualiseres. Bestemmelsene vil derfor være spesielt viktige i økonomiske nedgangstider.

Handleplikten kan imidlertid utløses selv i økonomiske oppgangstider da det alltid vil være selskaper som av ulike årsaker kan ha en negativ økonomisk utvikling, som kan føre til at egenkapitalen svekkes. Bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 vil således til enhver tid være aktuelle.

1.2.2 Betydning

Bestemmelsene om styrets handleplikt ved tap av egenkapital er viktige for å sikre fortsatt drift i selskapet og sikre at kreditorene skal få dekning for sine krav. Bestemmelsene skal beskytte både de med eierinteresse i selskapet, ansatte og særlig kreditorene til selskapet.² Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er etter asl./asal. § 1-2 ansvarsformer hvor aksjeeierne har begrenset ansvar. Kreditorenes mulighet for å søke dekning for sine krav vil dermed være i selskapskapitalen.³

1.3 Avgrensning

Avhandlingen avgrenses mot straffansvaret ved brudd på handleplikten da dette ligger utenfor mitt tema. Videre avgrenses oppgaven mot en omfattende redegjørelse av lovens minstekrav til aksjekapital, kravet til forsvarlig egenkapital samt erstatningsansvaret ved brudd på handleplikten. For avhandlingens helhet og en god forståelse av styrets handleplikt må imidlertid disse temaene behandles, men oppgaven legger hovedvekt på hva styrets handleplikt innebærer og om bestemmelsene i asl./asal. § 3-5 er hensiktsmessige.

² NOU 1996: 3 s. 38.

³ NOU 1996 :3 s. 38.

1.4 Metode

1.4.1 Innledning

Avhandlingen bygger på tradisjonell juridisk metode. Jeg skal benytte både norske og utenlandske rettskilder for å foreta en rettspolitisk vurdering av asl./asal. § 3-5.

1.4.2 EUs annet selskapsdirektiv

EUs annet selskapsdirektiv er spesielt viktig da det setter rammer for utformingen av bestemmelsen om styrets handleplikt for allmennaksjeselskaper. Bestemmelsen om styrets handleplikt i asl. § 3-5 er utformet tilnærmet lik bestemmelsen i asal. § 3-5, med unntak av fristen for å innkalle til generalforsamling. Direktivet får dermed også betydning for bestemmelsen i asl. § 3-5.

Annet selskapsdirektiv 1997 ble omarbeidet og erstattet av rådsdirektiv 2012. Ordlyden i bestemmelsen om handleplikten er imidlertid den samme i begge direktivene. Den eneste forskjellen vedrørende denne bestemmelsen er at den nå reguleres i art. 19 i stedet for tidligere art. 17. Det foreligger ikke offisiell norsk oversettelse av direktiv 2012, men siden ordlyden på engelsk i direktiv 1997 og 2012 er den samme, vil jeg i avhandlingen benytte den offisielle oversettelsen til norsk fra annet selskapsdirektiv 1997 art. 17.

1.4.3 Norske lovforarbeider

Det foreligger flere sett av lovforarbeider til aksjeloven og allmennaksjeloven 1997.⁴ Dette har sammenheng med at de første lovforarbeidene ble sendt tilbake til Departementet da de ikke tok hensyn til bestemmelser i EØS-lovgivningen. Det fremgår imidlertid av juridisk teori at de første lovforarbeidene fortsatt må anses for å ha rettskildemessig vekt. På mange områder er de første lovforarbeidene mer omfattende enn de siste. Videre bygger lovutkastet til de vedtatte aksjelovene på tolkninger som er foretatt i de første settene av forarbeider. På den annen side er det imidlertid klart at ved motstrid mellom de ulike settene av forarbeider vil de siste gå foran. Det har også blitt utarbeidet flere lovforarbeider/etterarbeider til aksjelovene i forbindelse med endringslover til aksjelovgivningen 2006 og 2013.

⁴ Avsnittet bygger på Bråthen, Selskapsrett, s. 52 og Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper, Oslo 2006, s. 6.

2 Styrets handleplikt

2.1 Asl./asal. § 3-5

Det følger av asl./asal. § 3-5 at ”hvis det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, skal styret straks behandle saken”.

Videre fremgår det av bestemmelsenes annet punktum at ”det samme gjelder hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen”.

Handleplikten inntreder med andre ord i to ulike situasjoner. Den første situasjonen er spesiell i norsk aksjelovgivning, mens den andre bygger direkte på EUs annet selskapsdirektiv art. 19.⁵

Videre følger det av asl./asal. § 3-5 at styret skal ”innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling”. Ytterligere fremgår det at ”dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4, skal styret på generalforsamlingen foreslå tiltak for å rette på dette”. For allmennaksjeselskaper gjelder det etter asal. § 3-5 en frist på seks måneder til å innkalle til generalforsamling hvor ”det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen”.

Dette har sammenheng med at EUs annet selskapsdirektiv art. 19 nr. 1 stiller krav til at det fastsettes en bestemt frist for innkalling til generalforsamling i et slikt tilfelle.

Endelig fremgår det av asl./asal. § 3-5 annet ledd at styret skal ”foreslå selskapet oppløst hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre”.

2.2 Historikk

Bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 har sin bakgrunn i aksjeloven 1976 (som gjaldt både for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper) § 9-6a. Denne bestemmelsen ble tilføyd loven ved endringslov 1995 på bakgrunn av tilpasninger til EØS-lovgivningen. Det fremgikk av aksjeloven 1976 § 9-6a første ledd at ”hvis egenkapitalen i et allment aksjeselskap blir lavere enn halve aksjekapitalen, skal styret sørge for at det holdes generalforsamling innen seks måneder”. Videre fremgikk det av bestemmelsens annet ledd at styret på generalforsamlingen skulle ”redegjøre for selskapets økonomiske stilling og foreslå

⁵ Bråthen, Selskapsrett, s. 120, 122 og 125.

tiltak som vil føre til at selskapet får en egenkapital som minst tilsvarer aksjekapitalen, eventuelt at aksjekapitalen nedsettes etter reglene i kapittel 6”. Endelig fremgikk det av bestemmelsens annet ledd siste punktum at styret skulle foreslå selskapet oppløst dersom det ikke kunne foreslå tiltak.

Aksjeloven 1976 § 9-6a fikk kun anvendelse for allmennaksjeselskaper da EUs annet selskapsdirektiv kun stiller krav til slik handleplikt for allmennaksjeselskaper. For aksjeselskaper gjaldt det allerede en bestemmelse om styrets handleplikt i aksjeloven 1976 § 11-12 fjerde ledd.⁶ Denne bestemmelsen gikk imidlertid ikke så langt som nåværende bestemmelse om styrets handleplikt i asl. § 3-5. Regelen i aksjeloven 1976 § 11-12 fjerde ledd innebar at styret hadde plikt til å underrette generalforsamlingen i tilfelle hvor balansen viste at to tredjedeler av aksjekapitalen var tapt. Videre pliktet styret i et slikt tilfelle å gi en uttalelse om det var nødvendig å foreta tiltak for å sikre fortsatt drift i selskapet eller om det var grunnlag for å oppløse selskapet. Før endringer for allmennaksjeselskaper kom ved endringslov 1995 gjaldt imidlertid bestemmelsen i aksjeloven 1976 § 11-12 fjerde ledd i tilfelle hvor balansen viste at en tredjedel av aksjekapitalen var tapt.

Krav til handleplikt for styret i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hvor det må antas at egenkapitalen ikke er forsvarlig, kom imidlertid ikke inn i aksjelovgivningen før ny aksjelov 1997 trådte i kraft.

2.3 Hensyn

Bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 følger den EU-rettslige modellen og har til formål å sikre at styret setter i verk tiltak for å sikre fortsatt drift i selskapet og redusere tapet til kreditorene.⁷ Lovreglene skal fungere som et supplement til kravet om forsvarlig egenkapital, hvor bestemmelsene om styrets handleplikt er mer konkrete enn de skjønsmessige reglene om forsvarlig egenkapital i asl./asal. § 3-4.⁸ Det fremgår av lovforarbeidene at før aksjeloven 1997 trådte i kraft, var egenkapitalen i de fleste norske aksjeselskaper lav og mange fortsatte driften inntil aksjekapitalen til slutt var tapt, uten at det var noe fokus på tiltak for å sikre en forsvarlig egenkapital i selskapet.⁹ Det fremgår av

⁶ Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

⁷ Bråthen, Selskapsrett, s. 120.

⁸ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

⁹ NOU 1992: 29 s. 37.

lovforarbeidene 1992 at dagjeldende regler til beskyttelse av selskapskapitalen ikke var tilstrekkelige for å sikre kreditorene.¹⁰ Videre fremgår det at ett av målene med de nye aksjelovene var å sette fokus på nettopp dette forholdet ved å gi regler om forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt ved en eventuell for lav egenkapital i selskapet.¹¹ Bestemmelsene om styrets handleplikt i henhold til asl./asal. § 3-5 skal imidlertid også sikre aksjeeiernes investeringer i selskapet og tilfredsstillende avkastning på selskapskapitalen.¹²

2.4 Egenkapitalen er lavere enn forsvarlig

2.4.1 Forsvarlig egenkapital og likviditet

Det fremgår av asl./asal. § 3-4 at aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper ”skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”.

Det følger av forarbeidene at regler til beskyttelse av selskapskapitalen, deriblant kravet til forsvarlig egenkapital, i første rekke skal sikre kreditorenes interesser.¹³ Disse søkes ivaretatt ved at bestemmelsene om kravet til forsvarlig egenkapital til enhver tid tvinger selskapet kontinuerlig til å fokusere på selskapets økonomiske situasjon.¹⁴ Bestemmelsene skal sikre at selskapet forvalter midlene på en forsvarlig måte, slik at kreditorene kan få dekning for sine krav. Lovreglene skal med andre ord virke preventivt og forebygge mot at kreditorene lider tap. Bestemmelsene skal imidlertid også gjøre det lettere for kreditorene å få erstattet sitt eventuelle tap etter den generelle erstatningsregel i asl./asal. § 17-1, dersom styret ikke overholder dette kravet.¹⁵

Begrepet egenkapital er ikke definert i aksjelovgivningen. Det er imidlertid generelt akseptert at selskapets egenkapital er ”uttrykk for verdien av selskapets eiendeler fratrukket selskapets gjeld”.¹⁶ Det fremgår av forarbeidene at det er den reelle og ikke den balanseførte egenkapitalen det skal tas utgangspunkt i ved vurderingen av om egenkapitalen er

¹⁰ NOU 1992: 29 s. 37.

¹¹ NOU 1992: 29 s. 37.

¹² NOU 1996: 3 s. 38.

¹³ NOU 1992: 29 s. 37.

¹⁴ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

¹⁵ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

¹⁶ Woxholth, Selskapsrett, s. 153.

forsvarlig.¹⁷ Reell egenkapital vil si en egenkapital som er verdijustert for merverdier i selskapet.¹⁸ Den reelle egenkapitalen kan dermed være høyere enn den balanseførte, ettersom den balanseførte egenkapitalen er basert på historisk anskaffelsesverdi og ikke tar hensyn til en eventuell verdistigning på eiendelene.¹⁹ Eksempelvis følger det av rskl. § 5-3 at ”anleggsmidler skal vurderes til anskaffelseskost” og ”avskrives etter en fornuftig avskrivningsplan” ved ”begrenset økonomisk levetid”. Det gis således ikke adgang til oppskrivning selv om den reelle verdien i forhold til markedsverdi eller takst på vedkommende anleggsmiddel er høyere enn balanseført verdi.

