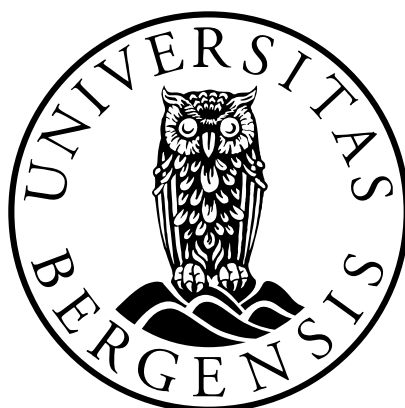


Styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5

Med særlig henblikk på tidsaspektet

Kandidatnummer: 4

Antall ord: 14 956



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Presentasjon av tema	3
1.2	Aktualitet og kontekst	4
1.3	Hensyn.....	5
1.4	Problemstilling og metode	7
1.5	Rettskilder	8
1.6	Avgrensning	9
1.7	Begrepsavklaring.....	10
1.7.1	Egenkapital.....	10
1.7.2	Aksjekapital.....	11
1.7.3	Likviditet	11
2	Generelt om styret i aksjeselskap.....	12
3	Aksjeloven § 3-4.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Vilkår.....	15
3.2.1	Selskapet.....	15
3.2.2	Enhver tid	16
3.2.3	Egenkapital og likviditet	17
3.2.4	Forsvarlig	19
4	Styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5.....	22
4.1	Innledning.....	22
4.2	Handlepliktens innhold.....	23
4.2.1	Plikten til å behandle saken	23
4.2.2	Plikten til å innkalle generalforsamlingen.....	26
4.2.3	Plikten til å foreslå selskapet oppløst	28
5	Handlepliktens tidsaspekt.....	29
5.1	Innledning.....	29
5.2	Handlepliktens inntreden.....	30
5.3	Plikten til å innkalle generalforsamlingen.....	34
5.3.1	Selskapets omstendigheter	36
5.3.2	Kompleksitet	37
5.3.3	Øvre grense.....	38

5.3.4	Utgangspunktet for vurderingen.....	39
5.3.5	Noen prinsipielle betraktninger.....	39
5.4	Plikten til å foreslå selskapet oppløst.....	41
6	Bortfall av handleplikten.....	43
7	Følgene av brudd på handleplikten.....	44
7.1	Innledning.....	44
7.2	Straffansvaret i § 19-1.....	45
7.3	Erstatningsansvaret i § 17-1.....	46
7.4	Betydningen av konkurs for ansvar.....	47
8	Avsluttende bemerkninger.....	48
	Litteraturliste.....	50
	Vedlegg.....	54

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Det følger av aksjeloven § 1-2 at aksjeeierne ikke hefter overfor kreditorene for selskapets forpliktelser. Denne ansvarsbegrensningen er som regel utgangspunktet for valget av aksjeselskap som selskapsform ved opprettelse av virksomhet. For å avbøte på eventuelt uheldige konsekvenser av ansvarsbegrensningen, er det et fokus på hvordan kreditors interesser kan ivaretas.

Tidligere ble det antatt at kravet til minimum aksjekapital ved opprettelse av selskap var en tilstrekkelig sikkerhet for kreditor. I praksis har det ikke vært slik, og senere år har det vært enighet om at aksjekapitalen i realiteten ikke gir mye sikkerhet for kreditor.¹ For å legge til rette for et konkurransedyktig næringsliv er det sentralt å ha kreditorer som ønsker å gi kreditt og kredittskapende lovbestemmelser anses fordelaktig. Det er riktignok opp til finansinstitusjonene selv om de ønsker å gi et selskap lån og/eller annen kreditt, men lovgiver kan med fordel forsøke å fasilitere for slik virksomhet.

I en stadig mer globalisert verden er det mulig å starte opp virksomhet utenlands og deretter drive sin forretningsvirksomhet i Norge.² Som et resultat av den internasjonale konkurransen har stadig flere land senket kravet til minste aksjekapital.³ Det samme har skjedd i Norge, og i et slikt «race against the bottom» er det ikke umulig vi i fremtiden vil se en ytterligere reduksjon i kravet til aksjekapital.^{4,5}

Utviklingen av kravet til aksjekapital har medført at det må ses hen til andre mekanismer for å ivareta kreditorene og dermed stimulere til kredittgivning. I dette øyemed er aksjelovens bestemmelser i §§ 3-4 og 3-5 ment å fungere som et sterkt vern av selskapskreditorene. Aksjeloven § 3-4 stiller krav om at selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig, ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten.

¹ Prop. 148 L (2010-2011) s. 18

² EU-domstolens sak C-212/97 *Centros*

³ NOU 2016: 22 s. 11

⁴ Se endringsloven av 16. desember 2011 nr. 63

⁵ Jf. drøftelsen omkring aksjekapital i NOU 2016: 22 s. 9-10 og 62 flg.

Forsvarlighetskravet er i forarbeidene ansett som et bedre vern av kreditorene enn kravet til minste aksjekapital, og vies stadig større oppmerksomhet i praksis.⁶

Dersom egenkapitalen går under det som etter § 3-4 er forsvarlig pålegges styret etter aksjeloven § 3-5 en plikt til enten å foreslå tiltak for å gjenopprette en forsvarlig egenkapital eller å foreslå selskapet oppløst. Bestemmelsen skal både ivareta kreditorer ved at styret kan holdes ansvarlig ved brudd på handleplikten, men er også ment som en trygghet for aksjeeiere fordi den pålegger styret en plikt til å sørge for forsvarlig drift av selskapet.⁷

I denne avhandlingen vil jeg drøfte styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5 med særlig henblikk på tidsaspektet i bestemmelsen. Tidsaspektet i handleplikten er sentralt fordi rask handling kan minimere tap og gjøre det lettere å gjenopprette forsvarlig drift, slik at styret unngår ansvar.⁸ Dersom styret gis for lang tid til å handle vil dette kunne skade kreditors, aksjeeiers og øvriges interesser, for eksempel ved at selskapet kan slås konkurs, etter konkursloven § 60. Avhandlingen vil derfor se nærmere på fire spørsmål knyttet til tidsaspektet i styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5.

De fire sentrale problemstillingene som skal drøftes i det følgende er når styrets handleplikt inntrer, hva styret plikter å gjøre til hvilken tid, når handleplikten opphører og hvilke konsekvenser brudd på handleplikten kan medføre.

1.2 Aktualitet og kontekst

Det er en økende tendens til at det ved konkurs oftere oppstår tvist om styremedlemmer kan stilles erstatningsansvarlig overfor kreditor, aksjeeier eller andre som har lidd tap som følge av konkursen. Siden årtusenskiftet er antall styreansvarssaker i norske domstoler mangedoblet.⁹ Ifølge advokat Olav Fr. Perland kan noe av grunnen til økningen skyldes at lovgivningen nå klarere definerer styrets plikter. Videre sier Perland at det i dag forventes mer av styret fordi styrevervene er blitt mye mer operative som følge av de tilhørende plikter.¹⁰

⁶ NOU 2016: 22 s. 62 flg.

⁷ Jf. asl. § 17-1 og § 19-1

⁸ Jf. asl. §§ 17-1 og 19-1

⁹ «-Sakene som havner i retten, er bare toppen av isfjellet», Sysla (2018)

¹⁰ Ibid

I tillegg til at styret får flere definerte plikter med tilsvarende forventning om økt aktivitet, blir det også stadig flere aksjeselskaper. I 2009 var det i Norge registrert 211 069 aksjeselskaper og til sammenligning var det ved inngangen til 2019 registrert 320 091 aksjeselskaper.¹¹ Ifølge SSB var det pr 8. mars 2019, totalt 615 654 styreverv i norske aksjeselskaper.¹² Disse styrevervene var fordelt på 314 554 personer som hver har mellom 1 og 100+ styreroller.¹³ Hele 207 731 av styrerepresentanter hadde bare én styrerolle, mens 106 823 hadde to eller flere styreroller. Antallet personer med flere enn fire styreroller var 31 780 og antallet personer med flere enn ti styreroller var 5389.¹⁴

Følgelig var det rett i overkant av 10% av styrerepresentanter i norske aksjeselskap som hadde flere enn fire styreroller og bare 1,7 % hadde flere enn ti styreroller. Til sammenligning hadde 66 %, eller to av tre, styrerepresentanter i norske aksjeselskaper bare en styrerolle. Det er rimelig å anta at de som har flere styreverv også har større kunnskap om styrerollen sammenlignet med de styrerepresentantene med bare ett styreverv. I forlengelsen er det, etter mitt syn, også en forsvarlig antagelse at ikke alle er like kjent med de plikter som påhviler styrets medlemmer, samt hvilke konsekvenser det kan få dersom man ikke skjøtter styrerollen sin tilfredsstillende.¹⁵

1.3 Hensyn

Aksjelovens bestemmelser må leses på bakgrunn av at de forsøker å avveie de kryssende hensyn og interesser som tilligger ulike grupper.¹⁶ Det er særlig balanseringen av hensynet til aksjeeier og hensynet til kreditor som gjør seg gjeldende i relasjon til aksjeloven § 3-5. Dette er de to hovedhensynene bak kravet om forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt ved tap av egenkapital, men også øvrige hensyn bør få betydning for tolkningen.

¹¹ Jf. vedlagt tabell 1

¹² Jf. vedlagt tabell 2

¹³ Inkluderer 1234 styreverv i allmennaksjeselskaper, jf. vedlagt tabell 2, men oversikten er likevel godt egnet til å illustrere poenget

¹⁴ Jf. vedlagt tabell 3

¹⁵ Jf. kapittel 7

¹⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 14

Aksjeeier trenger på sin side å være trygg på at selskapets interesser ivaretas på en forsvarlig måte uten at de trenger å involvere seg i den daglige driften. Dette gjelder særlig for store aksjeselskap med flere eiere, men også i små aksjeselskap er det viktig at aksjeeier føler seg trygg på forvaltningen av selskapet. Aksjeeieren har tross alt investert penger i selskapet med det mål å få avkastning på investeringen. I små selskaper er hensynet til aksjeeier viktig fordi selskapet som regel styres av noen av eierne og ved tvist må aksjeeierne utenfor styret kunne være trygge på at selskapet fortsatt er gjenstand for forsvarlig forvaltning. At aksjeeier opplever sine hensyn som ivaretatt av loven kan derfor virke konfliktdepende. I større selskaper er hensynet til aksjeeier viktig fordi ikke alle aksjeeiere kan få plass i styret, men de må også kunne være trygge på at styret forvalter selskapet på en forsvarlig måte. På denne måten er det lettere for selskapet å tiltrekke seg investorer som kan være interessert i å kjøpe seg inn i selskapet og dermed tilføre selskapet kapital. Ved å ivareta hensynet til aksjeeiere kan det også være lettere for potensielle gründere å starte opp, fordi investorenes interesser ivaretas av lovens bestemmelser.

Kreditorer må også hensyntas ved vurdering etter aksjeloven § 3-5. Utgangspunktet for hele aksjeselskapsretten er, som nevnt, at aksjeeiere ikke er ansvarlig for større del enn den summen de investerer i selskapet gjennom aksjekapitalen. For å motvirke potensielt uheldige følger av ansvarsbegrensningen, er det viktig at det tas hensyn til kreditorene ved tolkingen av bestemmelsene. Det er svært sjeldent at kreditorer tar plass i debitors styre og for at kreditor skal være villig til å gi lån, er det viktig at hensynet til kreditor ivaretas av lovens bestemmelser.

Uforsvarlig lav egenkapital, med den risiko for insolvens en slik situasjon medfører, får ikke bare følger for aksjeeier og kreditor. Det er derfor viktig også å ta hensyn til potensielle ringvirkninger og konsekvenser ved vurderingen av handlepliktens tidsaspekt. En konkurs får også følger for de ansatte, samarbeidspartnere, medkontrahtenter og i verste fall et helt lokalsamfunn. Dette er hensyn som etter mitt skjønn må ivaretas, og som medfører at det bør stilles et strengt krav til styret om å gjøre det de kan for å redde selskapet, før de eventuelt kaster kortene og melder oppbud.

Aksjelovens forarbeider har særlig trukket frem at det er en lovgiveroppgave å avveie de motstridende hensyn i aksjeloven.¹⁷ Som særlig viktig fremheves avveiningen av hensynet til kreditor og hensynet til nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv.¹⁸

I tillegg til de ovennevnte hensynene er det også grunn til å ta hensyn til styremedlemmene. Dette faller etter mitt skjønn naturlig inn under hensynet til nyetableringer og konkurransedyktig næringsliv. Ofte må gründere selv sitte i selskapets styre og av og til henvender gründere eller aksjeeiere seg til venner for å fylle styret.¹⁹ For at ikke reglene om styrearbeid skal oppleves som så skremmende at potensielle styremedlemmer vegrer seg for å bidra, kan det etter mitt syn også være nødvendig å ta hensyn til disse i tolkingen av aksjelovens bestemmelser.

1.4 Problemstilling og metode

Avhandlingens hovedtema er å gjøre rede for tidsaspektet i aksjeloven § 3-5, som oppstiller styrets handleplikt dersom et selskaps egenkapital går under det som anses som forsvarlig.²⁰ De særlige problemstillinger det skal redegjøres for er når styrets handleplikt inntreffer, hva styret plikter å gjøre til hvilken tid i prosessen, når handleplikten eventuelt måtte opphøre og endelig hvilke konsekvenser brudd på handleplikten kan medføre.