Hvor selskapet hevder at reell egenkapital er høyere enn bokført egenkapital, må dette dokumenteres eller på annen måte sannsynliggjøres.²⁰ Det fremgår av lovforarbeidene at hvor selskapet hevder at reell egenkapital er høyere enn balanseført egenkapital, må dette ”ha grunnlag i en forsvarlig vurdering”.²¹ Videre er det nevnt som eksempel at det kan være forsvarlig å hevde at reell egenkapital er høyere hvis et annet selskap ønsker å kjøpe opp det aktuelle selskapet til en verdi som er høyere enn den balanseførte egenkapitalen.²² Såkalt ”goodwill” stilles i denne sammenheng i en særposisjon. ”Goodwill” er immaterielle verdier et selskap kan ha, for eksempel på grunn av godt rykte og status. Det er vanskelig å sette en verdi på noe som ikke er fysisk. ”Goodwill” kan likevel måles ved å se på omsetningsverdien til selskapet og trekke fra den bokførte verdien på selskapet.²³ Ettersom det er vanskelig å sette en verdi på ”goodwill”, stilles det trolig strengere krav til å sannsynliggjøre dette.²⁴

Ordlyden i asl./asal. § 3-4 er vag og gir lite veiledning om hva som er å regne som ”forsvarlig” egenkapital i lovens forstand. Det fremgår imidlertid av lovforarbeidene at det må foretas en konkret helhetsvurdering ut fra det enkelte selskaps forhold.²⁵ Bestemmelsene om kravet til forsvarlig egenkapital er en ”rettslig standard”. Det vil si at det nærmere innhold i bestemmelsene må klarlegges gjennom rettspraksis og kan forandre seg over tid.²⁶

¹⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 52.

¹⁸ Chimaera Regnskapshjelp, Forsvarlig egenkapital, mars 2014.

¹⁹ Jan Nylund, Forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper, Visma blogg, Regnskap & skatt, november 2012.

²⁰ Tore Bråthen, Forsvarlig egenkapital, Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse 5/2001.

²¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

²² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

²³ E-conomic, Goodwill -Hva er goodwill?

²⁴ Bråthen, Forsvarlig egenkapital, 2001.

²⁵ Ot.prp. nr. 36 (1993-1993) s. 67.

²⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 18.

Ved vurderingen av om selskapets egenkapital er forsvarlig må det også tas hensyn til selskapets likviditet.²⁷ Selskapet må ha en likviditet som er tilpasset virksomheten i selskapet, slik at det har evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. Når man skal vurdere om selskapet har forsvarlig likviditet, må en ta hensyn til både tidsaspektet og om forpliktelsene er sikre eller usikre. Forpliktelser som er nær i tid og sikre, vil veie tyngre enn forpliktelser som er fjern i tid og usikre. For eksempel vil betaling av husleie, lønn og offentlige avgifter være forpliktelser som er nær i tid og sikre, slik at selskapet må ha evne til å kunne dekke disse forpliktelsene for at likviditeten kan anses forsvarlig. Motsetningsvis kan et eventuelt fremtidig søksmål mot selskapet være fjernt i tid og usikkert, og det kan dermed ikke stilles krav til at selskapet skal ha en likviditet som kan dekke en slik hypotetisk forpliktelse. Kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet må ses i sammenheng. For eksempel vil en egenkapital som isolert sett anses lav kunne være forsvarlig dersom selskapets likviditet vil forbedre seg innen nær tid.

Videre må selskapets gjeldsforhold tas i betraktning ved vurderingen.²⁸ Det fremgår av Rt-1996-672 at en isolert sett lav egenkapital vil kunne være forsvarlig dersom selskapet finansieres ved ansvarlig lån fra aksjeeier. Det følger videre av juridisk teori at det samme gjelder i tilfeller hvor virksomheten har garanti fra en aksjeeier, et mor- eller datterselskap.

Det fremgår direkte av lovteksten at forsvarlighetsvurderingen knyttes opp til virksomhetens risiko. Det vil si at det kreves større egenkapital i selskaper som er særlig eksponert for risiko enn de selskaper som ikke er særlig risikoeksponert.²⁹ For eksempel stilles det større krav til sesongbasert virksomhet og annen virksomhet som er utsatt for store markedssvingninger.³⁰ Dersom virksomheten er dekket av forsikring, er ikke selskapet utsatt for den samme risikoen.³¹

Det følger av lovforarbeidene at selskaper i etableringsfasen stilles i en særposisjon.³² Det fremgår her at departementet var i tvil om de skulle innføre handleplikt i tilfeller hvor egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. I en oppstartsfase er det ikke uvanlig at selskaper kan tape mer enn halve aksjekapitalen før virksomheten er veletablert. I slike tilfeller kan det likevel være sannsynlig at egenkapitalen vil gjenopprettes innen nær tid.

²⁷ Avsnittet bygger på Bråthen, Selskapsrett, s. 118.

²⁸ Avsnittet bygger på Rt-1996-672 og Bråthen, Selskapsrett, s. 118 og 119.

²⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 50.

³⁰ Bråthen, Selskapsrett, s. 119.

³¹ Bråthen, Selskapsrett, s. 119.

³² Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

Departementet kom imidlertid til at hensynet til kreditorene måtte veie tyngst, men likevel slik at det bør være ”tilstrekkelig fleksibilitet” i slike tilfeller, da reduksjonen i egenkapitalen i selskaper i oppstartsfasen ofte er av forbigående karakter. Det fremgår videre av forarbeidene at departementet ikke fant det hensiktsmessig å lage et skille mellom godt etablerte og nyetablerte selskaper i lovteksten.³³

Det fremgår av Rt-1991-119 at en ved forsvarlighetsvurderingen må ta utgangspunkt i hva styret visste på det tidspunkt egenkapitalen ble vurdert. Hva styret vet i ettertid er således uten betydning for denne vurderingen.

2.4.2 Styret skal ”straks behandle saken”

Dersom selskapet har en egenkapital som ikke kan anses ”forsvarlig”, innebærer handleplikten i henhold til asl./asal. § 3-5 at styret “straks skal behandle saken”. Det betyr at styret er nødt til å sette fokus på selskapets økonomiske utfordringer.³⁴ Dokumentasjonskravet som innebærer at styret ifølge asl./asal. § 6-29 første ledd skal føre styreprotokoll, er her svært viktig dersom styreansvar blir gjort gjeldende av kreditorene i ettertid. Det er i styrets interesse at styreprotokollen redegjør tilstrekkelig klart for hvilke tiltak som skal gjøres for å snu den negative økonomiske utviklingen for å styrke egenkapitalen i selskapet.

Bakgrunnen for styrets ansvar i forhold til handleplikten er at styret skal ha et overordnet ansvar for forvaltningen av selskapet, jf. asl./asal. § 6-12.³⁵ I dette ansvaret ligger det en plikt til å ha kontroll på selskapets økonomi til enhver tid, jf. tredje ledd, og dermed en plikt til å påse at egenkapitalen er forsvarlig i samsvar med kravet i asl./asal. § 3-4.³⁶ Det er imidlertid uttrykt i forarbeidene at det ”selvsagt ikke er nødvendig for styret å foreta hyppige kontroller av egenkapitalen” dersom denne anses tilfredsstillende ut fra siste årsregnskap og det ”ikke i løpet av året inntreffer forhold som kan antas å ha vesentlig betydning for selskapets egenkapital”.³⁷

³³ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

³⁴ Avsnittet bygger på Bråthen, Selskapsrett, s. 122.

³⁵ Bråthen, Selskapsrett, s. 120.

³⁶ Bråthen, Selskapsrett, s. 121.

³⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

2.4.3 Innkalling til generalforsamling

Videre fremgår det av asl./asal. § 3-5 første ledd, tredje punktum at styret skal innkalle til generalforsamling ”hvis det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig”. Fristen for å innkalle til generalforsamling er ”innen rimelig tid”. Ettersom styret skal få tid til å skaffe seg en oversikt over den økonomiske situasjonen, er det ikke angitt en bestemt frist i loven.³⁸

Styret må vurdere om den negative økonomiske situasjonen er av forbigående art eller om styret kan foreta tiltak innenfor sitt ansvarsområde for å snu den negative økonomiske utviklingen, uten å måtte inkludere generalforsamlingen.³⁹ Styret har som nevnt det overordnede ansvaret for forvaltningen av virksomheten, jf. asl./asal. § 6-12. Dette ansvaret ligger hos styret selv om egenkapitalen må anses som ”lavere enn forsvarlig”. Styret kan med andre ord gjøre tiltak innenfor sitt ansvarsområde, som for eksempel refinansiere lån, uten å måtte innkalle til ekstraordinær generalforsamling. Generalforsamlingen skal bare innkalles dersom styret må foreslå tiltak som krever vedtak på generalforsamling. Dersom styret mener at de økonomiske vanskelighetene er forbigående, kan styret vente innenfor et rimelig tidsrom med å innkalle til generalforsamling for å se om den økonomiske situasjonen snur til et forsvarlig nivå igjen.⁴⁰

Styret må foreta en helhetsvurdering av om generalforsamlingen skal innkalles.⁴¹ Ved vurderingen må styret avveie hensynene for og mot å innkalle til generalforsamling. Hensyn som taler for å innkalle til generalforsamling er blant annet å gi aksjeeierne kunnskap om den økonomiske situasjonen. Hensynene som taler mot å innkalle til generalforsamling vil for eksempel være at det medfører kostnader for selskapet å holde generalforsamling, noe som er lite heldig når selskapet allerede er i en dårlig økonomisk situasjon. For allmennaksjeselskaper vil det særlig være lite heldig for selskapet dersom det blir kjent at det må holdes en ekstraordinær generalforsamling for å diskutere selskapets negative økonomiske situasjon. Dette kan få negativ innvirkning på aksjekursen, og forsterke problemet i forhold til kreditorer og ansatte. Dersom styret beslutter at det ikke skal innkalles til ekstraordinær generalforsamling, foreligger det imidlertid risiko for erstatningsansvar for styremedlemmene.

³⁸ Bråthen, Selskapsrett, s. 122.

³⁹ Avsnittet bygger på Magnus Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave, 3. utgave, Oslo 2012 s. 183.

⁴⁰ Bråthen, Selskapsrett, s. 122.

⁴¹ Avsnittet bygger på Bråthen, Selskapsrett, s. 123.

2.4.4 Behandling på generalforsamlingen

Dersom det holdes ekstraordinær generalforsamling, følger det av asl./asal. § 3-5 første ledd, tredje punktum at styret skal ”gi en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling”. Videre skal styret foreslå tiltak for å gjenopprette en forsvarlig egenkapital i selskapet, jf. asl./asal. § 3-5 første ledd, siste setning. Slike tiltak kan for eksempel være å foreslå tilførsel av ny egenkapital, kostnadskutt, fusjon, fisjon eller andre endringer i finansiering av virksomheten.⁴² Aksjelovene regulerer imidlertid ikke hvordan generalforsamlingen skal respondere på styrets forslag til tiltak.⁴³ Etter asl./asal. § 5-18 første ledd kreves det to tredjedels flertall for å gjennomføre vedtektsendringer som vedtak om kapitalforhøyelse, kapitalnedsettelse, fusjon eller fisjon. Generalforsamlingen trenger dermed ikke å slutte seg til styrets forslag. Det fremgår også av forarbeidene at generalforsamlingen ikke har plikt til å vedta de tiltakene som styret foreslår.⁴⁴

Dersom ”styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak” for å gjenopprette en forsvarlig egenkapital i selskapet, eller disse ”ikke lar seg gjennomføre”, skal styret foreslå at selskapet oppløses, jf. asl./asal. § 3-5 annet ledd.