Problemstillingen vil besvares ved bruk av alminnelig juridisk metode; Med utgangspunkt i den alminnelige rettskildelæren vil jeg presentere bestemmelsen, utpensle vilkårene og på denne måten forsøke å uttrykke gjeldende rett. For å besvare problemstillingen vil det også aktivt ses hen til de hensyn som gjør seg gjeldende for forretningslivet. Til sist vil jeg i de avsluttende bemerkningene sammenholde noen av avhandlingens funn og komme med noen betraktninger de lege ferenda.

¹⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 14

¹⁸ Ibid

¹⁹ Jf. asl. § 6-1

²⁰ Jf. asl. § 3-4

1.5 Rettskilder

Utgangspunktet for avhandlingen er styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5. Lovtekstens ordlyd gir et naturlig utgangspunkt for drøftelsene, men den er svært skjønnspreget. Det vil derfor være nødvendig å aktivt bruke det øvrige rettskildebildet for å besvare avhandlingens problemstillinger.

Aksjeloven § 3-4 oppstiller krav om forsvarlig egenkapital og likviditet og har en naturlig sammenheng med handleplikten i § 3-5 ved at den danner utgangspunktet for handleplikten.²¹ Handleplikten anses som en spesifisering av styrets forvaltningsansvar og det er derfor hensiktsmessig å se til de generelle reglene om styrets forvaltnings- og tilsynsansvar i aksjeloven §§ 6-12 flg.

Lovens forarbeider bidrar med viktige presiseringer, utdypninger og eksempler. De forarbeider det ses hen til i løpet av avhandlingen er Ot.prp. nr. 36 (1993-1994), Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) *Om lov om aksjeselskaper*, Prop. 111 L (2012-2013), Prop. 112 L (2016-2017), Prop. 100 L (2017-2018) samt NOU 1992: 29 *Lov om aksjeselskaper*, NOU 1996: 3 *Ny aksjelovgivning* og NOU 2016: 22 *Aksjelovgivning for økt verdiskaping*.

NOU 1992: 29 *Lov om aksjeselskaper* var resultatet etter at aksjelovgruppen, ledet av Magnus Aarbakke, ble nedsatt av Justisdepartementet i 1989 for å revidere aksjeloven av 1976. Aksjelovgruppens utredning resulterte i at Justisdepartementet fremmet forslag til ny aksjelov.²² Proposisjonen ble sendt tilbake til regjeringen med beskjed om å legge frem forslag til to nye lover, én for aksjeselskap og én for allmennaksjeselskap, innen utgangen av 1996.²³ Dermed ble det nedsatt et nytt lovutvalg, ledet av Erling Selvig, som endte i utredningen NOU 1996: 3 *Ny aksjelovgivning*. Utredningen ble lagt frem 1. mars 1996 og som følge av utredningen sendte justisdepartementet en ny proposisjon til Stortinget.²⁴ Proposisjonen var basert på NOUen fra 1996 og Odelstingsproposisjonen fra 1993-1994 og resulterte i Lov om aksjeselskaper og Lov om allmennaksjeselskaper. Av den grunn har alle de nevnte forarbeidene rettskildemessig verdi i relasjon til dagens aksjelov. De nyere

²¹ Jf. kapittel 5

²² Ot.prp. nr. 36 (1993-1994)

²³ Innst.O.nr. 45 (1994-1995)

²⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

forarbeidene som er nevnt har alle innebåret endringer i aksjeloven som er relevante for avhandlingen.

Av høyesterettspraksis er det primært én sentral høyesterettsdom som tar for seg problemstillingen omkring kravet til forsvarlig egenkapital etter aksjeloven § 3-4. Den såkalte Håheller-dommen fra 2016 omhandler et erstatningskrav framsatt av utleier mot eierne av et aksjeselskap som leide deler av utleiers eiendom for å drive næringsvirksomhet. Leierne var frifunnet i lagmannsretten, men Høyesteretts flertall kom til at selskapet ikke oppfylte kravene til egenkapital og lagmannsrettens dom ble opphevet. Dommen er publisert som HR-2016-1440-A og vil brukes i avhandlingens gjennomgang av aksjeloven § 3-4.

Saksøker i Håheller-dommen anfører også aksjeloven § 3-5 som ansvarsgrunnlag for erstatning, men dette blir ikke nevnt av hverken flertallet eller mindretallet i domspremissene. Forøvrig har jeg ikke funnet høyesterettspraksis direkte om styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5. Jeg har endog funnet noe underrettspraksis som vil trekkes inn i avhandlingens gjennomgang av aksjeloven § 3-5. Underrettspraksis har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig verdi og vil kun brukes som støtte til argumentasjonsrekker der Høyesterett ikke har avklart rettstilstanden.

Det er også nødvendig å se hen til øvrige kilder for å utpensle innholdet i bestemmelsene og svare på avhandlingens problemstillinger. Av juridisk teori vil både lærebøker og artikler brukes i besvarelsen.

1.6 Avgrensning

Aksjeloven og allmennaksjelovens bestemmelser er, så langt det lar seg gjøre, samsvarende i innhold og nummerering. For at avhandlingen skal kunne gi svar på de ovennevnte problemstillinger innenfor de gjeldende rammer avgrenses det mot de parallelle bestemmelsene i allmennaksjeloven.²⁵ Dette er dels på grunn av allmennaksjelovens begrensede virkeområde, 213 allmennaksjeselskap pr 8. mars 2019.²⁶ Dels at aksjeloven er endret slik at det tidligere vilkåret om at handleplikten inntrådte dersom egenkapitalen gikk

²⁵ Asal. § 3-4 og § 3-5

²⁶ Jf. vedlagt tabell 1

under halvparten av aksjekapitalen ble fjernet ved lovendring i 2017.²⁷ Endringsforslaget hadde navnet «modernisering og forenkling» og gjaldt både aksjeloven og allmennaksjeloven, men på grunn av EU-direktiv 2012/30/EU artikkel 19 kunne ikke den nevnte endringen gjennomføres i allmennaksjeselskapsloven.

Videre vil det bidra oppklarende å se hen til de generelle reglene om styrets forvaltningsansvar i §§ 6-12 flg. Disse vil dog bare behandles i den utstrekning de er nødvendige for å belyse handleplikten etter § 3-5.

Det vil også være nødvendig å se på ansvarsbestemmelsene i aksjeloven §§ 17-1 og 19-1, men disse behandles helt overfladisk og bare i relasjon til aksjeloven § 3-5. Det avgrenses ytterligere mot ansvar styremedlemmer kan pådra seg etter øvrige regler.

1.7 Begrepsavklaring

1.7.1 Egenkapital

Det foreligger ingen legaldefinisjon for vilkåret «egenkapital», men aksjeloven bygger på et alminnelig anerkjent syn om at et selskaps egenkapital er uttrykk for verdien av selskapets eiendeler fratrukket selskapets gjeld.²⁸ Begrepet har en selskapsrettslig og en regnskapsrettslig side. Selskapsrettslig utgjør et selskaps egenkapital dets nettoformue, som tilsvarende det beløpet aksjeeierne ville fått utbetalt ved likvidasjon av selskapet, såkalt likvidasjonsutbytte.²⁹ Regnskapsrettslig følger det av regnskapslovens bestemmelse om balanseføring i § 6-2, at oppstillingen av et selskaps egenkapital skal bestå av egenkapital med fradrag av gjeld. Oppstillingen i regnskapsloven deler egenkapitalen opp i innskutt og opptjent egenkapital.³⁰ Som innskutt egenkapital regnes selskapskapitalen i form av det aksjeinnskudd som gjøres i selskapet, samt eventuell tilførsel av kapital gjennom kapitalforhøyelse. I tillegg kommer

²⁷ Lov av 16. juni 2017

²⁸ Woxholth (2018) s. 165

²⁹ Jf. asl. § 16-9

³⁰ Jf. rskl. § 6-2 C

overkurs og annen innskutt egenkapital.³¹ Som opptjent egenkapital i aksjeselskap regnes alt hva selskapet selv har opptjent under drift, herunder fond og annen egenkapital.³²

1.7.2 Aksjekapital

Av aksjeloven § 3-1 første ledd følger det at et aksjeselskap skal ha en aksjekapital på minst 30.000 norske kroner. Dette er en minimumsgrense og aksjekapitalen kan derfor være større. Selskapets aksjekapital tilsvarende pålydende for alle selskapets aksjer ved selskapsopprettelsen. Regnskapsrettslig anses aksjekapitalen som innskutt egenkapital. Selskapsrettslig utgjør aksjekapitalen, sammen med fond for urealiserte gevinster og fond for vurderingsforskjeller, den bundne egenkapitalen og kan i utgangspunktet ikke disponeres fritt, men skal anvendes for å finansiere selskapets virksomhet.³³

1.7.3 Likviditet

I tillegg til forsvarlig egenkapital oppstiller aksjeloven § 3-4 krav om forsvarlig likviditet. Kravet om forsvarlig likviditet ble tilføyet ved lov 14. juni 2013 nr. 40, og det ble uttalt i forarbeidene at lovendringen primært ville ha en pedagogisk betydning.³⁴ Følgelig skulle ikke endringen i lovens ordlyd medføre noen realitetsendring. Begrepet likviditet brukes til å beskrive selskapets betalingsevne og kjøpekraft. Likviditeten beregnes ut fra mengden kontanter og lett omsettelige midler som selskapet besitter og er et uttrykk for selskapets evne til å gjøre opp for sine kortsiktige betalingsforpliktelser.³⁵

1.8 Videre fremdrift

For å gi en introduksjon til avhandlingens problemstillinger vil det i kapittel 2 gjøres rede for generelle aspekter ved styrets arbeid og funksjon i aksjeselskap. I kapittel 3 vil det gjøres rede for forsvarlighetskravet i aksjeloven § 3-4 og vilkårets relasjon til § 3-5. Kapittel 4 vil redegjøre for innholdet i styrets handleplikt etter § 3-5 og kapittel 5 omhandler avhandlingens sentrale tema: tidsaspektet i bestemmelsen. I kapittel 6 vil det gjøres rede for opphør av

³¹ Jf. rskl. § 6-2 C I

³² Jf. rskl. § 6-2 C II

³³ Jf. asl. kapittel 8

³⁴ Prop. 111 L (2012-2013) s. 76-77

³⁵ Jf. kkl. § 61

handleplikten og i kapittel 7 redegjøres det for de følger brudd på handleplikten kan få for styremedlem. Endelig vil det i kapittel 8 komme med noen avsluttende bemerkninger til avhandlingens tema.

2 Generelt om styret i aksjeselskap

Ethvert aksjeselskap plikter etter aksjeloven § 6-1 å ha et styre med ett eller flere medlemmer. Styrets myndighet, oppgaver og ansvar etter aksjeloven er vidtgående og følger av bestemmelsene i aksjeloven §§ 6-12 flg. Aksjeloven sonrer mellom styrets forvaltningsansvar og styrets tilsynsansvar.

Forvaltningsansvaret følger av § 6-12, mens tilsynsansvaret følger av § 6-13. Styret er etter § 6-12 selskapets alminnelige forvaltningsorgan og bestemmelsens første ledd pålegger styret å sørge for forsvarlig organisering av virksomheten. Styrets forvaltningsansvar innebærer å sørge for at virksomheten er i samsvar med lovgivningen og selskapets vedtekter, samt følge opp vedtak som treffes av generalforsamlingen. I tillegg skal styrets forvaltning være lojal overfor målsettingen om å opprettholde selskapskapitalen og sikre aksjeeierne maksimalt økonomisk utbytte på sin investering. Det kreves også at styrets forretningsmessige avgjørelser er forsvarlige, dette gjelder både saksbehandlingen og innholdet av de beslutninger som treffes.³⁶ Forvaltningsansvaret innbefatter også en plikt for styret til å påse at selskapet oppfyller vilkåret om forsvarlig egenkapital, som konkretisert i bestemmelsene i aksjeloven § 3-4 og § 3-5. I praksis avgrenses styrets forvaltningsansvar bare mot de øvrige selskapsorganenes myndighet, slik at styret har den restkompetanse som er igjen når myndigheten ikke konkret er tillagt daglig ledelse, bedriftsforsamlingen eller generalforsamlingen.

Styrets tilsynsansvar følger av aksjeloven § 6-13 og pålegger styret et ansvar for å føre tilsyn med de andres handlinger og unnlaterer i forbindelse med forvaltningen. I praksis gjelder dette ansvaret de oppgaver som ligger under den daglige ledelsen og administrasjonen

³⁶ Woxholth (2018) s. 216 flg.

forøvrig.³⁷ For at styret skal kunne utøve sitt forvaltnings- og tilsynsansvar er de gitt en alminnelig instruksjons og omgjøringsrett overfor beslutninger tatt i den daglige ledelsen.³⁸

Dersom selskapet ikke har en daglig leder er det styret som har ansvar for den daglige driften, jf. aksjeloven § 6-14. Dersom selskapet har en daglig leder, plikter vedkommende å gi styret underretning om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling minst hver fjerde måned, jf. aksjeloven § 6-15 første ledd. I tillegg kan styret, eller det enkelte styremedlem, til enhver tid kreve at daglig leder gir styret en nærmere redegjørelse om bestemte saker, jf. § 6-15 annet ledd.

Hvert enkelt styremedlem har selvstendig ansvar for sin deltakelse i styret. Aksjelovens bestemmelser om styrets forvaltnings- og tilsynsplikt retter seg mot «styret» som kollegial enhet eller «styrets leder» som enkeltperson. Etter aksjeloven § 3-5 er det styret som kollegial enhet som plikter å handle ved uforsvarlig egenkapital, og ingen enkeltstående styremedlem vil kunne oppfylle handleplikten alene. Likevel vil et eventuelt ansvar etter aksjeloven §§ 17-1 eller 19-1 være individuelt og rette seg mot det enkelte styremedlem sine handlinger.³⁹

3 Aksjeloven § 3-4

3.1 Innledning

Forsvarlighetskravet i aksjeloven § 3-4 er sentralt for å klarlegge flere sider av tidsaspektet etter § 3-5. Det er derfor hensiktsmessig å gjøre rede for denne vurderingen før presentasjonen av handleplikten.

Bestemmelsen i aksjeloven § 3-4 oppstiller i utgangspunktet et krav om forsvarlig egenkapital og likviditet og lyder:

³⁷ Woxholth (2018) s. 216

³⁸ Woxholth (2018) s. 219

³⁹ Jf. kapittel 7

«Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.»

Et slikt krav om forsvarlig egenkapital var ikke lovfestet før aksjeloven ble vedtatt i 1997. Det kan imidlertid se ut til at det også gjaldt et forbud mot underkapitalisering før dagens lov. I høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) ble det vurdert om selskapet var underkapitalisert, til tross for at aksjekapitalen tilsvarte datidens minstenivå. Kravet var på den tid 50 000 kroner og til dette uttalte førstvoterende at dersom det var eneste egenkapital ville det være «åpenbart [...] utilstrekkelig».⁴⁰ Morselskapet hadde imidlertid skutt inn et ansvarlig lån i selskapet og dette ble medregnet i vurderingen av kapitaliseringen og retten kom til at selskapet ikke var underkapitalisert. Med aksjeloven av 1997 kom forbudet mot underkapitalisering uttrykkelig fram med kravet om at selskapet til enhver tid må ha forsvarlig egenkapital ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten.

I 2013 ble bestemmelsen utvidet til også å kreve at likviditeten skal være forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Utvidelsen var ikke ment å innebære noen realitetsendring, men presiseringen hang sammen med oppmyking av reglene omkring aksjekapital og utbytte.⁴¹

Etter sin ordlyd setter bestemmelsen en terskelverdi for ethvert aksjeselskaps egenkapital og likviditet. Den krever at egenkapitalen og likviditeten i aksjeselskapet til enhver tid skal være «forsvarlig». Hva som er «forsvarlig» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle og for å avgjøre om kravet til forsvarlighet er oppfylt skal egenkapitalen og likviditeten vurderes opp mot «risikoen ved og omfanget av virksomheten» i selskapet. Forsvarlighetskravet må være oppfylt «til enhver tid» og oppstiller dermed et krav om en kontinuerlig vurdering, det vil likevel være mest praktisk å trekke inn forsvarlighetsvurderingen ved større transaksjoner, utover de som er nødvendig for selskapets daglige drift.

Det følger av forarbeidene 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. En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt

⁴⁰ Rt. 1996 s. 672

⁴¹ Prop. 111 L (2012-2013) s. 76

innebygget i hele systemet, men det har etter departementets syn en egenverdi at kravet fremgår av loven [...] videre vil en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlige egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav mot ledelsen [...] dersom ledelsen ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte [...]. En del av aksjegruppens begrunnelse for regelen er nettopp at det så langt har vist seg vanskelig å vinne frem med erstatningskrav i praksis fordi loven bare i beskjeden grad inneholder regler om egenkapitalens størrelse.»⁴²

Sitatet kan forstås som en presisering av selskapsledelsens ansvar overfor aksjeeierne. Andre steder i forarbeidene uttrykkes det at det underliggende formål med forsvarlighetskravet og styrets handleplikt er å verne selskapets kreditorer.⁴³

Bestemmelsen er, som det følger av de siterte forarbeidene, utformet som en rettslig standard og hva som anses som forsvarlig vil følgelig kunne endres med tiden, i takt med endringer i forretningslivet eller samfunnet forøvrig. Eksempelvis kan forretningslivet og samfunnet i oppgangstider være villige til å ta større risiko med hensyn til hva som anses som forsvarlig, enn i en tid preget av konkurser og økonomisk nedgang. Dette vil spille inn på hvilke disposisjoner som anses som forsvarlig etter aksjeloven § 3-4. Ved å utforme regelen om forsvarlig egenkapital som en rettslig standard vil bestemmelsen derfor ikke måtte endres som følge av konjunktursvingninger eller øvrige endringer i den økonomiske situasjon.

Det redegjøres i det følgende kort for bestemmelsens vilkår.

3.2 Vilkår

3.2.1 Selskapet

Ordlyden i vilkåret «selskapet» synes å rette seg mot selskapet som juridisk person. Selskapet som juridisk person har imidlertid begrensede evner til å pådra seg ansvar og har ingen

⁴² Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 67

⁴³ NOU 1992: 29 s. 36-38 og Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 66 og 73

selvstendig beslutnings- eller gjennomføringsevne. Det er derfor ikke korrekt å tillegge selskapet som juridisk person ansvarsbetingende plikter etter lovteksten. Følgelig må pliktsubjektet i bestemmelsen være selskapets ledelse. I juridisk teori er det uttalt at forsvarlighetskravet kan ha betydning for alle parter som er involvert i selskapet;

«herunder styret, generalforsamling, daglig leder og bedriftsforsamling»⁴⁴,

men siden det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet ligger hos styret, jf. asl. § 6-12, tas det til orde for at bestemmelsen kan sies å primært rette seg mot styret.⁴⁵

3.2.2 Enhver tid

Vilkåret «enhver tid» sørger etter sin ordlyd for at forsvarlighetskravet ikke har noen tidsavgrensning. Bortsett fra den avgrensning som naturligvis følger av aksjelovens virkeområde, som medfører at kravet bare gjelder i selskapets levetid.⁴⁶ Forsvarlighetskravet gjelder derfor kontinuerlig i hele selskapets levetid og medfører en skranke for at daglig leder, styret eller generalforsamlingen på noe tidspunkt kan disponere over egenkapitalen og likviditeten på en måte som medfører at de går under det som er å anse som forsvarlig etter denne bestemmelsen. Eksempelvis legger kravet til forsvarlig egenkapital en skranke på selskapets mulighet til å dele ut utbytte etter aksjeloven § 8-1. Det følger av nevnte bestemmelse at selskapet ikke kan dele ut mer i utbytte enn at det etter utdelingen har tilbake netto eiendeler som gir dekning for selskapets aksjekapital og øvrig bundet egenkapital etter § 3-2 og § 3-3.⁴⁷ Det følger imidlertid uttrykkelig av bestemmelsens fjerde ledd at selskapet, i tillegg til den bundne egenkapitalen, også må sitte tilbake med forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. § 3-4.

⁴⁴ Løvdal (2003) s. 503

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ Jf. asl. § 1-1

⁴⁷ Jf. asl. § 8-1 første ledd

3.2.3 Egenkapital og likviditet

Forsvarlighetskravet i aksjeloven § 3-4 gjelder både selskapets egenkapital og likviditet, men vilkåret «likviditet» er ikke inkludert i ordlyden i aksjeloven § 3-5. Vilkåret «likviditet» ble tilføyd aksjeloven § 3-4 ved lovendringen i lov 14. juni 2013 *Lov om endringer i aksjeloven mv. (forenklinger)*. I forarbeidene til loven står det at endringen «*først og fremst vil ha en pedagogisk virkning*», fordi «*[a]t ledelsen har en plikt til å påse at selskapet også har en forsvarlig likviditet, må anses å følge allerede av ledelsens alminnelige plikt til å sørge for en forsvarlig forvaltning av selskapet*».⁴⁸ Departementet tok i forarbeidene likevel til orde for å ikke endre handleplikten etter aksjeloven § 3-5 i tråd med utvidelsen av § 3-4.⁴⁹

Departementet uttrykte at en utvidelse av aksjeloven § 3-5 ikke kunne være meningen med forslaget i utredningen.⁵⁰ Det avgrenses derfor mot en mer inngående redegjørelse av likviditetsvilkåret i § 3-4 i det følgende.

Vilkåret «egenkapital» peker etter sin ordlyd på den balanseførte egenkapital. Det skal imidlertid etter forarbeidene forstås som den reelle og ikke den balanseførte egenkapital.⁵¹ Denne forståelsen er fulgt opp i teori⁵² og praksis⁵³. Den regnskapsførte egenkapital måler økonomisk verdiskapning i en avgrenset periode og målingen er basert på et gitt sett av regnskapsstandarder. Den bokførte egenkapitalen baserer seg på en periodisering av inntekter og kostnader, slik at transaksjoner og forsvarlighetsvurderinger som gjøres mot regnskapsført egenkapital kan være egnet til å gi et feil inntrykk sammenlignet med den faktiske situasjonen.

Den reelle egenkapital kan finnes på to ulike måter; Enten kan man summere selskapets oppdaterte egenkapitalposter, som normalt består av aksjekapitalen og eventuelt overskuddsfond, andre fond samt opptjent egenkapital.⁵⁴ Eller så kan man identifisere verdien av selskapets samlede eiendeler og trekke fra selskapets samlede gjeld, som i det noe forenklede regnestykket:

⁴⁸ Prop.111 L (2012-2013) s. 77-78

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Knudsen (2011)

⁵¹ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 52

⁵² Woxholth (2018) s. 138

⁵³ HR-2016-1440-A

⁵⁴ Jf. rskl. § 6-2 C

$$\text{Egenkapital} = \text{Eiendeler} - \text{Gjeld}.^{55}$$

Hvilken metode en velger vil ikke spille inn på resultatet, og det vil i det følgende tas utgangspunkt i sistnevnte.

I denne anledning er det to hovedspørsmål som dukker opp. Første spørsmål er hvilke eiendeler og hvilken gjeld selskapet har. Det andre spørsmålet er hva den reelle verdien av disse postene er.

For å besvare det første spørsmålet er det nødvendig at styret foretar en grundig gjennomgang for å kartlegge alle eiendeler som tilligger selskapet. I den sammenheng kan det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de bokførte eiendelene, men det må i så fall gjennomføres en justering dersom eiendeler har kommet til eller er avhendet.

Det andre spørsmålet krever en verdifastsettelse. En slik verdifastsettelse vil være avhengig av om forutsetningen for verdifastsettelsen skal være fortsatt drift eller avvikling. Etter forarbeidene til aksjeloven § 3-4 er det klart at forsvarlighetsvilkåret skal vurderes ut fra det alternativet som anses mest sannsynlig.⁵⁶ Dersom det må anses mest sannsynlig at forutsetningen om fortsatt drift er tilstede er det denne som skal danne grunnlaget for forsvarlighetsvurderingen. I motsatt fall må verdifastsettelsen gjøres med utgangspunkt i virkelig verdi på avviklingstidspunktet.⁵⁷ Verdien på avviklingstidspunktet tilsvarer nettoverdien ved umiddelbar avhendelse.⁵⁸ Uavhengig av hvilken forutsetning som skal legges til grunn kan ikke styret belage seg på siste bokførte balanse, men må foreta en ny verdifastsettelse. Dette fordi regnskapslovens verddivurderingsregler i realiteten gir selskapene mulighet til å ha skjulte verdier og tap.⁵⁹

Det kan være nærliggende å ta utgangspunkt i egenkapitalen isolert sett ved forsvarlighetsvurderingen. Det følger imidlertid av forarbeidene at det må «foreta[s] en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen».⁶⁰ I

⁵⁵ Woxholth (2018) s. 165

⁵⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

⁵⁷ Ibid

⁵⁸ Jf. rskl. § 4-5

⁵⁹ Jf. rskl. kapittel 5

⁶⁰ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

dette ligger det at det i tillegg til egenkapitalen må ses hen til selskapets gjeld, hvor stor den er i forhold til egenkapitalen, hvordan gjelden er fordelt mellom kortsiktig gjeld og langsiktig gjeld samt eventuelt andre særvilkår som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfelle.⁶¹ Gjeldens forhold til egenkapitalen kalles gjeldsgrad og måles i prosent. Gjeldsstrukturen gir uttrykk for hvor stor del av gjelden som er kortsiktig gjeld og hvor stor del som er langsiktig gjeld. I et selskap med høy kortsiktig gjeld vil det kreves en større egenkapital for at det skal kunne anses forsvarlig, sammenlignet med et selskap med lav kortsiktig og en høyere langsiktig gjeld.⁶² Dersom selskapets fremmedkapital har svært gunstige vilkår, eller er såkalt ansvarlig lån er også dette av betydning for egenkapitalvurderingen.

3.2.4 Forsvarlig

Etter bestemmelsens ordlyd skal forsvarlighetsvurderingen gjøres i lys av «risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

Når det gjelder «risikoen ved» virksomheten avgrenser ikke ordlyden ytterligere enn at risikoen må knytte seg til virksomheten i selskapet. Vilkåret må derfor forstås å omfatte både de generelle markedsrisikoene alle foretak løper, som konjunktursvingninger, i tillegg til virksomhetens særlige risiko, som for eksempel hvilken bransje selskapet opererer i eller hvilken fase selskapet befinner seg i.⁶³ Dersom selskapet opererer innen en særlig risikoutsatt bransje vil det kunne stilles strengere krav til egenkapitalen sammenlignet med et selskap innenfor en lite risiko-utsatt bransje.