2.5 Selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen

2.5.1 Aksjekapitalens størrelse

Det fremgår av asl./asal. § 3-1 første ledd at et aksjeselskap/allmennaksjeselskap skal ha en aksjekapital på henholdsvis minst 30.000 og 1.000.000 norske kroner.

Bestemmelsene skal sikre et visst kreditorvern ettersom aksjeeierne ikke hefter personlig for selskapets gjeld, jf. asl./asal. § 1-2.⁴⁵ I realiteten har det imidlertid vist seg at bestemmelsene om minstekrav til aksjekapital ikke har så stor innvirkning på kreditorenes dekningsmulighet.⁴⁶ Dette har sammenheng med at aksjelovene ikke oppstiller krav til hvor

⁴² Bråthen, Selskapsrett, s. 123.

⁴³ Bråthen, Selskapsrett, s. 124.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 18.

⁴⁵ Prop. 148 L (2010-2011) s. 11.

⁴⁶ Prop. 111 L (2012-2013) s. 47.

aksjekapitalen skal plasseres.⁴⁷ Aksjekapitalen kan således benyttes til hva aksjeeierne måtte ønske, med unntak av tilbakebetaling til aksjeeierne, som i så fall må skje etter spesielle regler for dette.⁴⁸ Aksjekapitalen er ment å benyttes for å finansiere virksomheten i selskapet sammen med selskapets fremmedkapital.⁴⁹

Det fremgår av asl./asal. § 2-8 tredje ledd at ”selskapet skal ha en egenkapital etter åpningsbalansen som minst svarer til selskapets aksjekapital”. Det vil si at det må være full dekning for aksjekapitalen ved stiftelsen av selskapet.⁵⁰ Det fremgår imidlertid av § 2-8 tredje ledd annet punktum at ”aksjeinnskudd som brukes til dekning av stiftelsesutgifter i samsvar med § 2-5” er unntatt fra bestemmelsen. Videre følger det av asl./asal. § 2-18 annet ledd at ”før selskapet meldes til Foretaksregisteret skal aksjeinnskudd være ytet fullt ut”. Selskapet kan med andre ord ikke registreres før minstekrav til aksjeinnskudd er betalt inn til selskapet. Aksjelovene oppstiller imidlertid ikke krav til aksjeeierne om å tilføre selskapet ytterligere aksjekapital dersom denne er tapt.⁵¹ Etter at aksjekapitalen er innbetalt til selskapet, kan selskapet forhøye eller nedsette aksjekapitalen i samsvar med reglene i aksjeloven/allmennaksjeloven kapittel 10 og 12.⁵²

2.5.2 Styret skal ”straks behandle saken”

Hvor egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, gjelder en del av de samme reglene som for de tilfeller hvor egenkapitalen ikke er forsvarlig.⁵³ Denne delen av styrets handleplikt er hentet direkte fra EUs annet selskapsdirektiv art. 19.⁵⁴ Styret skal også i et slikt tilfelle ”straks behandle saken” i henhold til asl./asal § 3-5 første ledd, annet punktum.

2.5.3 Innkalling til generalforsamling

Når det må antas at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, er det imidlertid ikke rom for styret å forta en skjønnsmessig vurdering av om egenkapitalen likevel

⁴⁷ Bråthen, Selskapsrett, s. 114.

⁴⁸ Bråthen, Selskapsrett, s. 114.

⁴⁹ Woxholth, Selskapsrett, s. 156.

⁵⁰ Prop. 148 L (2010-2011) s. 11.

⁵¹ Prop. 148 L (2010-2011) s. 11.

⁵² Bråthen, Selskapsrett, s. 114.

⁵³ Bråthen, Selskapsrett, s. 125.

⁵⁴ Jf. også Bråthen, Selskapsrett, s. 125.

kan anses forsvarlig, og følgelig om generalforsamlingen skal innkalles.⁵⁵ Styret må i et slikt tilfelle innkalle til generalforsamling selv om det mener at egenkapitalen er forsvarlig.⁵⁶

Hvor egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, har styret i allmennaksjeselskaper i henhold til asal. § 3-5 første ledd, siste punktum en frist på seks måneder til å innkalle til generalforsamling. Dette har sammenheng med at EUs annet selskapsdirektiv art. 19 nr. 1 stiller krav til at det fastsettes en bestemt frist i et slikt tilfelle. For aksjeselskaper er fristen for å innkalle til generalforsamling ”innen rimelig tid” i henhold til asl. § 3-5 første ledd, tredje punktum.

2.5.4 Tiltak

Styret i aksjeselskaper trenger imidlertid ikke alltid å foreslå tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt.⁵⁷ Det fremgår nemlig av asl. § 3-5 første ledd, fjerde punktum at det kun kreves at styret foreslår tiltak ”dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4”. Videre fremgår det også av lovforarbeidene at hvor selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, men egenkapitalen likevel må anses å være forsvarlig, begrenses handleplikten til å innkalle til generalforsamling og redegjøre for den økonomiske situasjonen.⁵⁸

Hvor egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, er det imidlertid mer usikkert om styret i allmennaksjeselskaper har en plikt til å foreslå tiltak.⁵⁹ Som nevnt ovenfor anses det ikke å foreligge en slik plikt for styret i aksjeselskaper. Det fremgikk imidlertid av aksjeloven 1976 § 9-6a en plikt for styret i allmennaksjeselskaper å foreslå slike tiltak, og det fremgår ikke av forarbeidene at allmennaksjeloven 1997 skulle endres på dette punktet. På den annen side er ordlyden i asal. § 3-5 første ledd tredje punktum og asl. § 3-5 første ledd tredje punktum den samme, noe som i stor grad taler for å tolke bestemmelsene likt, slik at det heller ikke foreligger en slik plikt for styret i allmennaksjeselskaper. Som det vil bli redegjort for i punkt 3 nedenfor, stiller heller ikke EUs annet selskapsdirektiv art. 19 krav til at allmennaksjeselskaper må foreslå tiltak, hvilket også taler for at det ikke foreligger en slik plikt for styret i allmennaksjeselskaper.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

⁵⁷ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave, s. 184.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20 og 21.

⁵⁹ Andenæs, Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper, s. 423.

2.6 På hvilket tidspunkt inntreer handleplikten?

Det fremgår av LA-2007-37537 at handleplikten inntreer på et tidligere tidspunkt enn plikten til å begjære oppbud, som nå følger av strl. § 407. Et viktig formål med bestemmelsene om styrets handleplikt er nettopp å hindre at selskapet kommer i en oppbudssituasjon.⁶⁰

Rettspraksis viser således at handleplikten inntreer tidligere enn plikten til å begjære oppbud, men dette er imidlertid ikke særlig konkret og gir lite veiledning. Det fremgår imidlertid av asl./asal. § 3-5 første punktum at plikten inntreer fra det ”må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”. Lagmannsretten har i LA-2007-37537 tolket dette som ”objektivt sett fra det tidspunkt dette lar seg konstatere”. Styret plikter som nevnt å foreta en ”kontinuerlig vurdering” av om egenkapitalen anses ”forsvarlig”.⁶¹ Handleplikten inntreer imidlertid også når det ”må antas” at egenkapitalen er ”blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen”, jf. asl./asal. § 3-5 annet punktum. Dette tidspunktet er mindre skjønnspreget enn det første alternativ.

2.7 Erstatningsansvar

2.7.1 Asl./asal. § 17-1

Det fremgår av asl./asal. § 17-1 første ledd at “selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at... styremedlem... erstatter skade som de... forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende”.

2.7.2 Hensyn

Bestemmelsene om styremedlemmenes erstatningsansvar skal ha en gjenopprettende funksjon i tilfeller hvor kreditorene har lidt tap som følge av at styret ikke har overholdt sin handleplikt. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsene om krav til forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt at en skjerping av kravene med tanke på størrelsen på egenkapitalen og handleplikten som følger ved tap av egenkapital, trolig ville gjøre det lettere for kreditorene å få dekket sine krav ved et erstatningssøksmål, og at dette var ønskelig for departementet.⁶²

⁶⁰ NOU 1996: 3 s. 46.

⁶¹ Jf. også Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & allmennaskjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006, s. 422.

⁶² Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

2.7.3 Vilkår for erstatning

Alminnelige vilkår for erstatning gjelder også her.⁶³ Det fremgår av asl./asal. § 17-1 at styret må ha handlet forsettlig eller uaktsomt for å ilegges ansvar. Det følger videre av forarbeidene at styremedlemmenes ”vurdering av situasjonen må anses uaktsom” for at de skal kunne idømmes erstatningsansvar i et slikt tilfelle.⁶⁴ Videre fremgår det at styret har ”et visst spillerom” da det ikke anses klart hva som er ”forsvarlig egenkapital” i den aktuelle virksomhet, slik at det bare blir tale om ansvar i ”noe grovere tilfeller”.⁶⁵ Det er med andre ord ingen umiddelbar sammenheng mellom brudd på handleplikten i asl./asal. § 3-5 og styremedlemmenes erstatningsansvar.⁶⁶ Brudd på handleplikten utløser således ikke automatisk erstatningsansvar. Det må også konstateres en årsakssammenheng mellom styrets unnlattelse av handleplikten og kreditorenes tap.⁶⁷

Det fremgår av juridisk teori at styret kan ha en ”viss optimisme” med hensyn til om den økonomiske situasjonen vil bedre seg innen nær tid.⁶⁸ Det fremgår imidlertid videre at denne optimismen må ha grunnlag i ”konkrete forhold”. Det vil si at styret ikke kan ha en generell optimisme om at egenkapitalen vil gjenopprettes til et forsvarlig nivå uten at det foreligger konkrete holdepunkter for dette.

2.7.4 Forslag til tiltak som ikke blir gjennomført

Dersom generalforsamlingen ikke vedtar de forslagene som styret kommer med, fremgår det av LG-2007-21395 at styret kan bli ansvarlig selv om de har foreslått tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet. For at styret skal unngå ansvar i et slikt tilfelle, må det begjære oppbud eller så må styremedlemmene gå fra sine verv.⁶⁹

⁶³ Andenæs, Aksjeselskaper & allmennaskjeselskaper, s. 425.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

⁶⁶ Jf. også Andenæs, Aksjeselskaper & allmennaskjeselskaper, Oslo 2006 s. 425.

⁶⁷ LB-2013-170795.

⁶⁸ Avsnittet bygger på Kristin Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, Oslo 1994 s. 500.

⁶⁹ LG-2007-21395.

3 EU-rett

3.1 EUs annet selskapsdirektiv artikkel 19

3.1.1 Innledning

Selv om Norge ikke er medlem av EU, innebærer EØS-avtalen, som Norge har sluttet seg til, at EUs regler om det indre marked, med fri flyt av varer, tjenester og kapital kommer til anvendelse for stater i det økonomiske samarbeidsområdet.⁷⁰ EUs annet selskapsdirektiv er ett av flere direktiv på selskapsrettens område som Norge er bundet av på bakgrunn av EØS-avtalen.⁷¹ Annet selskapsdirektiv gjelder imidlertid kun for allmennaksjeselskaper.⁷² Om samme eller en tilsvarende bestemmelse skal tas inn i lovreguleringen for aksjeselskaper er således opp til hver enkelt stat.⁷³ Handleplikten i asl. § 3-5 i tilfelle hvor selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, er et resultat av nasjonal lovgivning, mens tilsvarende handleplikt for allmennaksjeselskaper i asal. § 3-5 følger direkte av direktivet.