Det andre momentet vurderingen må se hen til er «omfanget av virksomheten». Etter vilkårets ordlyd må det tas hensyn til hvor vidt spekter av ulik forretningsførsel selskapet driver med. Dersom virksomheten drives i et avgrenset område med en begrenset og stabil kundeportefølje vil dette måtte vektlegges. I motsatt fall er det viktig å ta med i vurderingen dersom bedriften driver spredt virksomhet med forretningsførsel innenfor ulike sektorer med påfølgende ulik eksponering for risiki og svingninger. Et selskap med en fot innenfor reiseliv, matvarer og forsikring vil måtte være forberedt på usikkerheten innenfor tre svært ulike

⁶¹ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

⁶² Meyer-Myklestad (2017) s. 57

⁶³ NOU 1996: 3 s. 145

bransjer og dette vil påvirke kravet til egenkapitalen. Til forskjell fra et selskap med en kjernevirksomhet innenfor én av bransjene, dette må vektlegges uavhengig av om begge selskap er like store omsetningsmessig.

Et annet sentralt punkt i tilknytning til omfanget av virksomheten er hvorvidt selskapet ekspanderer, da en ekspansjon ifølge forarbeidene bør følges opp av en økning i egenkapitalgrunnlaget.⁶⁴ Ved ekspansjon av driften vil selskapet som hovedregel måtte forholde seg til enten større eller flere risikomomenter, noe som igjen stiller krav til egenkapitalen, jf. like ovenfor.

I tillegg må vurderingen ta høyde for selskapets fase, da et selskap i en oppstartsfasen er avhengig av å ta risiko og kan trenge tid for å posisjonere seg i det eksisterende markedet. Derfor må et nyopprettet selskap kunne tillates å drive med underskudd og synkende egenkapital i en overgangsperiode, inntil selskapet kommer i en normalisert og lønnsom driftssituasjon.⁶⁵ At selskapets fase har betydning i forsvarlighetsvurderingen har fått tilslutning i rettspraksis, jf. HR-2016-1440-A. I dommen ble også selskapets finansieringsplan vektlagt i forsvarlighetsvurderingen og på grunn av blant annet en for lite gjennomarbeidet og håndfast finansieringsplan ble lagmannsrettens dom, som fritok eierne fra erstatningsansvar, opphevet.⁶⁶

Tilbake til utgangspunktet er det slik at det, som nevnt ovenfor, er den totale og reelle egenkapitalsituasjonen på vurderingstidspunktet det må ses hen til. Da er det også grunn til å ta høyde for kommende disposisjoner, hendelser eller andre lignende momenter som man har grunn til å tro at vil påvirke selskapets egenkapitalsituasjon. Disse forestående disposisjoner og hendelser må vektlegges i forsvarlighetsvurderingen tilsvarende risikoen for at de vil inntreffe. Som illustrasjon kan brukes et reisebyrå som spesialiserer seg på utenlandsturer og som etableres i årets første kvartal. Statistikken er klar og sier at forbruket på utenlandsreiser tar seg opp både i årets annet og tredje kvartal,⁶⁷ slik at det da kan være grunn til å se positivt på selskapets levedyktighet tross svak egenkapital i januar. Det er altså slik at selv om selskapets egenkapital på vurderingstidspunktet er lav, behøver ikke det å bety at den er

⁶⁴ NOU 1996: 3 s. 145

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ HR-2016-1440-A avsnitt 61

⁶⁷ Tabell 2 av SSBs *Reiseundersøkelsen*

uforsvarlig lav dersom ledelsen har berettigede forventninger om at situasjonen vil bedre seg innen rimelig tid.

At innskutt egenkapital er lav er heller ikke selvstendig grunnlag for å konkludere med uforsvarlig lav egenkapital etter aksjeloven § 3-4. Kravet for å opprette et aksjeselskap er minimum 30 000 kroner i aksjekapital, jf. aksjeloven § 3-1. Dersom selskap med innskutt egenkapital ned mot lovens minstekrav skulle anses å ha uforsvarlig lav egenkapital etter aksjeloven § 3-4, ville forsvarlighetskravet kunne uthule prinsippet om at det i aksjeselskap er tilstrekkelig å skyte inn en beløpsmessig begrenset egenkapital.⁶⁸

Til tross for at vilkårene lar seg dele opp og beskrives hver for seg følger det av bestemmelsen at det skal ses hent til både risikoen ved «og» omfanget av virksomheten og vilkårene må følgelig ses i sammenheng.⁶⁹

All den tid vurderingen er en rettslig standard som krever forsvarlig egenkapital ut ifra risikoen ved og omfanget av virksomheten er det klart at det ikke kan utføres en uttømmende momentliste. De aller fleste vurderinger vil være unike som følge av ulike selskap, i ulike bransje, med ulike risiki og fremtidsutsikter, ulike innskutt egenkapital og ulike forpliktelser det neste året – for å nevne noen av momentene som vektlegges. At det er en rettslig standard medfører at vurderingen utvikler seg i samsvar med næringslivets og samfunnets holdning til de ovennevnte momentene.

I teorien er det tatt til orde for kan forsvarlighetsvurderingen i realiteten er en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering av selskapets evne til å betale sine forpliktelser i minimum 12 måneder fram i tid.⁷⁰ Uttalelsen er i underrettspraksis tilsluttet som en veiledning for vurderingen.⁷¹

⁶⁸ Andenæs (2007) s. 214

⁶⁹ Veiteberg Braaten (2011) s. 19

⁷⁰ Løvdal (2003) s. 497

⁷¹ TBERG-2015-69325

4 Styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5

4.1 Innledning

Aksjeloven § 3-5 som oppstiller styrets handleplikt lyder:

«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. Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4, skal styret på generalforsamlingen foreslå tiltak for å rette på dette.

Hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd tredje punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal det foreslå selskapet oppløst.»

Kravet om handling fra styret dersom egenkapitalen går under forsvarlig nivå kom til ved aksjeloven av 1997. Opprinnelig var det også et krav om handling dersom egenkapitalen gikk under halvparten av aksjekapitalen. I 2017 ble imidlertid egenkapitalens forhold til aksjekapitalen tatt ut av bestemmelsen, med den begrunnelse at kreditorene ble tilstrekkelig ivaretatt av forsvarlighetskravet.⁷² I tillegg til at kravet til aksjekapital i 2012 ble satt ned fra 100 000 til 30 000 som medførte en endring av premisset for vurderingen.⁷³

Av den nå gjeldende bestemmelsens ordlyd følger det at styrets handleplikt oppstår når egenkapitalen går under det som er forsvarlig etter aksjeloven § 3-4. Styret plikter da å ta saken til behandling⁷⁴ og deretter innkalle generalforsamlingen⁷⁵ der de skal redegjøre for situasjonen og foreslå tiltak for å gjenopprette forsvarlig egenkapital. Dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som er egnet til å gjenopprette forsvarlig egenkapital, plikter de som siste alternativ å foreslå for generalforsamlingen at selskapet oppløses.

⁷² Prop 112 L. (2016-2017) s. 60

⁷³ Prop 148 L. (2010-2011) s. 17

⁷⁴ Ref. saksbehandlingsreglene i asl. §§ 6-19 flg.

⁷⁵ Ref. asl. kapittel 5

Bestemmelsens formål er dels gjenopprettende, første ledd, og dels skadebegrensende, annet ledd. Hva som nærmere ligger i bestemmelsen gjøres det rede for i det følgende.

4.2 Handlepliktens innhold

Av lovteksten følger det at styret, dersom egenkapitalen går under det som er forsvarlig, straks skal «behandle saken». Deretter skal styret innen rimelig tid «innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling» samt «foreslå tiltak for å rette på» egenkapitalsituasjonen. Til sist må styret, dersom ingen slike tiltak finnes «foreslå selskapet oppløst».

4.2.1 Plikten til å behandle saken

Vilkåret om at styret skal «behandle saken» har etter sin ordlyd begrenset konkret innhold. En styrebehandling kan i praksis være så mangt og foregå over lang tid, uten å resultere i et konkret vedtak. Kravet om styrebehandling ved uforsvarlig lav egenkapital kan i og for seg også leses ut av kravet i aksjeloven § 6-20, som pålegger at styreleder å sørge for behandling av aktuelle saker som hører inn under styret. Aksjeloven § 3-5 anses som en spesifisering av styrets forvaltningsansvar.

Vilkårets ordlyd innbefatter som nevnt ingen krav om fremdrift eller krav til at vedtak skal fattes, og mangelen på uttrykkelige resultatkrav til styrebehandling kan tolkes dithen at styrets plikt etter aksjeloven § 3-5 ikke strekker seg lengre enn til å behandle den uforsvarlige egenkapitalen «i møte».⁷⁶ En slik tolkning finner også støtte i forarbeidene der det uttrykkelig står at «*styrets plikt går ikke lenger enn til å vurdere situasjonen og foreslå mulige tiltak for generalforsamlingen*».⁷⁷

Systembetragtninger må imidlertid nyansere denne tolkningen. Styrets kompetanse avgrenses oppad til saker som av spesielle årsaker må behandles av generalforsamlingen, og nedad av saker som ligger til daglig leder etter aksjeloven § 6-14 eller som delegeres til styreleder eller

⁷⁶ Jf. asl. § 6-19

⁷⁷ NOU 1996: 3 s. 145

andre gjennom fullmakt. Mellom disse ytterpunktene er imidlertid styrets kompetanse særdeles vidtrekkende.⁷⁸ I tillegg følger styrets plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling samt plikten til å fastsette planer og budsjetter for selskapets virksomhet, jf. aksjeloven § 6-12. Det kan vanskelig tenkes at denne kompetansen krymper eller faller bort som følge av at egenkapitalen går under det som kan regnes som forsvarlig etter aksjeloven § 3-4. Tvert om er det i disse situasjonene styrets involvering er som viktigst.

Følgelig kan det antas at styret sin forvaltningsplikt etter § 6-12 i realiteten skjerpes når egenkapitalen går under det som er forsvarlig, og at styret derfor har en plikt til å benytte seg av det handlingsrommet de har som kan bedre selskapets egenkapitalsituasjon. Eksempler på handlinger styret selv kan iverksette, uten å måtte involvere generalforsamlingen, er:

Reforhandling av låneavtale med kreditor for å oppnå lavere kostnader og kanskje endre gjeldsstrukturen; Refinansiere selskapets gjeld eksternt for å oppnå lavere kostnader samt endre gjeldsstrukturen; Selge unna og justere varelageret for å unngå bundet kapital og effektivisere driften; Omstrukturere bedriftens arbeidsstokk for å effektivisere driften og spare kostnader; Eller inngå en sale and lease back-avtale for blant annet å friggi kapital og slippe kostnader til vedlikehold. En viktig begrensning av alternativer for styret er at de ikke kan pålegge aksjeeierne å gjøre innskudd for å bedre egenkapitalen, jf. asl. § 1-2.

Dersom den eneste plikten som lå til styret etter aksjeloven § 3-5 er å behandle saken og forberede generalforsamling, vil det være overflødig å uttrykke at «styret» skal «behandle» saken. Dette taler derfor mot å forstå bestemmelsen som en plikt til utelukkende å forberede og involvere generalforsamlingen.

Det har vært diskusjoner om forsvarlighetskravet innebærer krav om at virksomheten skal tilpasses egenkapitalen, eller om egenkapitalen må tilpasses virksomheten.⁷⁹ Dette er endelig avfeid som uproblematisk.⁸⁰ Det gjenspeiles også i de ovennevnte eksemplene der det er likegyldig om de tiltak styret iverksetter reduserer virksomhetens risiko og omfang, eller om de medfører en økning av egenkapitalen. Det sentrale er at egenkapitalen, etter en helhetsvurdering, igjen blir forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten, jf. aksjeloven § 3-4.

⁷⁸ Jf. asl. kapittel 6

⁷⁹ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51, NOU 1996: 3 s. 101, Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 68

⁸⁰ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

I juridisk teori er det tatt til orde for at formålet med styrebehandlingen er å planlegge tiltak som skal få selskapet ut av den vanskelige økonomiske situasjonen som har oppstått.⁸¹ Det foreslås fire tiltak som skal sørge for oppfyllelse av bestemmelsens formål.

Det første er å kartlegge selskapets økonomi. Dette følger det uttrykkelig av aksjeloven § 6-12 tredje ledd at styret har en plikt til å holde seg orientert om. Sammenholdt med kravet om forsvarlig egenkapital i § 3-4 er det etter mitt syn vanskelig å konstatere uforsvarlig lav egenkapital uten å kartlegge selskapets økonomi. Det er følgelig klart at styret må gjennomføre en grundig kartlegging av selskapets økonomiske situasjon for å finne utgangspunktet for handlingsalternativer. Denne kartleggingen bør, slik jeg ser det, i omfang og grundighet samsvare med selskapets kompleksitet, både strukturelt, forretningsmessig og finansielt. Det viktigste er at styret skaffer seg tilstrekkelig kunnskap, slik at de har et godt utgangspunkt for å oppfylle handleplikten.

Det andre tiltaket som foreslås er at styret bør finne årsakene til de økonomiske problemene. Klarlegging av årsaken til problemene har stor betydning for muligheten til å gjenopprette forsvarlig egenkapital. Et synkende skip må repareres der det tar inn vann, forsterkning av skroget for øvrig vil ikke nødvendigvis holde det flytende. Ved å avdekke årsakene til de økonomiske problemene letter styret arbeidet med å finne og gjennomføre de nødvendige tiltak.

I forlengelsen av å avdekke årsakene er neste steg at selskapets fremtidsutsikter vurderes. En slik vurdering er sentralt for å samtidig kunne vurdere den potensielle effekten av mulige tiltak. Endelig kan styret, med utgangspunkt i de tre ovennevnte tiltakene, legge en strategi for hvordan egenkapitalen igjen skal bringes over et forsvarlig nivå.