3.1.2 Betydelige tap av den tegnede kapital

Det fremgår av EUs annet selskapsdirektiv art. 19 nr. 1 (tidligere art. 17) at “i tilfelle av betydelige tap av den tegnede kapital skal det innkalles til generalforsamling innen en tidsfrist fastsatt i medlemsstatenes lovgivning for å ta stilling til om selskapet skal oppløses eller om det skal treffes andre tiltak”. Som det fremgår av begrepet ”den tegnede kapital”, utløses handleplikten uavhengig av om kapitalen er innbetalt til selskapet eller registrert.⁷⁴

Annet selskapsdirektiv art. 19 nr. 1 innebærer at selskapet må vurdere situasjonen i tilfelle av ”betydelige tap” av aksjekapitalen.⁷⁵ Selskapet plikter i henhold til art. 19 å innkalle til generalforsamling og ”ta stilling til om selskapet skal oppløses eller om det skal treffes andre tiltak”, men bestemmelsen stiller ikke krav til enten å oppløse selskapet eller å treffe andre

⁷⁰ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave, s. 25.

⁷¹ Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave, s. 26 og 27.

⁷² 2012/30/EU

⁷³ Erik Werlauff, Rekonstruktion. Selskabers kapitaltab og genopretning i retlig belysning, København 1992 s. 9.

⁷⁴ Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2. utgave, København 2014 s. 656.

⁷⁵ Paul Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber, 11. utgave, København 2010, s. 247.

tiltak.⁷⁶ Dersom generalforsamlingen beslutter å fortsette driften i selskapet uten å treffe tiltak, eksempelvis basert på gode framtidsutsikter, er ikke dette i strid med direktivet.⁷⁷

Bestemmelsen innebærer således kun en reaksjonsplikt når selskapets aksjekapital er utsatt for ”betydelige tap”.⁷⁸ Generalforsamlingens beslutning kan dermed variere alt fra en uendret videreførelse av driften i selskapet, til en rekonstruksjon med tilførsel av ny kapital eller andre tiltak, og videre til en oppløsning av selskapet.⁷⁹

Videre fremgår det av art. 19 nr. 2 at ”en medlemsstats lovgivning kan ikke fastsette størrelsen av det tapet, som skal anses betydelig i henhold til nr. 1, til mer enn halvparten av den tegnede kapital”. Medlemstatene kan imidlertid fastsette en handleplikt som inntretr på et tidligere tidspunkt, for eksempel når det må antas at en tredjedel av aksjekapitalen er tapt.⁸⁰ EUs annet selskapsdirektiv stiller således kun en ytre ramme for når handleplikten må inntre. De ulike medlemslandene kan fastsette en strengere handleplikt enn hva som følger av direktivet.⁸¹

3.1.3 Frist for innkalling til generalforsamling

Direktivet stiller ikke konkrete krav til fristen for å innkalle til generalforsamling. Det stilles imidlertid krav til at det i den nasjonale lovgivning fastsettes en bestemt frist. Etter art. 19 er det innkalling til generalforsamling som må skje innenfor den angitte fristen i de ulike medlemslandene. Det stilles således ikke krav om at generalforsamlingen skal avholdes innenfor denne fristen.⁸²

⁷⁶ Erik Werlauff, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, 3. utgave, København 2002, s. 291.

⁷⁷ Werlauff, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, s. 291.

⁷⁸ Werlauff, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, s. 290.

⁷⁹ Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber, s. 248.

⁸⁰ Schaumburg-Müller og Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, s. 656.

⁸¹ Werlauff, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, s. 290.

⁸² Jf. også Werlauff, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, s. 290.

4 Svensk rett

4.1 ”Aktiebolagslagen” kapittel 25

4.1.1 Handleplikten for styret i svenske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper

Svensk lovgivning regulerer bestemmelser for styrets handleplikt i ABL kapittel 25, som gjelder både for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det følger av ABL kapittel 25 § 13 nr. 1 at styret plikter å sette opp en særlig mellombalanse dersom det er grunn til å anta at selskapets egenkapital, beregnet etter særlige vurderingsregler i kapittel 25 § 14, er blitt mindre enn halvparten av den registrerte aksjekapitalen. Etter ABL kapittel 25 § 14 skal den særlige mellombalansen i utgangspunktet opprettes i henhold til de balanseførte verdiene av eiendelene, men det fremgår av bestemmelsens nr. 1 at eiendelene kan settes til en høyere reell verdi. Videre fremgår det at denne balansen skal kontrolleres av selskapets revisor. Dersom selskapet har flere revisorer, skal samtlige revisorer kontrollere balansen.⁸³ Hensikten med at balansen skal kontrolleres av revisor er at det skal foreligge en uavhengig bekreftelse på at det ikke er vesentlige feil i mellombalansen.⁸⁴ Hvor selskapet ikke har revisor, kreves det imidlertid ikke at balansen kontrolleres av andre enn styret.⁸⁵

Hva som ligger i ”grunn til å anta” fremgår ikke av forarbeidene.⁸⁶ I forarbeidene til eldre lovgivning fremgår det imidlertid at styret måtte opprette den særlige mellombalansen når det hadde kjennskap til at selskapets økonomi hadde blitt forverret og det var mistanke om at den kritiske grensen var overtrådt.⁸⁷ Dette ville være tilfelle dersom virksomheten har lidd betydelige tap, for eksempel ved at en stor avtale har sviktet eller det er store endringer i markedet som får betydning for virksomheten.⁸⁸ Det fremgår imidlertid av ABL kapittel 8 § 4 annet ledd at styret fortløpende skal bedømme selskapets økonomiske situasjon.

⁸³ Sten Andersson, Svante Johansson og Rolf Skog, Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, Stockholm 2014 s. 25:28.

⁸⁴ Prop. 1990/91: 198 s. 8 og Prop. 2000/01: 150 s. 91.

⁸⁵ Prop. 2009/10: 204 s. 82.

⁸⁶ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:26.

⁸⁷ Prop. 1979/80: 143 s. 186.

⁸⁸ Andersson, mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:26.

Tidspunktet for opprettelsen av mellombalansen er i henhold til ABL kapittel 25 § 13 første ledd ”snarest”. Det fremgår imidlertid av juridisk teori at ordlyden ikke utelukker at det går en viss tid mellom det tidspunkt det oppstår en mistanke om kapitalsvikt og det tidspunkt mellombalansen er ferdig utarbeidet.⁸⁹ Dette har sammenheng med at styret for det første må ha noen dager på å tre sammen og analysere selskapets økonomiske stilling. Videre er det klart at det tar en viss tid å få utarbeidet den særlige mellombalansen. Hvor lang tid styret bør ha på seg for å få opprettet mellombalansen må også ses i sammenheng med hvor kompleks den økonomiske situasjonen er, slik at det vil variere fra selskap til selskap. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det ikke bør bli tale om mer enn et par måneders frist for styret å få opprettet en særlig mellombalanse.

Etter ABL kapittel 25 § 15 skal styret innkalle til en første generalforsamling dersom mellombalansen viser at mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Innkallingen skal utarbeides ”snarest mulig”. Styret har imidlertid rett til å benytte seg av den lengre fristen som loven og selskapets vedtekter fastsetter, maksimalt seks uker, jf. kapittel 7 § 18.⁹⁰ Dersom det skal avholdes ordinær generalforsamlingen innen seks til åtte uker fra revisoren har kontrollert mellombalansen, bør det være tilstrekkelig for styret å legge frem balansen på ordinær generalforsamling i stedet for å måtte innkalle til ekstraordinær generalforsamling.⁹¹

Det fremgår av ABL kapittel 25 § 15 annet ledd at mellombalansen skal legges frem på generalforsamlingen og at selskapets revisor skal gi en uttalelse om denne. Mellombalansen tjener som grunnlag for generalforsamlingens beslutning om styrets forslag til eventuell refinansiering, tilførsel av ny aksjekapital eller avvikling av selskapet, skal vedtas.⁹²

Generalforsamlingen kan imidlertid justere mellombalansen slik at den er i samsvar med forholdene på tidspunktet for generalforsamlingen. Justeringen kan føre til at selskapets egenkapital blir vurdert til et høyere beløp enn den opprinnelige mellombalansen, slik at egenkapitalen overstiger halvparten av aksjekapitalen og den kritiske grensen ikke lenger er overtrådt. I et slikt tilfelle er det nødvendig å skille mellom tre ulike situasjoner.

Den første situasjonen er hvor selskapets egenkapital i følge den særlige mellombalansen har overskredet den kritiske grensen, men hvor selskapet i perioden mellom opprettelsen av

⁸⁹ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:28 og Prop. 2000/01: 150 s. 91 og 188.

⁹⁰ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:37.

⁹¹ Prop. 2000/01: 150 s. 95.

⁹² Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:38.

mellombalansen og generalforsamling har fått en egenkapital som overstiger den registrerte aksjekapitalen.⁹³ Selskapet kan for eksempel ha solgt eiendeler med gevinst eller hatt annen positiv inntjening i denne perioden. I et slikt tilfelle følger det antitetisk av kapittel 25 § 16 at styret ikke plikter å utarbeide en ny mellombalanse eller innkalle til ny generalforsamling.

Det andre tilfellet er hvor det blir klart at selskapets egenkapital aldri har overskredet den kritiske grensen på grunn av ny informasjon om selskapets økonomiske situasjon.⁹⁴ I et slikt tilfelle er det ikke behov for noen ytterligere tiltak. Det hadde da ikke vært nødvendig for styret å innkalle til generalforsamling dersom det hadde hatt korrekte opplysninger fra begynnelsen av.

Det tredje tilfellet er hvor egenkapitalen tidligere har overskredet den kritiske grensen, men er delvis gjenopprettet på tidspunktet for generalforsamlingen, likevel uten at det er full dekning for aksjekapitalen.⁹⁵ I et slikt tilfelle kan selskapet unngå avvikling dersom en ny mellombalanse viser at det er full dekning for egenkapitalen på en ny generalforsamling, jf. kapittel 25 § 16 første ledd og § 17 første ledd nr. 2.

Dersom det ikke er full dekning for aksjekapitalen ved den første generalforsamlingen, har generalforsamlingen to handlingsalternativ.⁹⁶ Generalforsamlingen kan beslutte at selskapet skal avvikles eller beslutte konkrete tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet. Allerede ved den første generalforsamlingen kan generalforsamlingen beslutte at selskapet skal avvikles. Bestemmelsen i ABL kapittel 25 § 16 gjelder hvor generalforsamlingen ikke vedtar avvikling på første generalforsamling.

Hvis generalforsamlingen ikke beslutter avvikling av selskapet, har selskapet en viss tid til å iverksette tiltak for å styrke egenkapitalen i selskapet.⁹⁷ Styret skal i et slikt tilfelle opprette en ny mellombalanse i henhold til ABL kapittel 25 § 16, hvor ny generalforsamling skal avholdes innen åtte måneder fra den første generalforsamlingen. På den andre generalforsamlingen skal generalforsamlingen på nytt ta stilling til om selskapet skal avvikles i henhold til ABL kapittel 25 § 16 første ledd, første setning.

⁹³ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:38.

⁹⁴ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:38.

⁹⁵ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:39.

⁹⁶ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:40.

⁹⁷ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:25.

Hvor det ikke blir avholdt ny generalforsamling eller det ikke foreligger en revisorbekreftet mellombalanse, eller at mellombalansen viser at det ikke er dekning for aksjekapitalen, samtidig som generalforsamlingen ikke vedtar avvikling av selskapet, plikter styret i henhold til kapittel 25 § 17 annet ledd å anmode om at en domstol oppløser selskapet. Denne skal i henhold til § 17 første ledd oppløse selskapet i de nevnte tilfeller.

Det andre handlingsalternativet for generalforsamlingen er å beslutte konkrete tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet.⁹⁸ Dette kan mest praktisk skje ved ytterligere tilførsel av kapital til selskapet, enten fra aksjonærer eller andre. Tilførselen må imidlertid være så stor at egenkapitalen, beregnet etter ABL kapittel 25 § 14, tilsvarer den registrerte aksjekapitalen. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at egenkapitalen overstiger den kritiske grensen på halvparten av den registrerte aksjekapitalen. Hvor selskapet har en registrert aksjekapital som er høyere enn lovens minstekrav til aksjekapital, men mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, foreligger det en andre mulighet for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet. I en slik situasjon kan selskapet nedsette aksjekapitalen til minstekravet til aksjekapital, ved å anvende nedsettelsesbeløpet til dekning av tapet. Etter ABL kapittel 1 § 5 første ledd og § 14 første ledd skal et aksjeselskap/allmennaksjeselskap ha en aksjekapital på henholdsvis minst 50.000 og 500.000 svenske kroner.

Hvor generalforsamlingen har besluttet tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet, skal det i henhold til kapittel 25 § 16 opprettes en ny mellombalanse av styret som også skal kontrolleres av selskapets revisor. Det fremgår videre av denne bestemmelsen at mellombalansen skal legges frem og revisor skal gi en uttalelse vedrørende denne på en ny generalforsamling. Ny generalforsamling må i henhold til § 16 avholdes innen en frist på åtte måneder fra den første generalforsamlingen ble avholdt. Dersom den nye balansen viser at det er full dekning for aksjekapitalen, kan generalforsamlingen beslutte å fortsette driften i selskapet.⁹⁹ Dersom det ikke er full dekning for aksjekapitalen skal generalforsamlingen imidlertid stemme for oppløsning av selskapet.¹⁰⁰

⁹⁸ Avsnittet bygger på Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:41 og Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, Stockholm 2008, s. 100.

⁹⁹ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:42.

¹⁰⁰ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:42.

4.1.2 Erstatningsansvar

Det fremgår av ABL kapittel 25 § 18 første ledd at styret kan bli solidarisk erstatningsansvarlig for selskapets forpliktelser dersom handleplikten i henhold til § 13, § 15 og § 17 ikke blir overholdt. Samtlige styremedlemmer blir solidarisk ansvarlige for selskapets forpliktelser i ansvarsperioden.¹⁰¹ Ansvaret er videre objektivt i den forstand at det ikke er krav til at styremedlemmene har opptrådt uaktsomt, og det er heller ikke krav til årsakssammenheng mellom kreditorenes tap og unnlåtelsen av handleplikten.¹⁰² Det fremgår imidlertid av ABL kapittel 25 § 18 tredje ledd at dersom et styremedlem kan bevise at han/hun ikke har opptrådt ”forsømmelig”, fritas vedkommende for ansvar. Det er med andre ord rom for en individuell vurdering vedrørende fritak for ansvar.

Hensynet bak slike strenge erstatningsregler for styret i aksjeselskaper er å tvinge frem nødvendige tiltak for gjenoppretting av egenkapitalen eller oppløsning av selskapet, slik at virksomheten ikke drives for kreditorenes regning.¹⁰³

4.2 Sammenhengen mellom svensk og norsk lovgivning på området

Den svenske aksjeloven har gjennomgående strengere regler for å sikre selskapskapitalen og kreditorene enn hva vi har i norsk aksjelovgivning.¹⁰⁴ Bestemmelsene om styrets handleplikt i ABL kapittel 25 skiller seg på flere områder fra de norske bestemmelsene. De vesentlige forskjellene relaterer seg til at det i svensk lovgivning stilles krav til en revisorbekreftet mellombalanse og at det er større fokus på vurderingen av om selskapet skal oppløses. Videre kreves det at styret skal anmode en domstol om å oppløse selskapet i de tilfeller som nevnt under punkt 4.1.1 avsnitt 11. Dette til forskjell fra norsk lovgivning som kun stiller krav om at styret skal foreslå selskapet oppløst i de tilfeller hvor selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital og ”styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak... eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre”.

Erstatningsansvaret er også strengere i svensk lovgivning da samtlige styremedlemmer blir solidarisk ansvarlige for selskapets forpliktelser i ansvarsperioden, uavhengig av om de har

¹⁰¹ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 23.

¹⁰² Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 24 og 28.

¹⁰³ Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 23.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 69.

opptrådt uaktsomt. I norsk lovgivning er imidlertid erstatningsansvaret individuelt, og det må påvises uaktsomhet for å kunne idømme ansvar. Ytterligere er ikke handleplikten i svensk lovgivning knyttet opp mot krav til forsvarlig egenkapital slik det er i norsk aksjelovgivning.

Både norsk og svensk lovgivning vedrørende styrets handleplikt stiller imidlertid krav til at styret må behandle saken når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Videre må styret i henhold til de norske og svenske bestemmelser om styrets handleplikt innkalle til generalforsamling, hvor styret eventuelt må foreslå tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet.

Hovedformålet med både de norske og svenske reglene om styres handleplikt er å hindre at virksomheten drives for kreditorenes regning.¹⁰⁵ Forskjellen er imidlertid at de norske reglene i større grad synes å ta hensyn til aksjeeiernes interesse i å gjenopprette en forsvarlig egenkapital i selskapet.¹⁰⁶

¹⁰⁵ NOU 1992: 29 s. 37 og Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 20 og 21.

¹⁰⁶ NOU 1996: 3 s. 38 og Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 20 og 21.

5 Dansk rett

5.1 ”Selskabsloven” § 119

5.1.1 Handleplikten for styret i danske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper

I dansk lovgivning reguleres styrets handleplikt av SL § 119, som gjelder både for aksjeselskaper (i Danmark kalt anpartsselskaber) og allmennaksjeselskaper (i Danmark kalt aktieselskaber). Det fremgår av SL § 119 at styrets handleplikt utløses i tilfeller hvor egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Bestemmelsen stiller krav til at generalforsamling avholdes innenfor en frist på seks måneder etter at det er konstatert at mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Dersom den ordinære generalforsamlingen skal avholdes innen denne fristen, er det ikke nødvendig å innkalle til ekstraordinær generalforsamling.¹⁰⁷ Videre følger det av bestemmelsen at styret på generalforsamlingen skal redegjøre for selskapets økonomiske situasjon og vurdere om det er nødvendig å foreslå tiltak, herunder om selskapet må oppløses.

Handleplikten i dansk aksjelovgivning knytter seg ikke direkte til krav om forsvarlig egenkapital, men det fremgår av SL § 115 nr. 5 at styret plikter å påse at selskapets egenkapital ”til enhver tid” er forsvarlig, herunder at selskapet har forsvarlig likviditet. Videre fremgår det av bestemmelsen at styret således plikter ”til enhver tid” å vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet. Ettersom handleplikten i SL § 119 er knyttet opp mot at styret må vurdere om det er nødvendig å foreslå tiltak, vil det etter min oppfatning være naturlig å se disse bestemmelsene i sammenheng, slik at det vil være nødvendig å foreslå tiltak dersom selskapets egenkapital ikke er forsvarlig.

5.1.2 Erstatningsansvar

Erstatningsansvaret for styremedlemmer i danske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper ved unnlattelse av handleplikten er et individuelt ansvar, som følger av den alminnelige culpa-

¹⁰⁷ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 2. Kapitalselskaber, 3. utgave, København 2011, s. 322.

regelen i SL § 361.¹⁰⁸ Det vil si at unnlattelse av handleplikten i seg selv ikke automatisk fører til erstatningsansvar for styremedlemmene ovenfor kreditorene.¹⁰⁹ Det må foretas en konkret vurdering av styrets opptreden i hvert enkelt tilfelle. Dersom styrets beslutning om fortsettelse av virksomheten må regnes som uaktsom, vil det kunne foreligge et erstatningsansvar for styremedlemmene. Det fremgår også av SL § 367 at overtredelse av blant annet § 119 straffes med bøter.

5.2 Sammenhengen mellom dansk og norsk lovgivning på området

Den danske bestemmelsen om styrets handleplikt er etter min oppfatning materielt sett tilnærmet lik de tilsvarende bestemmelsene vi har i norsk aksjelovgivning. Både norsk og dansk lovgivning på området stiller krav til at generalforsamlingen skal innkalles når selskapets egenkapital utgjør mindre enn halvparten av aksjekapitalen. I den danske selskapsloven er det i likhet med asal. § 3-5 fastsatt en frist på seks måneder, mens det for norske aksjeselskaper gjelder en frist på ”innen rimelig tid” å innkalle til generalforsamling. I henhold til dansk lovgivning må generalforsamlingen holdes innenfor fristen på seks måneder, mens styret ifølge norsk lovgivning må innkalle til generalforsamling innenfor fristen. Dansk rett på området er her strengere enn tilsvarende bestemmelser i norsk lovgivning, da SL § 119 stiller krav til å avholde generalforsamling innenfor fristen.

I likhet med de norske bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 skal styret i henhold til SL § 119 redegjøre for selskapets økonomiske stilling på generalforsamlingen. Etter SL § 119 skal styret om nødvendig (”om fornødent”) foreslå tiltak som skal treffes, mens etter de norske bestemmelsene i asl./asal. § 3-5 skal styret foreslå tiltak dersom egenkapitalen er ikke er ”forsvarlig”. Etter mitt syn vil det være nødvendig å foreslå tiltak dersom egenkapitalen ikke er forsvarlig, slik at bestemmelsenes innhold er tilnærmet likt, selv om ordlyden er forskjellig. Det fremgår også av SL § 115 som nevnt en plikt for styret til å påse at egenkapitalen ”til enhver tid” er forsvarlig, hvilket er naturlig å knytte opp mot vurderingen av om det er nødvendig for styret å foreslå tiltak.

¹⁰⁸ Jan Schans Christensen, Selskapsloven med kommentarer, København 2012, s. 374.

¹⁰⁹ Avsnittet bygger på Hansen og Krenchel, Dansk selskabsret 2, Kapitalselskaber, s. 323.

Bestemmelsen stiller i likhet med de norske bestemmelsene kun krav til en reaksjonsplikt for styret. Det foreligger således ingen plikt til å iverksette tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet dersom denne må anses forsvarlig. Det foreligger heller ingen plikt til å avvikle selskapet i norsk eller dansk aksjelovgivning.¹¹⁰ Styret plikter imidlertid i henhold til asl./asal. § 3-5 og SL § 119 å anbefale at selskapet oppløses i visse tilfeller. Forskjellen mellom norsk og dansk lovgivning på dette området er at asl./asal. § 3-5 oppstiller konkrete holdepunkter for når styret skal foreslå at selskapet oppløses. Etter asl./asal. § 3-5 skal styret foreslå selskapet oppløst hvor selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital og ”styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak... eller slikte tiltak ikke lar seg gjennomføre”. Dette til forskjell fra SL § 119 hvor det kun fremgår at styret om nødvendig må vurdere om selskapet skal oppløses, når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt.

¹¹⁰ Jf. også Schaumburg-Müller og Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, s. 656 og 657.