Det kan også legges til at styret, ved å gjennomføre de tiltak som ligger innenfor deres kompetanse, potensielt kan spare selskapet for mye penger og følgelig forenkle gjenoprettelsesprosessen. Kostnadene ved å avholde ekstraordinær generalforsamling kan være høye og unngåelse av dette vil medføre besparing.⁸² Ytterligere er det slik at jo lengre

⁸¹ Løvdal (2003) s. 505 flg.

⁸² Avhengig av antallet aksjeeiere. Kostnadene vil være høyere ved allmennaksjeselskap pga. flere aksjeeiere, men kan i store aksjeselskap ha betydning.

tid styret lar den negative trenden vare uten å iverksette tiltak, jo tyngre vil det kunne bli å gjenopprette status quo, ved at de nødvendige tiltakene kan være mer inngripende enn om de hadde blitt iverksatt tidligere. Å pålegge styret en selvstendig handleplikt vil dermed ivareta hensynet til både kreditor og aksjeeier.

Følgelig kan det argumenteres for at styret plikter å iverksette de tiltak som kan bringe egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå, før de eventuelt innkaller til generalforsamling der de redegjør for situasjonen og foreslår eventuelle tiltak.

Bestemmelsen i § 3-5 setter da i realiteten en grense for hvor lang tid styret kan unnlate å informere generalforsamlingen når det foreligger økonomiske problemer, uten å komme i ansvar.

4.2.2 Plikten til å innkalle generalforsamlingen

Dersom styret under sin behandling ikke finner, eller ikke får gjennomført tiltak som sørger for gjenopprettelse av forsvarlig egenkapital, må styret innen rimelig tid «innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling» samt «foreslå tiltak for å rette på dette».

Etter ordlyden i vilkåret «innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling» synes det klart at det henvises til den lovregulerte prosedyren om avholdelse av generalforsamling i aksjelovens kapittel 5, særlig § 5-10 om krav til innkallingen.

Styret plikter å gi generalforsamlingen en «redegjørelse for selskapets økonomiske stilling». Plikten til å gi aksjeeierne en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling medfører særlige krav til innkallingen etter § 5-10 tredje ledd. I henhold til bestemmelsen skal innkallingen angi de saker som skal behandles på generalforsamlingen.

Det må på generalforsamlingen forventes at styret kommer med en grundig gjennomgang av den økonomiske situasjonen. Herunder den siste tids utvikling, fremtidsutsikter og de eventuelle tiltak som styret har vurdert, gjennomført eller forsøkt gjennomført, uten at egenkapitalen har nådd forsvarlig nivå. Grunnen til at styret på dette tidspunkt plikter å

innkalle generalforsamlingen er at det må antas at selskapet da er i en så vidt vanskelig situasjon at forholdene bør forelegges selskapets eiere.⁸³

Videre plikter styret på generalforsamlingen å «foreslå tiltak for å rette på dette». Vilkårets ordlyd tilsier at styret på generalforsamlingen må presentere tiltak som er egnet til å sørge for at egenkapitalen når forsvarlig nivå igjen. Sett i sammenheng med vilkåret «behandle saken», som gjennomgått ovenfor, kan det antas at de forslagene styret presenterer for generalforsamlingen primært er tiltak som krever generalforsamlingens medvirkning. Det er imidlertid ikke slik at de tiltak som ligger innenfor styrets kompetanse ikke kan presenteres for generalforsamlingen. Det kan eksempelvis være at styret i sin behandling av saken har kommet frem til et tiltak som kan gjenopprette forsvarlig egenkapital, men som på grunn av komplikasjoner eller usikkerhet omkring gjennomførbarhet eller effekt har tatt lang tid. Dersom tiltaket ikke har latt seg gjennomføre innen rimelig tid medfører dette at styret plikter å innkalle til generalforsamling.⁸⁴

De tiltakene som styret presenterer for generalforsamlingen kan rette seg mot egenkapitalsituasjonen, virksomheten eller begge deler, jf. like ovenfor. Et aktuelt tiltak kan for eksempel være å foreslå tilførsel av kapital gjennom fondsemissjon eller nytegning av aksjer, jf. aksjeloven kapittel 10. Dette er begge tiltak som krever vedtak på generalforsamling.⁸⁵ Andre alternativ kan være omlegging eller rasjonalisering av virksomheten som krever generalforsamlingsvedtak. Omlegging kan medføre eller basere seg på blant annet fusjon eller fisjon⁸⁶, vedtektsendring⁸⁷ eller utskifting av styremedlemmer⁸⁸.

Bestemmelsen stiller krav om at forslagene må ha til hensikt «å rette på» den uforsvarlige egenkapitalen. Formuleringen inneholder etter mitt syn et krav om at de foreslåtte tiltakene må være egnet til gjenopprette det som etter aksjeloven § 3-4 anses som forsvarlig egenkapital. Det stilles følgelig krav til styret om en tilstrekkelig grundig behandling av saken, samt at de foreslåtte tiltakene rent faktisk kan antas å medføre styrket egenkapital.

⁸³ NOU 1996: 3 s. 43

⁸⁴ Se kapittel 5.3

⁸⁵ Jf. asl. § 10-1 og § 10-20

⁸⁶ Jf. asl. kapitlene 13 og 14

⁸⁷ Jf. asl. § 5-18

⁸⁸ Jf. asl. § 6-3

Utover dette sier ordlyden i bestemmelsen ikke annet enn at tiltakene skal «foreslå[s]». Spørsmålet er om det dermed anses tilstrekkelig til å unngå ansvar at styret foreslår tiltakene uten hensyn til om de blir vedtatt og gjennomført eller ikke. Bestemmelsen oppstiller tross alt ingen uttrykkelig plikt for generalforsamlingen til å vedta de presenterte tiltakene. En slik plikt finnes heller ingen andre steder i loven. Det er da heller ikke opp til lovgiver å kreve at generalforsamlingen vedtar slike redningstiltak, all den tid det er opp til selskapets eiere hva de ønsker å gjøre med selskapet.

Det må imidlertid antas at styret ikke kan slå seg til ro med å bare foreslå tiltak for generalforsamlingen uten at disse vedtas. Dersom generalforsamlingen ikke vedtar de foreslåtte tiltakene og heller ingen annen løsning vedtas, må det antas at selskapet fortsatt har uforsvarlig lav egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4. Med mindre det oppstår en uforutsett hendelse som på egen hånd bedrer egenkapitalsituasjonen vil styrets handleplikt etter § 3-5 da aktualiseres igjen. I en slik situasjon må styret, for å unngå ansvar, enten må trekke seg i medhold av aksjeloven § 6-7, eller handle i tråd med § 3-5 annet ledd, jf. like nedenfor.

4.2.3 Plikten til å foreslå selskapet oppløst

Aksjeloven § 3-5 annet ledd oppstiller krav om at styret, dersom det ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som kan bedre egenkapitalsituasjonen, eller dersom slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, må foreslå selskapet oppløst. Styret plikter altså å foreslå selskapet oppløst enten dersom det «ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak» som kan gjenopprette forsvarlig egenkapital, eller dersom «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre».

Ordlyden i det første vilkåret er klar og stiller krav til styret om å foreslå selskapet oppløst dersom den økonomiske eller faktiske situasjonen er av en slik karakter at det ikke finner at egenkapitalen ikke vil kunne gjenopprettes. Kan hende er fremtidsutsiktene så mørke at det ikke finnes sannsynlighet for at selskapet makter å snu resultatene eller gjenopprette situasjonen, slik at selskapet i realiteten allerede drives for kreditors regning.

Det andre vilkåret omfatter etter sin ordlyd de situasjoner der de foreslåtte tiltak av ulike årsaker rent faktisk ikke lar seg gjennomføre. Dette må forstås å omfatte både de situasjoner der de foreslåtte tiltak vil være for kompliserte, kostbare eller usikre til at det er forsvarlig å ta

sjansen. I tillegg må de situasjoner der de foreslåtte tiltakene ikke får tilstrekkelig oppslutning på generalforsamling også omfattes. I begge tilfeller vil de foreslåtte tiltak ikke la seg gjennomføre.

Bestemmelsen inneholder heller ikke her noen plikt for generalforsamlingen til å vedta den eller de foreslåtte løsning(er) og den kan derfor ikke forstås som en hjemmel for at generalforsamlingen kan vedta oppløsning av selskapet med alminnelig flertall etter aksjeloven § 16-1 annet ledd.

Det vil kunne oppstå en plikt for styret til å melde oppbud utenom etter aksjeloven § 3-5. Plikten til å melde oppbud oppstår dersom den økonomiske situasjonen blir så dårlig at styret etter straffeloven § 407 plikter å gjøre det. Bestemmelsen oppstiller plikt for skyldner som er insolvent å begjære åpning av gjeldsforhandling eller konkurs, dersom skyldnerens næringsvirksomhet går med klart tap og skyldneren ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid. I en slik situasjon vil styret få en selvstendig rett og plikt til å melde oppbud uten å måtte forelegge spørsmålet for generalforsamlingen. Brudd på oppbudsplikten kan medføre straffansvar for styret, men avhandlingen avgrenser her mot nærmere redegjørelse.

5 Handlepliktens tidsaspekt

5.1 Innledning

Ovenfor er det gjort rede for de handlingene styret plikter å gjennomføre etter aksjeloven § 3-5. Det er imidlertid like viktig at disse handlingene gjennomføres til riktig tid for at styret ikke skal havne i ansvar. I det følgende vil det gjøres rede for tidsaspektet i styrets handleplikt. Med andre ord er spørsmålet i det følgende når styret må gjøre hva.

5.2 Handlepliktens inntreden

Det følger av loven at styret plikter å «straks behandle saken» dersom det «antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig», jf. aksjeloven § 3-5. Dette vilkåret er utgangspunktet for styrets handleplikt og det sentrale spørsmålet er hva som anses å være «straks» og hvor lang tid som kan aksepteres innenfor bestemmelsens ordlyd.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at styret må agere og behandle saken umiddelbart i det øyeblikk det må «antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig».

Følgelig vil handleplikten inntre i det øyeblikket det kan «antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig» og spørsmålet er hva som ligger i dette vilkåret.

Vilkårets ordlyd er uklar og åpner for ulike tolkninger for når handleplikten inntre. Kravet om at det må «antas» at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig kan antyde at styret må ha kunnskap som gjør de i stand til å ha en antakelse om uforsvarlig egenkapital for at handleplikten skal inntre.

Det fremgår av forarbeidene at:

«...speilbildet av dette er at selskapets ledelse under sin forvaltning av selskapet, blir klar over at egenkapitalen i selskapet er blitt lavere enn forsvarlig, ut fra virksomhetens omfang og risiko. Etter utvalgets syn er det først og fremst en slik antagelse fra styrets side som bør utløse aktivitetsplikt for styret.»⁸⁹

Av uttalelsen er det tydelig at Selvig-utvalget har ment at handleplikten skal inntre fra det tidspunkt styret selv fikk kunnskap som gjorde de i stand til å anta at egenkapitalen var uforsvarlig. Odelstingsproposisjonen slutter seg til Selvig-utvalgets uttalelser og understreker at:

«Bestemmelsen innebærer krav til en mer kontinuerlig oppmerksomhet fra styrets side omkring egenkapitalsituasjonen i selskapet enn det som er tilfellet i dag.»⁹⁰

⁸⁹ NOU 1996: 3 s. 43

⁹⁰ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 54

Også denne uttalelsen underbygger en forståelse av at handleplikten inntreer fra det tidspunkt styret fikk positiv kunnskap om at egenkapitalsituasjonen var uforsvarlig. Samtidig som den nyanserer utgangspunktet noe ved å understreke at styret plikter å holde seg informert, som kan tas til inntekt for at manglende kunnskap ikke nødvendigvis vil være unnskyldende.

I en dom fra Gulating lagmannsrett av 29. august 2007, inntatt i RG 2007 s. 1625, ble styrets medlemmer dømt til å betale erstatning til konkursboet for å ha drevet et selskap med store underskudd og tapt aksjekapital. I saken anførte styret at de ikke hadde den nødvendige informasjonen for å konkludere med at handleplikten etter aksjeloven § 3-5 hadde inntrådt. Til dette uttalte lagmannsretten at styrets medlemmer hadde den informasjonen de trengte for å ta de skritt de etter loven skulle ha tatt, *«eller de kunne skaffet seg slik informasjon ved bruk av den ekspertise som måtte være nødvendig»*.⁹¹ Dommen gir uttrykk for at manglende kunnskap hos styret ikke nødvendigvis fritar dem for handleplikt.

I en dom fra Agder lagmannsrett, avsagt 31. januar 2008, ble styreleder og to styremedlemmer dømt til å betale erstatning for manglende oppfyllelse av handleplikten.⁹² Tingretten hadde funnet styremedlemmene erstatningspliktige for en periode på fire måneder forut for konkursen, men lagmannsretten utvidet denne perioden til å gjelde siste ti måneder forut for konkurs. Om handlepliktens inntreden uttaler lagmannsretten at *«[h]andleplikten oppstår fra det tidspunkt det «må antas» at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig – dvs. objektivt sett fra det tidspunkt dette lar seg konstatere»*. Uttalelsen forstås som en antydning om at handleplikten inntreer fra det tidspunkt egenkapitalen går under forsvarlig nivå, uavhengig av styrets kunnskap om situasjonen.

Dommene representerer to ulike fortolkninger av hvordan ordlyden «må antas» skal forstås. Den første dommen kan synes å innta en aktsomhetsvurdering av styret for å avgjøre når handleplikten inntreer. Den andre dommen skisserer et objektivt utgangspunkt knyttet til egenkapitalens faktiske størrelse i en etterfølgende analyse, der det avgjørende er når egenkapitalen rent faktisk gikk under forsvarlig nivå. Det manglende samsvaret mellom de to dommene vitner om en uavklart rettsstilling.

⁹¹ RG-2007-1625

⁹² LA-2007-37537

Juridisk teori presenterer tre konkrete alternativer for når handleplikten inntreer.⁹³ Det første alternativet er når egenkapitalen rent faktisk gikk under det som etter § 3-4 er forsvarlig.⁹⁴ Det andre alternativet er når styret rent faktisk forstod at egenkapitalen var uforsvarlig.⁹⁵ Det tredje er når styremedlemmene burde forstått at egenkapitalen var uforsvarlig.⁹⁶ I artikkelen tar forfatteren til orde for at lovgiver ikke har gjort seg opp en klar mening omkring spørsmålet, men at konklusjonen må være at handleplikten inntreer på det tidspunkt man etter en bevisvurdering kommer til at egenkapitalen faktisk ble lavere enn forsvarlig. Dette begrunner forfatteren blant annet med at et krav om at styret kjente til situasjonen rimer dårlig med kravet til styret om kontinuerlig kontroll med selskapets økonomi og målsettingen om å skjerpe styrets ansvar.⁹⁷

Dersom handleplikten inntreer på det tidspunkt er objektivt konstaterbart at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig vil dette være godt egnet til å ivareta ett av de primære hensynene bak bestemmelsen, vernet av selskapets kapital som igjen verner kreditorinteressene.

Siden ordlyden er vag kan det argumenteres med at hensynet til styremedlemmene ikke ivaretas. Styrets ansvar er imidlertid godt beskrevet i aksjelovens kapittel 6, som blant annet pålegger styret det overordnede forvaltningsansvaret i selskapet.⁹⁸

Aksjeloven § 6-12 er bestemmelsen som uttrykker styrets overordnede ansvar for forvaltningen av selskapet. Av bestemmelsens tredje ledd følger det at styret

«skal holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og plikter å påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll».

Kravet om at styret skal holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling omfatter etter sin ordlyd et utvetydig et krav om at de skal ha tilstrekkelig kunnskap om egenkapitalsituasjonen til at de kan føre betryggende kontroll med selskapets daglige ledelse. Bestemmelsen er også en resultatforpliktelse, jf. ordlyden «skal», slik at styret etter

⁹³ Løvdal 2003 s. 505

⁹⁴ I likhet med dommen fra Agder lagmannsrett

⁹⁵ I tråd med forarbeidene

⁹⁶ Ligner på standpunktet i dommen fra Gulating lagmannsrett

⁹⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 50

⁹⁸ Jf. kapittel 2

bestemmelsen plikter å ha positiv kunnskap om selskapets økonomiske stilling. Ytterligere inneholder ikke bestemmelsen noen tidsavgrensning, men gjelder til enhver tid. Sagt med andre ord plikter styret etter ordlyden å til enhver tid ha kunnskap om selskapets egenkapitalsituasjon.

Til tross for at ordlyden kan sies å legge opp til en ubegrenset kunnskap om den økonomiske stillingen, vil ikke styret ha real-time oppdateringer ved den minste disposisjon. Aksjeloven § 6-15 bestemmer at daglig leder skal gi styret underretning om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling «minst hver fjerde måned».

Forarbeidene uttrykker om styrets plikt til å holde seg orientert at:

*«Hvilket omfang plikten til å holde seg orientert vil ha, avhenger av omstendighetene. Det kan derfor i en økonomisk vanskelig situasjon for selskapet bli stilt helt andre krav til styret enn i en mer normalisert situasjon, ikke minst av hensyn til kreditorenes interesse».*⁹⁹

Selv om det er daglig leder som i utgangspunktet har ansvar for rapporteringen til styret, har styret et selvstendig ansvar for å holde seg orientert og må bruke sin undersøkelsesplikt og instruksrett, jf. aksjeloven §§ 6-12 og 6-13 dersom det finner grunnlag som taler for et skjerpet tilsyn.

Styrets plikt til å holde seg oppdatert om selskapets økonomiske situasjon kan derfor tale for at handleplikten bør inntre fra det øyeblikk det objektivt sett kan konstateres at egenkapitalen er uforsvarlig.

Styrets generelle forvaltningsansvar kan imidlertid kreve handling på et tidspunkt før egenkapitalen rent faktisk ble lavere enn forsvarlig. Dersom styret arbeider samvittighetsfullt og legger merke til at driften går dårligere og egenkapitalsituasjonen forverres vil det kreve at styret tar grep. Dette rimer dårlig med at handleplikten ikke skal inntre før egenkapitalen rent faktisk er lavere enn forsvarlig og taler for at handlepliktens inntreden avhenger av styrets kunnskap om selskapets økonomiske situasjon.

⁹⁹ NOU 1996: 3 s. 136

Som illustrert ovenfor åpner ordlyden i «antas» for ulike tolkningsalternativer for når handleplikten inntreffer. Det er heller ikke avklart i Høyesterett når handleplikten inntreffer. Etter en sammenholding av rettskildene har det etter mitt syn de beste rettskildemessige grunner for seg at inntreden av styrets handleplikt avhenger av hva som rent faktisk er selskapets økonomiske situasjon kombinert med hva et aktsomt og aktivt styremedlem bør ha av faktisk kunnskap.

Når det gjelder spørsmålet om hvor lang tid som kan aksepteres finnes det i vilkåret «straks» i utgangspunktet ingen slingringsmonn. Dette taler for at styret ikke har anledning til å utsette behandlingen.¹⁰⁰ Det finnes heller uttalelser i forarbeidene, praksis eller øvrige rettskilder som tilsier at en utsettelse av behandlingen anses å være i tråd med bestemmelsen. Det rent praktiske rundt avholdelse av styremøte kan medføre at det går noen dager før styret er samlet, men de enkelte styremedlemmene kan starte sin behandling av problemstillingen i det det er grunn til å anta at egenkapitalsituasjonen ikke er forsvarlig.

5.3 Plikten til å innkalle generalforsamlingen

Dersom styrets egen behandling ikke er egnet til å gjenopprette forsvarlig egenkapital, skal styret «innen rimelig tid» innkalle til generalforsamling, der de skal gi aksjeeierne en redegjørelse for den økonomiske situasjonen, samt foreslå tiltak for å bedre egenkapitalen.¹⁰¹ Det sentrale spørsmålet i relasjon til dette vilkåret er først og fremst hva som aksepteres som rimelig tid og hvilke momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen. I tillegg vil tidspunktet for utgangspunktet i vurderingen, samt om det finnes en kvantifisert maksgrense være interessante spørsmål omkring tidsaspektet i plikten til å innkalle generalforsamlingen.

Vilkårets ordlyd er utpreget skjønnsmessig og uttrykker i seg selv svært lite konkret informasjon om når styret plikter å innkalle generalforsamlingen. Lovens forarbeider er også knappe omkring hva som ligger i vilkåret og odelstingsproposisjonen fra 1997 omtaler ikke tidsaspektet i bestemmelsen i det hele tatt.¹⁰² Det finnes imidlertid en uttalelse om tidsaspektet

¹⁰⁰ Jf. kapittel 4.2.1

¹⁰¹ Se kapittel 4.2.2

¹⁰² Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)

ved styrets handleplikt i utredningen som danner grunnlaget for odelstingsproposisjonen. Hva som er rimelig tid vil ifølge utredningen:

*«bero på omstendighetene f.eks. om selskapet er i oppstartingsfasen. Hvor styret arbeider med en refinansiering av selskapet vil dette ofte forutsette en høy grad av konfidensialitet, og det vil da ikke kunne være hensiktsmessig å innkalle til generalforsamling mens refinansieringsarbeidet pågår. Bestemmelsen tar også hensyn til at styret kan ha behov for noe tid til å vurdere situasjonen og utarbeide forslag til tiltak overfor generalforsamlingen».*¹⁰³

Uttalelsen understreker vilkårets skjønnsmessige karakter, men bringer til torgs eksempler på når styret kan utsette innkalling av generalforsamling uten å bryte handleplikten.

Det kan for det første synes som om styret gis en noe utvidet tid i en oppstartsfasen, sammenlignet med et selskap som har drevet lenge. For det andre er det klart at styret gis anledning til å gjennomføre prosesser der siktemålet er å oppnå forsvarlig egenkapital, som for eksempel en refinansieringsprosess. I slike situasjoner kan det være sentralt med konfidensialitet og dersom det er tilfellet må styret gis den tiden. Endelig gis styret, i følge utredningen, tid til å få oversikt over situasjonen og utarbeide forslag til tiltak som skal legges frem for generalforsamlingen. De ovennevnte eksemplene kan etter mitt skjønn deles opp i to kategorier av momenter som vil ha betydning for rimelig tid-vurderingen. Det første er selskapets omstendigheter og det andre er situasjonens kompleksitet.

Det er viktig å ha i bakhodet ved vurderingen av når styret plikter å innkalle til generalforsamling at innkalling til generalforsamling ikke er det samme som å gi opp. Generalforsamlingen innkalles både for å opplyse aksjeeierne om situasjonen som har inntruffet, men også for å gi dem en mulighet til å påvirke valg av strategi for å komme ut av uføret. I praksis er aksjeselskaper ofte små og aksjeeierne få, slik at selv om det ikke påligger aksjeeierne noe krav om ytterligere innbetaling, jf. aksjeloven § 1-2, vil dette ofte være et aktuelt og effektivt tiltak for å gjenopprette forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4.

¹⁰³ NOU 1996: 3 s. 147

5.3.1 Selskapets omstendigheter

Selskapets omstendigheter skal ifølge forarbeidene, illustrert ved oppstartingsfase, telle med i vurderingen av hva som er rimelig tid. I det følgende presenteres tre eksempler på omstendigheter som må vektlegges i en rimelig tid-vurdering.

5.3.1.1 Nyetablert selskap

At styret må gis tid før de plikter å innkalle til generalforsamling når det er snakk om et nyetablert aksjeselskap, er helt avgjørende av hensyn til å legge til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv. Nye selskaper, enten de bygger på produksjon av et nytt produkt, eller de skal tilby en tjeneste i et allerede konkurransepreget marked, er nødt til å gis tid etter oppstart for å få stablet på beina en inntektsbringende virksomhet. I en slik periode er det ikke usannsynlig at selskapet vil operere med lav til negativ egenkapital som følge av høye utgifter og lave inntekter, men med en godt utarbeidet forretningsplan og den riktige finansieringsplanen¹⁰⁴ må selskapet gis tid før det kreves at styret innkaller generalforsamlingen.

Dette kan illustreres med det tenkte selskapet Aksjeselskap AS (Aksjeselskapet), som er et nyopprettet selskap med forretningsvirksomhet innenfor dagligvarehandel på nett. Dagligvarehandel på nett er en bransje med tøff konkurranse fra andre aktører, men særlig fra den konvensjonelle dagligvarehandlingen i de fysiske butikkene.¹⁰⁵ Dersom Aksjeselskapet skal kunne slå seg inn og bli en konkurrent i markedet, må de gis anledning til å operere med svak økonomi til de kommer inn i en lønnsom drift.

5.3.1.2 Ekspansjon

Ved ekspansjon gjør mange av de samme hensynene som for et nyetablert selskap seg gjeldende. De forretningsmessige vurderinger vil retten være tilbakeholden med å overprøve, men ved ekspansjon har forarbeidene oppstilt en forventning om at ekspansjonen etterfølges av en økning av egenkapitalgrunnlaget.¹⁰⁶ Uttalelsen er i relasjon til forsvarlighetsvilkåret,

¹⁰⁴ HR-2016-1440-A

¹⁰⁵«Ny rapport: Kolonial.no må omsette for to milliarder for å tjene penger» E24 (2019)

¹⁰⁶ NOU 1996: 3 s. 147

men kan etter mitt skjønn ha betydning også for rimelig tid-vurderingen. Dersom selskapet ekspanderer uten en plan om økning av egenkapitalgrunnlaget, vil hensynet til kreditor kunne brukes som argument for at styret må avspises med noe mindre tid sammenlignet med et nyetablert selskap. Dersom selskapet imidlertid følger opp ekspansjon med tilsvarende økning i egenkapitalgrunnlaget, taler hensynet til et konkurransedyktig næringsliv for at de gis utvidet tid.

5.3.1.3 Bransjens volatilitet

Hvilken bransje selskapet opererer i må også ha betydning som moment i rimelig tid-vurderingen. For eksempel vil et selskap i en bransje med klare sesongbaserte svingninger gis tid dersom de går inn i den antatt beste perioden, før styret plikter å kalle inn generalforsamlingen. En slik regel ivaretar både hensynet til kreditor og aksjeeier, fordi en avvikling av selskapet før høysesongen vil kunne medføre større tap enn nødvendig for dem begge. Motsatt vil styret i et selskap som har uforsvarlig lav egenkapital, og som går inn i lavsesong, måtte handle raskt for å oppfylle handleplikten.