6 De lege ferenda

6.1 Hensyn

En god lovbestemmelse bør etter min vurdering ha en fin balanse mellom å være tydelig og klar, men likevel med et visst rom for skjønn. Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret ut fra forholdene, men like tilfeller skal behandles likt. For å oppnå dette, bør ikke bestemmelsen være for skjønnsmessig utformet. Når det gjelder bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5, er det viktig for styremedlemmene med forutberegnelighet slik at de vet hva som kreves av dem for å unngå å komme i erstatningsansvar, hvilket taler for at bestemmelsen skal være konkret. Hensynet til kreditorene taler for at det skal være et strengt ansvar. Samfunnsinteresser som behov for arbeidsplasser og lignende kan imidlertid tale for at det er berettiget for selskapet, innenfor et begrenset tidsrom, å drive virksomheten videre med risiko for ytterligere tap.¹¹¹

6.2 Selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen

6.2.1 EUs annet selskapsdirektiv

EUs annet selskapsdirektiv art. 19 stiller krav til handleplikt for allmennaksjeselskaper. Vurderingen av om handleplikt som utløses når selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen er hensiktsmessig, vil dermed kun gjelde bestemmelsen i asl. § 3-5, da asal. § 3-5 uansett ikke kan endres på dette punktet som følge av direktivet. Ettersom bestemmelsene om styrets handleplikt i aksjeloven og allmennaksjeloven er utformet identisk, med unntak av fristen for å innkalle til generalforsamling, sier imidlertid annet selskapsdirektiv også noe om bestemmelsen i asl. § 3-5.

Handleplikten etter annet selskapsdirektiv art. 19 begrenser seg til å ”ta stilling til” om selskapet skal oppløses eller om det skal treffes andre tiltak. Bestemmelsen krever således ikke at det skal treffes tiltak, men det må vurderes om det er behov for å treffe tiltak for å

¹¹¹ NOU 1992: 29 s. 39.

gjenopprette egenkapitalen i selskapet når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt.¹¹² Dette direktivet gjelder som nevnt kun for allmennaksjeselskaper, slik at det er opp til nasjonal lovgivning å vedta om bestemmelsen også skal få anvendelse for aksjeselskaper.¹¹³ Likevel kan det være en fordel å ha samme regler for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, og videre å ha like regler som medlemslandene av EU.

6.2.2 Lovgivningen i Sverige og Danmark

Selv om bestemmelsene om styrets handleplikt i svensk og dansk aksjelovgivning begge bygger på EUs annet selskapsdirektiv art. 19, er disse utformet svært forskjellig i de to landene. I aksjelovgivningen i begge landene blir handleplikten i aksjeselskaper utløst når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, selv om EU kun stiller krav til en slik handleplikt for allmennaksjeselskaper. Svensk lovgivning på området er imidlertid strengere enn dansk rett. Det vil si at uansett hvordan departementet på bakgrunn av Aksjelovutvalgets innstilling velger å utforme bestemmelsene, vil det ikke være harmoni mellom lovgivningen i de nordiske landene. Videre er det mer naturlig for Sverige og Danmark å oppstille samme kriterier for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper da begge selskapsformer i disse landene er regulert i samme lov og bestemmelse.

6.2.3 Minstekravet til størrelsen på aksjekapitalen i aksjeselskaper

Det fremgår av lovforarbeidene at minstekravet til størrelsen på aksjekapitalen ikke kan anses å ha særlig stor betydning for om kreditorene skal få dekket sine krav.¹¹⁴ Videre fremgår det at kravet til forsvarlig egenkapital er av større betydning i denne forbindelse.¹¹⁵ Det at minstekravet til størrelsen på aksjekapitalen i aksjeselskaper ble redusert fra kr. 100.000 til kr. 30.000 fra og med 2012 taler også etter min oppfatning for et strengere krav til forsvarlig egenkapital. Bestemmelsen om styrets handleplikt som inntreffer når halvparten av aksjekapitalen er tapt, mister etter mitt syn noe av sin funksjon når minstekravet til aksjekapital er satt ned. I selskaper hvor aksjekapitalen er på minstekravet vil mer enn halvparten av aksjekapitalen være tapt allerede ved et udekket tap på mer enn kr. 15.000. Dette til forskjell fra når minstekravet til aksjekapitalen var på kr. 100.000 der mer enn

¹¹² Werlauff, EU-Selskapsret. 28 staters fælles virksomhedsret, s. 291.

¹¹³ Jf. også Werlauff, Rekonstruktion, s. 9.

¹¹⁴ Prop. 148 L (2010-2011) s. 19.

¹¹⁵ Prop. 148 L (2010-2011) s. 19.

halvparten av aksjekapitalen var tapt ved et udekket tap på mer enn kr. 50.000. Et tap på mer enn kr. 15.000 kan virke uvesentlig, og det kan dermed være lite hensiktsmessig å ha krav til handleplikt i et slikt tilfelle.

6.2.4 Uhensiktsmessig å relatere handleplikten til tidspunktet når det må antas at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen

Uavhengig av aksjekapitalens størrelse, vil det i enkelte tilfeller være uhensiktsmessig at kravet til handleplikt utløses når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt.¹¹⁶ I lovforarbeidene fremgår det at det er uhensiktsmessig kun å se på aksjekapitalens størrelse som forutsetning for hva som utløser handleplikten, da denne ikke sier noe om egenkapitalen er forsvarlig ut fra risikoen og omfanget av virksomheten. Lindskog kritiserer også i sin bok ”Kapitalbrist i Aktiebolag” at handleplikten aktualiseres i tilfelle hvor mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Lindskog påpeker i likhet med departementet at formelle kriterier for kritisk kapitalmangel ikke hensyntar hvilken egenkapital som må anses forsvarlig ut fra selskapets virksomhet. Et selskap trenger ikke nødvendigvis å være dårlig økonomisk stilt ved at mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt.

Ved forsvarlighetsvurderingen må en i henhold til asl. § 3-5 se på risikoen og omfanget av den aktuelle virksomhet. Videre følger det av forarbeidene at en må se på egenkapitalen i et lengre tidsperspektiv¹¹⁷. For å ta stilling til om selskapet er i en kritisk økonomisk situasjon, slik at det er risiko for at kreditorenes krav ikke blir dekket, må en videre se på ulike forhold knyttet til situasjonen i virksomheten. Dette kan for eksempel være om selskapsgjelden er kortsiktig eller langsiktig, om virksomheten er veletablert eller i en oppstartfase, om det er markedssvingninger for denne type virksomhet eller om virksomheten er utsatt for sesongsvingninger. Virksomheten kan for eksempel være sesongbetont og i en lavsesongperiode, men hvor inntjening og positive resultat vil føre til at egenkapitalen vil gjenopprettes i høysesongen. Videre kan det være tale om en virksomhet med markedssvingninger som vil kunne rette seg innen rimelig tid. Dette kan tale for at handleplikt som inntreffer når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt ikke er hensiktsmessig. På den annen side fremgår det av forarbeidene at det må være rom for en viss fleksibilitet angående

¹¹⁶ Avsnittet bygger på NOU 1992: 29 s. 39 og Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 16.

¹¹⁷ Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

selskaper som er utsatt for markedssvingninger hvilket tilsier at lovregelen likevel kan være hensiktsmessig.

6.2.5 Selskaper i en oppstartsfase

Selskaper i en oppstartsfase stilles også i en særposisjon.¹¹⁸ Dersom selskaper i oppstartsfasen skal rette seg etter handleplikten som inntreer når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, vil flere selskaper sannsynlig måtte innkalle til generalforsamling allerede første dag virksomheten starter opp. Selskaper i etableringsfasen vil ofte måtte bruke av aksjekapitalen til utgifter i forbindelse med oppstart av selskapet, samtidig som selskapet ofte innen rimelig tid vil gjenopprette egenkapitalen når virksomheten begynner å generere overskudd. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at reglene ikke bør praktiseres for strengt og at det må være rom for en viss fleksibilitet med hensyn til selskaper i en etableringsfase.

6.2.6 Kapitalnedsettelse

Hvor handleplikten utløses av at mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, vil det for eksempel i svensk lovgivning være tilstrekkelig å nedsette aksjekapitalen i tilfelle hvor dette er mulig, slik at egenkapitalen ikke lenger utgjør mindre enn halvparten av aksjekapitalen.¹¹⁹ En slik endring av forholdet mellom egenkapital og aksjekapital ved kapitalnedsettelse tilfører ikke selskapet noen midler og vil således ikke sette kreditorene i en bedre posisjon.¹²⁰ Det vil kun være en endring på papiret, og er dermed ikke hensiktsmessig ovenfor kreditorene som bestemmelsen skal beskytte. Etter mitt syn kan dette tale for at handleplikt som inntreer når halvparten av aksjekapitalen er tapt er lite hensiktsmessig. I norsk rett vil en imidlertid ikke unngå handleplikten ved å nedsette aksjekapitalen da det uansett stilles krav til handleplikt i tilfelle hvor egenkapitalen ikke er forsvarlig.

6.2.7 Begrenset handleplikt

Når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, begrenses handleplikten i norsk rett til å innkalle til generalforsamling og ”gi den en redegjørelse om den økonomiske situasjonen”.¹²¹ Dersom egenkapitalen i et slikt tilfelle likevel er å anse som forsvarlig, plikter ikke styret å

¹¹⁸ Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

¹¹⁹ Andersson mfl., Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III, s. 25:41.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

¹²¹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

foreslå konkrete tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet.¹²² Etersom styret ikke plikter å foreslå konkrete tiltak i et slik tilfelle, er bestemmelsen om styrets handleplikt i asl. § 3-5 som utløses når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, for så vidt hensiktsmessig.

Det fremgår av asl. § 6-12 tredje ledd og § 3-4 at styret kontinuerlig har en plikt til å påse at egenkapitalen er forsvarlig. Styret plikter således til enhver tid å vurdere om selskapets egenkapital er forsvarlig, uavhengig av bestemmelsen i § 3-5 om styrets handleplikt, når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Det kan imidlertid være formålstjenlig å ha konkrete og konstaterbare kriterier som gjør styret oppmerksom på den økonomiske situasjonen for å vurdere om egenkapitalen er forsvarlig. Det fremgår av forarbeidene at den skjønsmessige bestemmelsen om styrets handleplikt som aktualiseres når egenkapitalen ikke kan anses forsvarlig, bør suppleres med ”mer konkrete pliktregler som i større grad knyttes til objektive kriterier”.¹²³ Videre fremgår det at departementet i mangel av bedre egnede kriterier, valgte å innføre handleplikt når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, i samsvar med lovgivningen i EU, Sverige og Danmark. Det følger imidlertid av forarbeidene at departementet var noe i tvil om å innføre handleplikt i et slikt tilfelle, men at hensynet til kreditorene tilsa at en handleplikt for styret burde aktualiseres ut fra konkrete og objektive kriterier. Lovforarbeidene viser også til at reglene ikke bør være for strenge og at det bør gis tilstrekkelig fleksibilitet, samtidig som man bør ha klare og konkrete kriterier for når handleplikten inntreffer. Dette taler for at handleplikten som aktualiseres når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, er hensiktsmessig og bør fortsatt bli stående i bestemmelsen om styrets handleplikt i asl. § 3-5.

I LB-2013-170795 har retten tolket bestemmelsen slik at i tilfelle hvor mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, er egenkapitalen automatisk å regne som uforsvarlig.¹²⁴ Dette er etter mitt syn en feil tolkning av bestemmelsen, og kan tyde på at bestemmelsen ikke er klar nok slik den er utformet i dag. Det fremgår imidlertid klart av forarbeidene at i tilfelle hvor mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, begrenses handleplikten til å innkalle til generalforsamling og gi en redegjørelse av den økonomiske situasjonen.¹²⁵ Styret har ikke noen plikt til å foreslå tiltak i en slik situasjon dersom selskapets egenkapital likevel må anses forsvarlig. Det følger også av formålet med bestemmelsen, som er å opprettholde en

¹²² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

¹²³ Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

¹²⁴ LB-2013-170795 III Lagmannsrettens vurderinger, 2. Rettslige utgangspunkter.