5.3.2 Kompleksitet

Den andre kategorien som nevnes i forarbeidene er at styret i noen tilfeller vil trenge tid til å vurdere situasjonen og utarbeide forslag til tiltak overfor generalforsamlingen.¹⁰⁷ I noen tilfeller vil det ta lang tid å vurdere situasjonen og utarbeide forslag, mens det i andre vil være relativt enkelt å fastslå situasjonen og finne veien ut av uføret.

Dette vil i stor grad sammenfalle med den oppståtte situasjons *kompleksitet*. Noen selskaper kan ha innviklede selskapsstrukturer med ulike avdelinger med tilhørende komplisert økonomisk struktur. Andre opererer innenfor et utall av bransjer og avhenger dermed av mange flere faktorer. Atter andre driver utelukkende innenfor ett forretningsområde med en trofast kundemasse.

Et tenkt eksempel kan være Altmulig AS som driver med bilimport, eiendomsmegling, reisebyrå og vaktmestertjenester. I et slikt selskap vil det være flere økonomiske og administrative greiner å holde styr på, og de ulike bransjene vil oppleve ulike svingninger og

¹⁰⁷ NOU 1996: 3 s. 147

ulik margin.¹⁰⁸ Disse omstendighetene medfører at det vil være tidkrevende å skaffe kontroll over den totale økonomiske situasjonen, samt at det kan være et tilsvarende stort utvalg av variabler som kan endres for å gjenopprette forsvarlig egenkapital. Det er åpenbart at det i en slik situasjon vil ta lengre tid å kartlegge status og alternativer, sammenlignet med et selskap som utelukkende driver import og internettsalg av én vare.

En naturlig følge er det da at styret i et selskap med svært kompleks struktur og virksomhet gis noe mer tid til å utarbeide forslag for generalforsamlingen, enn de som driver en begrenset virksomhet.

5.3.3 Øvre grense

Når det kommer til spørsmålet om lengste tid styret har på seg til de må ha innkalt generalforsamlingen, inneholder aksjeloven § 3-5 inneholder ingen tallfestet øvre grense. I allmennaksjelovens parallelle bestemmelse om styrets handleplikt, asal. § 3-5, gis styret en øvre grense på seks måneder i de tilfeller handleplikten inntreer som følge av at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Denne fristen har begrenset overføringsverdi som rettesnor i relasjon til aksjeloven § 3-5 av to årsaker. Den knytter seg for det første til et vilkår som ikke lenger finnes i aksjeloven § 3-5.¹⁰⁹ For det andre er seksmånedersfristen et resultat av Norges forpliktelser overfor EU.¹¹⁰ I tillegg er allmennaksjeselskaper annerledes fra aksjeselskaper når det kommer til eierstruktur og hensynene bak bestemmelsen kan variere noe.

Faktisk står det i lovens forarbeider at det ikke foreslås noen bestemte tidsgrenser med hensyn til når tiltakene må være gjennomført siden dette vil bero på de konkrete forholdene og hva som er «*naturlig og hensiktsmessig*».¹¹¹ Uttalelsen kommer i relasjon til kravet om forslag om oppløsning, men peker direkte på bruken av vilkåret «rimelig tid» og er derfor relevant. Det foreligger følgelig ikke noen kvantifisert grense for når styret senest må ha kalt inn til generalforsamling, men avhenger av hva som er naturlig og hensiktsmessig i det enkelte tilfellet.

¹⁰⁸ Jf. kapittel 5.2

¹⁰⁹ Lov av 16. Juni 2017 nr. 71

¹¹⁰ EU-direktiv 2012/30/EU

¹¹¹ NOU 1996: 3 s. 147

5.3.4 Utgangspunktet for vurderingen

For å vurdere hva som anses som rimelig tid må det settes et utgangspunkt for vurderingen. Bestemmelsen oppgir ingen uttrykkelig startfrist, men en systembetragtning taler for at rimelig tid-vurderingen må ta utgangspunkt i det tidspunkt når handleplikten inntreer.¹¹² I realiteten er dette eneste håndfaste tidspunkt som er egnet til å danne utgangspunktet for en rimelig tid-vurdering. Siden styrets handleplikt inntreer umiddelbart og bestemmelsen ikke inneholder noe annet definerbart tidspunkt, må utgangspunktet for rimelig tid-vurderingen tas i det tidspunkt da det må antas at egenkapitalen er uforsvarlig, jf. drøftelsen i kapittel 5.2.

5.3.5 Noen prinsipielle betraktninger

Vurderingen av hva som er rimelig tid vil kunne variere stort i tråd med de ovennevnte momentene. Det er derfor grunn til å trekke noen overordnede linjer om rimelig tid-vurderingen. Utgangspunktet for vurderingen sammenfaller med inntreden av handleplikten.¹¹³ Vilkåret er videre svært skjønnsmessig og dette bærer bud om en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.

Det følger av forarbeidene at det i rimelig tid-vurderingen skal tas hensyn til blant annet omstendighetene ved selskapet og dets kompleksitet.¹¹⁴ Dette er i følge de samme forarbeidene momenter også i forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4 og dette byr etter mitt skjønn på faktiske og lovtekniske utfordringer.

I de øvrige eksemplene som presentert ovenfor, faller vurderingen av forsvarlig egenkapital etter § 3-4 og rimelig tid etter § 3-5 naturlig sammen, ved at et skjerpet krav ved forsvarlighetsvurderingen kan medføre tilsvarende utvidet frist i vurderingen av rimelig tid. For eksempel vil det tenkte selskapet Altmulig AS, jf. ovenfor, på grunn av sin komplekse og omfattende virksomhet oppleve at det stilles et strengt krav til egenkapitalen for at den skal være forsvarlig, men på grunn av den samme kompleksitet vil styret gis lengre tid til å behandle saken før det kreves innkalling til generalforsamling.

¹¹² Jf. kapittel 5.2

¹¹³ Jf. kapittel 5.2

¹¹⁴ NOU 1996: 3 s. 146

I tilfellet nyetablert selskap vil vurderingene etter § 3-4 og § 3-5 by på retts tekniske utfordringer. Som nevnt i kapittel 3 uttrykker forarbeidene at et selskap i oppstartingsfasen må gis tid, med den følge at de kan drive med underskudd og negativ egenkapital uten at dette trenger å medføre uforsvarlig lav egenkapital, jf. § 3-4. Oppstartingsfase skal også vektlegges i rimelig tid-vurderingen og gi styret en utvidet frist før de må innkalle generalforsamlingen, jf. § 3-5.¹¹⁵ I et tenkt scenario kan da et nyoppstartet selskap først drive med underskudd og negativ egenkapital i lang tid, slik at de de facto driver på kreditors regning uten at egenkapitalen anses uforsvarlig. Når egenkapitalen til sist konstateres å være uforsvarlig lav inntreer handleplikten og styret skal fra dette tidspunkt gis rimelig tid før de må innkalle til generalforsamling. Siden oppstartingsfase også er et moment i rimelig tid-vurderingen, som i utgangspunktet skal medføre utvidet tid, kan selskapet etter loven fortsette å drive på kreditors regning og påføre kreditor og aksjeeiere tap.¹¹⁶

En slik praktisering av reglene om styrets handleplikt vil gi styremedlemmer i nyopprettede selskap et sterkt vern mot erstatnings- eller straffansvar, noe som vil kunne gjøre det lettere å skaffe styremedlemmer til nyopprettede selskap. Aksjeeier er ikke ansvarlig for større sum enn den innskutte aksjekapitalen, jf. aksjeloven § 1-2, og ofte i nyetablerte selskaper finnes aksjeeierne blant styremedlemmer, slik at denne praktiseringen også vil kunne gjøre det mer attraktivt å opprette selskap. Å legge til rette for nyetableringer er svært viktig for å bidra til et konkurransedyktig næringsliv, økt verdiskaping samt skaffe inntekter til staten. Imidlertid vil dette kunne ramme kreditorene i stor grad, med den følgen at det kan bli tilsvarende vanskelig å opprettholde et konkurransedyktig næringsliv, fasilitere for verdiskaping og skaffe inntekter til staten. Dersom kreditor i liten grad ivaretas av lovreglene vil de kanskje være forsiktig med å gi kreditt, og uten kreditt vil det være vanskelig for nyetablerte selskaper å bygge opp den virksomheten som kreves for å bli levedyktig og bidra til et konkurransedyktig næringsliv.

En alternativ løsning er at det gjennomføres en videre skjønsmessig helhetsvurdering, hvor både forsvarlighetsvilkåret og rimelig tid-vurderingen inngår. Dette vil etter mitt skjønn medføre en lovteknisk svært uheldig regel. Forsvarlighetskravet er ment å være en påminner til styret om å holde en kontinuerlig oversikt over selskapets egenkapitalsituasjon.¹¹⁷ Handleplikten er en spesifisering av styrets forvaltningsansvar etter aksjeloven § 6-12 og

¹¹⁵ Jf. kapittel 5.2.1.1

¹¹⁶ Ibid

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

utgjør et alternativt ansvarsgrunnlag etter aksjeloven § 17-1, som skulle gjøre det lettere å konstatere erstatningsansvar.¹¹⁸ Begge uttrykker på ett vis styrets overordnede forvaltningsansvar, men lovteknisk er det svært uheldig å fravike lovens ordlyd og forarbeider og basere en vurdering utelukkende på hensynene bak lovbestemmelsene. En slik overordnet vurdering er også svært lite egnet til å skape forutberegnelighet for kreditor, aksjeeier og styremedlem, med den mulige følgen at man vegrer seg for å etablere selskap, delta i styrearbeid eller gi kreditt. Følgelig vil denne løsningen kunne bli en skranke for et konkurransedyktig næringsliv, verdiskaping og statlige inntekter.

Dersom resultatet blir et utvidet vern for aksjeeiere i et nyopprettet selskap, for å legge til rette for nyetablering og et konkurransedyktig næringsliv, vil dette kunne påvirke kreditorene tilsvarende negativt ved at de holder på pengene. Følgelig vil ønsket om å stimulere til verdiskaping gjennom vern av aksjeeiere i nyopprettede selskap kunne ende i et nullsumspill.

5.4 Plikten til å foreslå selskapet oppløst

Aksjeloven § 3-5 annet ledd krever at styret skal foreslå selskapet oppløst «[h]vis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd tredje punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre». Spørsmålet er når plikten til å foreslå oppbud inntreer og hvor lang tid styret har på seg til å foreslå dette.

Bestemmelsen oppstiller ikke etter sin ordlyd en konkret tidsramme for når oppløsning må være foreslått. Av forarbeidene kan dette leses om plikten til å oppløse selskapet:

«Det foreslås ingen bestemte tidsgrenser for når tiltakene må være gjennomført, siden det etter departementets syn i stor grad vil bero på de konkrete forholdene hva som er naturlig og hensiktsmessig.»¹¹⁹

Uttalelsen viser i likhet med lovteksten tilbake til de handlingene styret plikter å gjennomføre og legger forøvrig opp til en skjønnsmessig vurdering ut fra hva som er naturlig og hensiktsmessig.

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 51

¹¹⁹ NOU 1996: 3 s. 146

Systembetraktninger gjør at bestemmelsen må forstås avgrenset i det lengste mot den oppbudsplikten som inntreer etter straffeloven § 407, slik at plikten for styret til å foreslå oppbud for generalforsamlingen inntreer tidligere enn oppbudsplikten i straffeloven. Dette fordi oppbudsplikten i straffeloven inntreer ved insolvens, mens styrets handleplikt bare krever at egenkapitalen er uforsvarlig. At aksjeloven § 3-5 trer inn på et tidligere tidspunkt enn straffeloven § 407 taler for at dette også må gjelde plikten til å foreslå oppbud. Etter straffeloven § 407 får styret dessuten en egen kompetanse til å melde oppbud, mens aksjeloven § 3-5 ikke medfører den samme kompetansen. Ved passivitet helt til oppbudsplikten i straffeloven inntreer, må følgelig styrets plikt til å foreslå oppbud antas å være passert.

Følgelig har styret så lang tid på seg til å foreslå oppløsning som synes naturlig og hensiktsmessig i det konkrete tilfellet, avgrenset oppad mot oppbudsplikten i straffeloven.

Spørsmålet er så når plikten til å foreslå oppbud inntreer.

Etter bestemmelsens inntreer plikten til å foreslå oppbud «hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå» tiltak eller dersom de foreslåtte tiltakene «ikke lar seg gjennomføre».

En naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd tilsier at vilkårene følger hverandre i tid.

Plikten inntreer først dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak, men kan deretter inntre dersom de foreslåtte tiltakene ikke lar seg gjennomføre.

Av ordlyden «hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå», følger også at styret må gis tid til å undersøke hvilke tiltak som finnes for så å vurdere om de er egnet til å bedre egenkapitalen.¹²⁰ Hvor lang tid styret må gis for å vurdere om det finnes tiltak må ses i sammenheng med hvor lang tid de har etter rimelig tid-vurderingen.¹²¹ Disse tidspunktene må antas å være sammenfallende, fordi dersom styret finner tiltak som krever generalforsamlingens involvering vil ikke plikten til å foreslå oppbud inntre. Dersom de derimot ikke finner tiltak å foreslå før de plikter å innkalle generalforsamlingen, vil plikten til å foreslå oppbud inntre.