¹²⁵ Avsnittet bygger på Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

forsvarlig egenkapital i selskapet, at det er lite hensiktsmessig å foreslå tiltak i en situasjon hvor selskapet allerede har en forsvarlig egenkapital. Etter min vurdering er bestemmelsen om styrets handleplikt klar på dette punktet, og det synes derfor ikke å være behov for endring i ordlyden vedrørende dette forholdet.

6.3 Selskapets egenkapital er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen og omfanget av virksomheten

Etter mitt syn er de norske bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 som aktualiseres når egenkapitalen er ”lavere enn forsvarlig ut fra risikoen og omfanget av virksomheten” mer hensiktsmessige enn tilsvarende bestemmelser i EU, Sverige og Danmark. Når handleplikten aktualiseres i en slik situasjon, vil den rette seg mot hvordan den økonomiske situasjonen er i selskapet ut fra dets omfang og risiko. Det kan imidlertid innvendes mot denne ordlyden at den er lite konkret og det kan være vanskelig å bedømme om egenkapitalen er å anse som ”forsvarlig”. Forsvarlighetsvurderingen er imidlertid en rettslig standard som kan endre innhold over tid, hvor rettspraksis er viktig for tolkningen. Det fremgår av lovforarbeidene om kravet til forsvarlig egenkapital at ”det kanskje viktigste er 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”.¹²⁶ Selv om ordlyden ”forsvarlig” er lite konkret, gir det nettopp styret en påminnelse og oppfordring til å vurdere om selskapets egenkapital er forsvarlig.

At forsvarlighetsvurderingen knyttes opp mot selskapets risiko og omfang konkretiserer også vurderingen noe. Det fremgår av lovforarbeidene at en virksomhet som er risikoutsatt bør ha et bedre egenkapitalgrunnlag enn virksomhet som har en liten tapsrisiko.¹²⁷ Hva gjelder omfang fremgår det av forarbeidene at dersom selskapet ekspanderer, bør egenkapitalgrunnlaget økes i tråd med ekspansjonen. Videre følger det av forarbeidene at det ved forsvarlighetsvurderingen må tas hensyn til om selskapet er i en oppstartsfase eller om det er veletablert. Selskaper i en oppstartsfase kan ha en lav egenkapital som likevel vil være forsvarlig inntil selskapet kommer i en normal driftssituasjon.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

¹²⁷ Avsnittet bygger på NOU 1996: 3 s. 146.

Ideelt sett burde ordlyden ”lavere enn forsvarlig” konkretiseres mer. Det synes imidlertid vanskelig å konkretisere forsvarlighetsvurderingen, da dette nettopp er en situasjonsbetinget helhetsvurdering som vil variere fra selskap til selskap. Forsvarlighetsvurderingen vil videre også kunne variere over tid i tråd med samfunnsutviklingen. Etter min oppfatning er forsvarlighetsvurderingen ikke så vag når den knyttes opp mot selskapets risiko og omfang. Videre fremgår det av lovforarbeidene og juridisk teori flere momenter som gir holdepunkter for om en egenkapital er å regne som forsvarlig. Det er klart at en lovtekst generelt må suppleres med flere rettskilder for å forstå hele innholdet av bestemmelsen. Det er heller ikke ønskelig med lange lovtekster hvor hele innholdet av bestemmelsen blir regulert i selve loven. I et slikt tilfelle ville det være lite rom for skjønn. Etter min vurdering er bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 som inntreer når egenkapitalen er lavere enn forsvarlig hensiktsmessige, og det bør ikke foretas endringer i bestemmelsene vedrørende dette forholdet.

6.4 Likviditet

En svakhet med nåværende bestemmelser om styrets handleplikt er at forsvarlig likviditet ikke er tatt inn i asl./asal. § 3-5, slik som det stilles krav til i asl./asal. § 3-4. Selskapet plikter etter § 3-4 å ha en forsvarlig likviditet. For å oppnå bedre sikkerhet av at dette følges opp, bør imidlertid krav til forsvarlig likviditet også tas inn i § 3-5, slik at det knytter seg en handleplikt til de situasjoner hvor selskapet ikke oppfyller kravet til forsvarlig likviditet. På den annen side kan dette, i likhet med krav til handleplikt når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt, være problematisk i forhold til selskaper i en oppstartsfase og selskaper som er utsatt for markedssvingninger.¹²⁸ Det bør derfor stilles krav til at styret påser at det utarbeides likviditetsbudsjett for å få en oversikt over den fremtidige likviditetsmessige situasjonen i selskapet. Et slikt budsjett vil vise om likviditetsproblemet er kortsiktig eller langsiktig. Dersom det er et kortsiktig likviditetsproblem kan selskapet for eksempel vurdere ulike driftskreditter slik at det vil ha evne til å betale løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller.

Det fremgår imidlertid av asl./asal. § 6-12 annet ledd at styret plikter i nødvendig utstrekning å fastsette budsjetter for selskapets virksomhet. Det bør likevel presiseres i bestemmelsen om

¹²⁸ Prop. 111 L (2012-2013) s. 76.

styrets handleplikt at styret plikter å få utarbeidet likviditetsbudsjett når det må antas at selskapet ikke har en forsvarlig likviditet.

6.5 Frist for å innkalle til generalforsamling

Fristen i asl./asal. § 3-5 for å innkalle til generalforsamling ”innen rimelig tid” er etter mitt syn meget skjønnsmessig og bør konkretiseres. Det fremgår heller ikke av lovforarbeidene mer konkret hva som ligger i ”innen rimelig tid”, annet enn at styret må få tid til å få oversikt over den økonomiske situasjonen.¹²⁹ For allmennaksjeselskaper gjelder det etter asal. § 3-5 i tillegg en frist på innen seks måneder å innkalle generalforsamling ”hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen”. Denne fristen følger som nevnt direkte av EUs annet selskapsdirektiv art. 19 nr. 1, som stiller krav til at det i nasjonal lovgivning fastsettes en bestemt frist. For allmennaksjeselskaper bør det settes en frist på innen rimelig tid og senest innen seks måneder til å innkalle generalforsamling i tilfelle hvor det må antas at egenkapitalen ikke er forsvarlig også, slik at det settes samme frist i de to ulike situasjonene som utløser handleplikten.

Hva gjelder aksjeselskaper er det enklere for disse å få oversikt over på den økonomiske situasjonen, hvilket taler for at det bør for aksjeselskapers del settes en kortere frist enn seks måneder som er fristen for allmennaksjeselskaper. Det kan imidlertid innvendes mot dette at ”innen rimelig tid” er kortere enn seks måneder, likevel er dette så skjønnsmessig utformet at det burde legges til senest innen et visst antall måneder. Etter dansk rett er fristen for å avholde generalforsamling seks måneder for både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper i henhold til SL § 119. Fristen for å innkalle til generalforsamling bør være kortere enn fristen for å avholde generalforsamling. I svensk aksjelovgivning opereres det også med en kortere frist for styret til å opprette en mellombalanse (to måneder) og til å innkalle til første generalforsamling (seks uker etter opprettelsen av mellombalansen), hvilket tilsier at det bør settes en kortere frist også i Norge. Hvorvidt fristen bør settes til ”innen rimelig tid og senest innen...” for eksempel fire, fem eller seks måneder tar jeg ikke stilling til, men det bør etter mitt syn fastsettes en bestemt frist.

En annen svakhet med bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 relatert til fristen for å innkalle til generalforsamling, er at det ikke går klart frem om styret har en

¹²⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 53.

ubetinget plikt til å innkalle til generalforsamling eller om de kan vente ”innen rimelig tid”. Formålet med at fristen er ”innen rimelig tid” er som nevnt at styret skal få tilstrekkelig tid til å få en oversikt over den økonomiske situasjonen i selskapet. Dersom styret avdekker at selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital slik at det må foreslå tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet, må det først vurdere om det kan iverksette tiltak innen deres eget kompetanseområde, som for eksempel refinansiering av lån. Dersom styret ikke kan iverksette tiltak på egenhånd, må det innkalle til generalforsamling og foreslå tiltak. Dette gjelder også dersom de eventuelle iverksatte tiltak ikke var i stand til å gjenopprette egenkapitalen i selskapet til et forsvarlig nivå. I et slikt tilfelle hvor styret har fått en oversikt over den økonomiske situasjonen og kommet frem til at generalforsamlingen må innkalles, er det etter min vurdering klart at styret ikke kan vente med å innkalle til generalforsamling. På dette tidspunkt må det sies å være en ubetinget plikt for styret til å innkalle generalforsamlingen. Det gjelder også en ubetinget plikt til å innkalle til generalforsamling når mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. At det er en ubetinget plikt til å innkalle til generalforsamling på dette tidspunktet bør etter mitt syn gå klarere frem av lovteksten i asl./asal. § 3-5.

6.6 Hvor ofte må styret innkalle til generalforsamling?

Bestemmelsene om styrets handleplikt regulerer ikke hvor ofte styret plikter å innkalle til generalforsamling. I en situasjon hvor styret i henhold til asl./asal. § 3-5 har behandlet spørsmålet om selskapets økonomiske forhold, innkalt til generalforsamling og iverksatt tiltak, men selskapets egenkapital aldri ble forsvarlig, regulerer verken lovbestemmelsen eller forarbeidene når styret plikter å innkalle til ny generalforsamling. Det fremgår imidlertid av asl./asal. § 3-4 og § 3-5 at selskapet ”til enhver tid” skal ha en egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra selskapets risiko og omfang, samt at styret ”straks” skal behandle saken dersom det må antas at selskapets egenkapital er ”lavere enn forsvarlig”. Etter min vurdering er lovteksten klar nok på dette punktet. Det må foretas en løpende vurdering av om egenkapitalen i selskapet er forsvarlig. Dersom det ”må antas” at den ikke er det, plikter styret på nytt å behandle saken, herunder få en oversikt over den økonomiske situasjonen og innkalle til generalforsamling i tilfelle hvor de ikke kan iverksette tiltak på egenhånd. Etter mitt syn foreligger det ikke behov for å endre lovbestemmelsen på dette punktet. Plikten til å

begjære oppbud i strl. § 407 vil også komme inn dersom den økonomiske situasjonen forverrer seg slik at selskapet er å anse som insolvent.

6.7 Plikt til å få opprettet en bekreftet mellombalanse

Etter mitt syn er plikten til å få opprettet en bekreftet mellombalanse, som det stilles krav til i Sverige, for så vidt hensiktsmessig, da dette gir styret en betryggende oversikt over selskapets økonomiske situasjon der og da. Det fremgår imidlertid av høringsinstansenes syn i forarbeidene til den norske lovgivningen på området at en plikt for styret til å få opprettet en særlig mellombalanse basert på de balanseførte verdiene av eiendelene ikke gir en god oversikt over selskapets økonomiske situasjon.¹³⁰ Videre fremgår det at er ”uforholdsmessig kostbart og tidkrevende å overvåke selskapets økonomi ved hjelp av mellombalanser”.¹³¹ Jeg kan imidlertid ikke se at de balanseførte verdiene ikke gir en god oversikt over den økonomiske situasjonen da dette er et grunnlag for å vurdere de reelle verdiene i balansen.

Det er klart at det kan være noe kostbart å få en revisor til å bekrefte mellombalansen. Det kan være et uforholdsmessig krav at styret skal få opprettet en bekreftet mellombalanse når selskapet allerede er i en dårlig økonomisk situasjon. På den annen side kan det være nødvendig med en revisorbekreftet balanse for å sikre at tallene i balansen er korrekte. Videre skal handleplikten i asl./asal. § 3-5 inntre på et tidligere tidspunkt enn plikten til å begjære oppbud i strl. § 407, hvilket tilsier at den økonomiske situasjonen er dårlig, men at selskapet ikke er å regne som insolvent. Selskapet bør derfor kunne prioritere bruken av midler til å få utarbeidet en slik bekreftet mellombalanse.

Hva gjelder spørsmålet om det er tidkrevende å få utarbeidet en bekreftet mellombalanse, velger styret selv om de vil gå ut fra de balanseførte verdiene av eiendelene eller om det skal ta stilling til eiendelenes reelle verdier. Dersom styret ønsker å utarbeide mellombalansen på bakgrunn av de reelle verdiene av eiendelene, vil dette være mer tidkrevende enn å utarbeide balansen på bakgrunn av de balanseførte verdiene. Dersom det må antas at eiendelene har en høyere reell verdi, ønsker styret normalt å ta utgangspunkt i disse verdiene, men siden styret ikke plikter å ta utgangspunkt i reell verdi kan det ikke sies å være uforholdsmessig tidkrevende for styret å få utarbeidet en slik særlig mellombalanse.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 70.

¹³¹ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 70.

På den annen side plikter selskapet i henhold til bfl. § 4, § 5 og § 7 å ha et betryggende regnskapssystem som sikrer korrekt bokføring av inntekter og kostnader i riktig tidsperiode. Regnskapsrapportering skal i henhold til § 5 foreligge ”ikke sjeldnere enn hver fjerde måned”. Det er imidlertid naturlig at det foreligger regnskapsrapportering annenhver måned i forbindelse med merverdiavgiftstermin i henhold til mval. § 15-2 for merverdiavgiftsregistrerte selskaper. Videre plikter daglig leder i henhold til asl./asal. § 6-15 første ledd å ”gi styret en underretning selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling” minimum ”hver fjerde måned”. Under forutsetning av at dette er på plass, er det etter mitt syn mindre behov for en revisorbekreftet mellombalanse. Det er imidlertid ikke krav til at det periodiske regnskapet bekreftes av revisor, og det kan således være en risiko for at det foreligger feil i perioderegnskapet som ikke blir oppdaget. Det kan også tenkes at det vil være enklere å få til en refinansiering gjennom banken med en revisorbekreftet mellombalanse da denne gir økt sikkerhet for at informasjonen i regnskapet ikke inneholder vesentlige feil.

Selv om det etter min vurdering i enkelte tilfeller vil være hensiktsmessig å stille krav til en revisorbekreftet mellombalanse, vil det bli uforholdsmessig tungvint og kostnadskrevende dersom en kontinuerlig har plikt til å opprette slike mellombalanser. Det er på det rene at handleplikten for styret kan inntre flere ganger, og når selskapet allerede er i en dårlig økonomisk situasjon, synes det ikke hensiktsmessig å kreve en revisorbekreftet mellombalanse. Risikoen for at styret vil kunne komme i en situasjon hvor det plikter å opprette flere bekreftede mellombalanser, veier etter mitt syn tungt for at det ikke bør oppstilles en slik plikt for styret i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

6.8 Plikt til å oppløse selskapet

En plikt for generalforsamlingen til å stemme for oppløsning av selskapet i tilfelle hvor det ikke er dekning for aksjekapitalen, slik som det stilles krav til i Sverige, synes etter min oppfatning å være streng og lite hensiktsmessig. Lindskog kritiserer i sin bok ”Kapitalbrist i aktiebolag” at resultatet blir avvikling av selskapet dersom handleplikten ikke oppfylles.¹³² Ifølge Lindskog er ikke avvikling av selskapet nødvendigvis ønskelig for kreditorene. Dette har sammenheng med at det ved en oppløsning er fare for at verdier forsvinner fra selskapet da det er en risiko for å ikke oppnå full markedsverdi for eiendelene som må selges, slik at kreditorene ikke får full dekning for sine krav. Det vil dermed være mer lønnsomt for

¹³² Avsnittet bygger på Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, s. 16.

kreditorene å gi selskapet tilstrekkelig tid til å treffe tiltak for om mulig gjenopprette egenkapitalen i selskapet. Jeg slutter meg til denne kritikken og etter min oppfatning bør dermed en plikt til å oppløse selskapet ikke tas inn i bestemmelsen om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5. EUs annet selskapsdirektiv art. 19 stiller heller ikke krav til å oppløse selskapet, kun en plikt til å "ta stilling til" om selskapet skal oppløses. Dette taler for at en plikt til å oppløse selskapet ikke bør tas inn i bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5.

6.9 Opprettholdelse eller fratredelse av styreverv

Bestemmelsen om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 regulerer ikke hvorvidt styret kan fortsette i sine verv eller om de må fratse sine styreverv dersom de ikke oppfyller handleplikten. Det fremgår imidlertid av rettspraksis at styremedlemmene kan bli erstatningsansvarlig dersom de ikke går fra sine styreverv i de tilfeller hvor de har foreslått tiltak for å gjenopprette egenkapitalen i selskapet og generalforsamlingen ikke har vedtatt disse.¹³³ Etter min oppfatning må det være opp til det enkelte styremedlem om det ønsker å fortsette i sitt styreverv eller om det på bakgrunn av situasjonen ønsker å fratse sitt verv. Det synes derfor ikke behov for å regulere dette i bestemmelsen om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5.

6.10 Erstatningsansvar

En svakhet med bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 er at styremedlemmenes erstatningsansvar ikke er regulert i disse lovbestemmelsene. Styremedlemmenes erstatningsansvar dersom de ikke overholder sin handleplikt, følger som nevnt av den alminnelige erstatningsregel i asl./asal. § 17-1. Det bør imidlertid etter mitt syn tas inn erstatningsansvar også i bestemmelsene om styrets handleplikt for at styremedlemmene skal være klar over at de kan bli erstatningsansvarlige dersom de ikke overholder handleplikten. Dette vil gjøre styret særlig oppmerksom på ansvaret og det kan tenkes at styret da vil rette mer fokus på handleplikten. I svensk lovgivning har de også som nevnt en spesiell erstatningsregel i forhold til styrets handleplikt. Denne går imidlertid mye lenger enn hva som etter mitt syn bør kreves av styremedlemmene da den illegger objektivt

¹³³ LG-2007-21395.

solidarisk erstatningsansvar for styremedlemmene, uavhengig av om det er årsakssammenheng mellom kreditorenes tap og unnlåtelsen av handleplikten. Det bør etter min vurdering tas inn i bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 at styret kan bli erstatningsansvarlige dersom de ikke overholder handleplikten, men det bør være rom for en individuell vurdering av styremedlemmene og det bør påvises uaktsomhet og årsakssammenheng for å idømme styremedlemmene ansvar.

6.11 Konklusjon

Etter min oppfatning synes bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5 i det vesentlige å være hensiktsmessige slik de er utformet i dag. På bakgrunn av de vurderinger som er foretatt i dette kapittelet kan det imidlertid være grunnlag for å vedta enkelte lovendringer. Det bør i begge bestemmelsene innføres handleplikt for styret når selskapet ikke har en forsvarlig likviditet, herunder plikt til å få utarbeidet et likviditetsbudsjett. Videre bør fristen for å innkalle til generalforsamling i asl. § 3-5 endres fra ”innen rimelig tid” til ”innen rimelig tid og senest innen...” et visst antall måneder, slik at fristen blir mer konkret. Fristen i asal. § 3-5 til å innkalle til generalforsamling hvor egenkapitalen ikke er forsvarlig bør også endres fra ”innen rimelig tid” til ”innen rimelig tid og senest innen seks måneder”. Det bør også fremgå klarere i begge bestemmelsene at styret har en ubetinget plikt til å innkalle til generalforsamling når styret har fått en oversikt over den økonomiske situasjonen og har avdekket at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig eller at mer enn halvparten av aksjekapitalen er tapt. Endelig bør det tas inn et erstatningsansvar for styremedlemmene i bestemmelsene om styrets handleplikt i asl./asal. § 3-5, men det bør fremgå at ansvaret er individuelt, og at det må påvises uaktsomhet for å kunne idømme ansvar.

Litteraturliste med forkortelser

Lover

Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 22. desember 1995 nr. 80 om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper mv. (EØS-tilpasning).

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven), forkortet til asl.

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), forkortet til asal.

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap (regnskapsloven), forkortet til rskl.

Lov 19. november 2004 nr. 73 om bokføring (bokføringsloven), forkortet til bfl.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven), forkortet til strl.

Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven), forkortet til mval.

Utenlandske lover

Lov 16. juni 2005 nr. 551 om aktiebolag (aktiebolagslagen), forkortet til ABL.

Lov 14. september 2015 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), forkortet til SL.

Direktiver

Annet rådsdirektiv 13. desember 1976 (annet selskapsdirektiv), 77/91/EØF.

Europa-parlamentet og rådets direktiv 25. oktober 2012, 2012/30/EU.

Norske lovforarbeider

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper.

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen.

Prop. 148 L (2010-2011) Endringer i aksjeloven med videre.

Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen med videre.

Svenske lovforarbeider

Prop. 1979/80: 143 Med förslag till ny lagstiftning om handelsbolag med mer.

Prop. 1990/91: 198 Om ändringar i aktiebolagslagen med mer.

Prop 2000/01: 150 Likvidation av aktiebolag med mer.

Prop 2009/10: 204 En frivillig revision.

Dommer

Rt-1991-119.

Rt-1996-672.

LA-2007-37537.

LG-2007-21395.

LB-2013-170795.

Bøker

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone og Skåre, Jan, Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave, 3. utgave (Oslo 2012).

Aarum, Kristin Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper (Oslo 1994).

Andenæs, Mads Henry, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper (Oslo 2006).

Andersen, Paul Krüger, Aktie- og anpartsselskabsret, Kapitalselskaber, 11. utgave (København 2010).

Andersson, Sten, Johansson, Svante og Skog, Rolf, Aktiebolagslagen. En kommentar. Del III (Stockholm 2014).

Bråthen, Tore, Selskapsrett, 4. utgave (Oslo 2013).

Christensen, Jan Schans, Selskabsloven med kommentarer (København 2012).

Hansen, Søren Friis og Krenchel, Jens Valdemar, Dansk selskabsret 2, kapitalselskaber, 3. Utgave (København 2011).

Lindskog, Stefan, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till 25 kap. 13-20 §§ ABL (Stockholm 2008).

Müller, Peer Schaumburg og Werlauff, Erik, Selskabsloven med kommentarer 2. utgave (København 2014).

Werlauff, Erik, EU-Selskabsret. 28 staters fælles virksomhedsret, 3. utgave (København 2002).

Werlauff, Erik, Rekonstruktion. Selskabers kapitaltab og genopretning i retlig belysning (København 1992).

Woxholth, Geir, Selskapsrett, 5. utgave (Oslo 2014).

Artikler

Bråthen, Tore, Forsvarlig egenkapital, Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse, 5/2001.

Internett

Chimaera Regnskapshjelp, Forsvarlig egenkapital, mars 2014.

<http://regnskapshjelp.no/fagstoff/forsvarlig-egenkapital/>

E-conomic, Goodwill - Hva er goodwill?

<https://www.e-conomic.no/regnskapsprogram/ordliste/goodwill>

Nylund, Jan, Forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper, Visma blogg, Regnskap & skatt, november 2012.

<http://www.visma.no/blogg/%EF%BB%BFforsvarlig-egenkapital-i-aksjeselskaper/>

Regjeringens hjemmeside, Mandat til ekspertutvalg for evaluering av aksjeloven og allmennaksjeloven.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/ec1ee28b250348d984465067388d4a60/kgl.res---aksjelovutvalg---vedlegg-1---mandat.pdf>