¹²⁰ Jf. kapittel 4.2

¹²¹ Jf. kapittel 5.2

En naturlig forståelse av ordlyden «ikke lar seg gjennomføre» vitner om at styret må gis tid til å gjennomføre foreslåtte tiltak. Dermed vil plikten etter dette vilkåret inntre på et senere tidspunkt. Imidlertid følger det av forarbeidene at dette alternativet også innbefatter tilfellet der generalforsamlingen avviser foreslåtte tiltak.¹²² Disse vil da ikke la seg gjennomføre og dermed inntre plikten til å foreslå oppbud. Dersom tiltak vedtas på generalforsamlingen må styret gis tid til å gjennomføre disse tiltakene. Sett i lys av hva som synes naturlig og hensiktsmessig kan det være grunn til å gi styret så lang tid at de enten får gjennomført tiltakene eller at tiltakene på et senere tidspunkt viser seg å ikke være gjennomførbare. Hvis tiltakene viser seg å ikke la seg gjennomføre etter at de er igangsatt, og det heller ikke finnes alternative tiltak må plikten til å foreslå selskapet oppløst oppstå på det tidspunkt det kan konstateres at tiltaket ikke lar seg gjennomføre. Dersom foreslåtte tiltak ikke lar seg gjennomføre, men styret finner grunnlag for å foreslå andre tiltak vil ikke plikten til å foreslå oppbud inntre, før de andre tiltakene eventuelt er nedstemt på generalforsamling eller viser seg ugjennomførbare.

Dersom plikten inntre på generalforsamling må det antas at det er naturlig og hensiktsmessig å foreslå selskapet oppløst på den generalforsamlingen.¹²³ Dersom plikten inntre utenfor generalforsamling må det synes naturlig og hensiktsmessig at styret så raskt som mulig innkaller generalforsamlingen og foreslår selskapet oppløst.¹²⁴ Rask avvikling er som regel i alles interesse når situasjonen er slik at det ikke finnes tiltak som kan gjenopprette forsvarlig egenkapital og legge til rette for fortsatt drift.

6 Bortfall av handleplikten

Bestemmelsen i aksjeloven § 3-5 oppstiller positivt når styret har en plikt til å agere og bedre egenkapitalsituasjonen. Følgelig må handleplikten anses å opphøre når vilkårene i § 3-5 ikke lenger er til stede. Sagt med andre ord så vil ikke styret ha noen handleplikt når egenkapitalen må antas å være forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet. Dette gjelder uavhengig av hvilken årsak som sørger for at egenkapitalen gjenopprettes.

¹²² NOU 1996: 3 s. 146

¹²³ Jf. asl. §§ 5-5, 5-6, 5-10 og 16-1

¹²⁴ Ibid

Handleplikten kan også opphøre ved at styret gjør alt som påligger dem etter bestemmelsen. Dersom generalforsamlingen er innkalt og styret gir en redegjørelse og foreslår tiltak, vil handleplikten etter sin ordlyd være oppfylt og følgelig bortfalt når styret har foreslått tiltakene. Dette avhenger av at tiltakene gjennomføres og faktisk gjenoppretter forsvarlig egenkapital.

Dersom de foreslåtte tiltakene ikke vedtas og egenkapitalen dermed fortsatt er uforsvarlig lav, vil handleplikten inntre på nytt. Den vil i realiteten inntre på nytt med en gang generalforsamlingen er over, jf. drøftelsen i kapittel 5.2. I teorien vil styret da få ny tid på seg til å behandle saken. Det kan antas at styret gis kortere tid gang nummer to, som følge av at de nå forventes å kjenne situasjonen godt og er rustet til raskt å foreslå tiltak eller foreslå selskapet oppløst.

Dersom styret ikke evner å gjenopprette egenkapitalen og selskapet ikke vedtas oppløst, må styremedlemmene trekke seg for å unngå ansvar.

7 Følgene av brudd på handleplikten

7.1 Innledning

Aksjeloven § 3-5 inneholder ikke egen sanksjonsbestemmelse. Følgene av brudd på styrets handleplikt følger av ansvarsbestemmelsene i aksjeloven §§ 17-1 og 19-1.

Etter aksjeloven § 19-1 kan «medlem av styret» som «forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelse gitt i eller i medhold av loven her» straffes «med bøter eller under skjerpene forhold med fengsel i inntil ett år». Etter aksjeloven § 17-1 kan selskapet, aksjeeier eller andre kreve at «styremedlem [...] erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende». Medvirkning kan også være ansvarsbetingende etter aksjeloven § 17-1. Felles for ansvarsbestemmelsene er at de er individuelle, slik at hvert enkelt styremedlem kan bli erstatnings- eller straffansvarlig bare for de brudd på aksjeloven som de beviselig har gjort eller medvirket til i kraft av å være styremedlem, jf. ordlyden «styremedlem» og «medlem av styret».

I det følgende vil jeg kort redegjøre for hvilke følger brudd på aksjeloven § 3-5 kan få for det enkelte styremedlemmet etter de to ansvarsbestemmelsene i aksjeloven.

7.2 Straffansvaret i § 19-1

Det følger av aksjeloven § 19-1 at «medlem av styret [...] som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelse gitt i eller i medhold av loven her» kan straffes. Normalstraffen er bøter, men i særlige tilfeller kan straffen settes til fengsel inntil ett år. I likhet med øvrige straffesanksjoner krever den strafferettslige bevisbyrde at handlingen må være bevist over enhver rimelig tvil for at noen skal straffes. Bestemmelsen supplerer de øvrige straffebudene som finnes i straffeloven og begrenser følgelig ikke straff for styremedlemmer til fengsel ett år. I relasjon til straffeloven vil systembetraktninger tale for at straffansvaret etter aksjeloven § 19-1, jf. § 3-5 avløses av straffeloven § 407 i de tilfeller selskapet er insolvent.

Det vil være mest aktuelt å ilegge styremedlemmer straffansvar etter § 19-1, jf. § 3-5 i de tilfeller deres handlinger har medført konkurs. Det er imidlertid ingen krav om at selskapet er insolvent for at styremedlemmer skal bli ansvarlig etter aksjeloven § 19-1. Borgarting lagmannsrett avsa 22. juni 2007 dom mot en aksjeeier som ble dømt for overtredelse av blant annet aksjeloven § 19-1 første ledd, jf. § 3-4, jf. § 3-5 for å ha unnlatt å begjære oppbud, ikke innkalt til generalforsamling og heller ikke foreslått tiltak som ville gitt selskapet forsvarlig egenkapital. I dommen uttaler lagmannsretten at:

«Manglende begjæring av oppbud er et betydelig problem i næringslivet, og det påfører ofte kreditorene betydelige tap. Allmennpreventive grunner tilsier at man legger seg på et strengt straffenivå. Dersom reaksjonen på slike forhold ikke blir følbar, vil det uthule formålet bak bestemmelsen.»¹²⁵

Problemet med manglende oppbudsbegjæring og dertil drift på kreditors regning er hensynet bak særbestemmelsen i straffeloven § 407.¹²⁶ Det må påpekes at det ikke finnes særlig mange straffesaker etter aksjeloven § 19-1 med utspring i brudd på styrets handleplikt etter

¹²⁵ LB-2007-41346

¹²⁶ Ot.prp.nr. 37 (2003-2004) s. 51

aksjeloven § 3-5, sammenlignet med erstatningssaker etter aksjeloven § 17-1. Følgelig kan det antas at aksjeloven § 19-1 tar de alvorlige bruddene på styrets handleplikt, der erstatningsansvar ikke anses tilstrekkelig, men at de groveste tilfellene vil, dersom selskapet blir insolvent, omfattes av straffeloven § 407.

7.3 Erstatningsansvaret i § 17-1

Av aksjeloven § 17-1 første ledd følger det at «[s]elskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at [...] styremedlem [...] erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende».

Bestemmelsen anses for å være en kodifisering av det generelle culpaansvaret, men er i følge forarbeidene ikke ment å utelukke andre saksøkte, saksøkere eller ansvarsgrunnlag.¹²⁷ Etter bestemmelsens ordlyd kan styremedlemmene bli erstatningsansvarlige for skade som påføres selskapet, aksjeeier eller andre. Vilkårene «aksjeeier» og «andre» ble inntatt ved lovendringen i 2006 og ifølge forarbeidene vil vilkåret «andre» typisk kunne omfatte selskapets kreditorer, men er ikke begrenset til disse.¹²⁸ Følgelig må vilkåret forstås å omfatte alle med en relasjon til selskapet og som kan påvise et tap påført dem som følge av styremedlemmets opptreden. Dette har en naturlig sammenheng med at bestemmelsen er ment som en kodifisering av det generelle culpaansvaret og at øvrige ansvarsgrunnlag også kan være aktuelle.

For at det skal tilkjennes erstatning etter aksjeloven § 17-1 kreves det i likhet med den generelle erstatningsretten et økonomisk tap, et ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget.

Etter bestemmelsen kreves det en «skade» som etter sin ordlyd virker å omfatte både tings-, person- og formueskader, men det er klart at det praktiske i relasjon til aksjeloven § 17-1 er formuestap. All den tid det er vanskelig for et styremedlem å påføre noen en tings- eller personskade i egenskap av å være styremedlem.

¹²⁷ Ot.prp.nr. 23 (1993-1994) s. 179

¹²⁸ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006)

Ansvarsgrunnlaget etter aksjeloven § 17-1 er forsett eller uaktsomhet, jf. «forsettlig eller uaktsomt». Ved vurderingen av om det foreligger ansvarsbetingende handling må det ses hen til de objektive plikter som påligger styremedlem.¹²⁹ I følge juridisk teori vil det være en presumsjon for at et styremedlem har opptrådt uaktsomt dersom vedkommende har brutt de objektive pliktene som påligger denne.¹³⁰

Årsakssammenhengen krever at styremedlemmet må ha utført en handling eller unnlater i egenskap av å være nettopp styremedlem som har medført et tap for den skadelidte. Den skadelidte må på sin side ha lidt et tap gjennom sin omgang med selskapet. Sagt med andre ord må skadevolderen ha forsømt sine plikter som styremedlem, som på sin side har medført et økonomisk tap hos skadelidte som handlet med selskapet.

I relasjon til styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5 er det etter det ovennevnte klart at dersom det kan påvises brudd på handleplikten som har medført skade hos en tredjepart som selskapet handler med, kan den skadelidte kreve erstatning av skadevolderen.

7.4 Betydningen av konkurs for ansvar

Hverken aksjeloven § 17-1 eller § 19-1 har som vilkår at insolvens har inntrådt for at det skal bli aktuelt å ilegge styret ansvar. Spørsmålet er om det i realiteten er et krav om at selskapet går konkurs for at det skal bli aktuelt å ilegge styremedlemmene ansvar.

Etter erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1 kreves, som nevnt ovenfor, at det må foreligge et «tap» for at det skal ilegges erstatningsansvar. Det kan i utgangspunktet tenkes at vilkåret «tap» også omfatter tap av egenkapital, uten at nivået går under det som er forsvarlig. Da er imidlertid ikke styrets handleplikt inntrådt, slik at det i den situasjonen ikke vil være aktuelt å ilegge styremedlemmer ansvar etter aksjeloven § 17-1, jf. § 3-5, jf. § 3-4. Det kan på den annen side tenkes at egenkapitalen går under forsvarlig nivå og at den aldri gjenopprettes til det den en gang var. Men igjen må det ses på kravet til styret; det eneste kravet til styret etter § 3-5 er å forsøke å sørge for at egenkapitalen igjen når et forsvarlig nivå.¹³¹ Dersom styret

¹²⁹ HR-2016-1440-A

¹³⁰ Aarum (1994) s. 221

¹³¹ Jf. kapittel 4 og 5

oppfyller handleplikten etter § 3-5, men egenkapitalen aldri når samme høyde, kan de ikke bli erstatningsansvarlige etter § 17-1, jf. § 3-5, jf § 3-4. I tillegg følger det av rettspraksis at styret skal gis et stort skjønn når det kommer til forretningsmessige avgjørelser.¹³²

Sagt med andre ord skal det ikke være erstatningsbetingende å være dårlig til å drive business. Hvorvidt noen av de ovennevnte eksemplene kan medføre erstatningsansvar etter andre regler avgrenser denne avhandlingen mot.

Det finnes heller ikke i aksjeloven § 19-1 et vilkår om inntreden av insolvens for at straffansvar skal være aktuelt. Imidlertid er det et enda strengere krav til tjenesteforsømmelse for at noen skal dømmes etter straffansvarsbestemmelsen i aksjeloven.¹³³ Følgelig vil et tilfelle med lavere, men gjenopprettet forsvarlig egenkapital, som skissert ovenfor, ikke være straffbart etter § 19-1, jf. § 3-5.

Til tross for at ingen av bestemmelsene krever konkurs har jeg ikke funnet noe rettspraksis som ilegger ansvar etter §§ 17-1 eller 19-1 uten at selskapet har gått konkurs. Følgelig kan det antas at styreansvar etter aksjeloven § 3-5 i praksis aktualiseres først etter konkurs.

8 Avsluttende bemerkninger

Det er to problemstillinger som fremstår uavklarte og disse er (1) når handleplikten inntreer og (2) forholdet mellom forsvarlighetskravet i § 3-4 og rimelig tid-vurderingen i § 3-5.¹³⁴

Som nevnt i kapittel 5.2 er det uavklart hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for å avgjøre når handleplikten inntreer. Det er skissert tre ulike alternativer som hver har sin rettskildemessige støtte. Jeg tar til orde for én løsning. Lagmannsretten har tatt to ulike standpunkt og det hadde derfor vært interessant å få Høyesterett sitt syn på spørsmålet slik at vi får en avklaring av tidspunktet for handlepliktens inntreden.

¹³² HR-2016-1440-A

¹³³ Sml. § 17-1

¹³⁴ Jf. kapittel 5

Den andre problemstillingen er forholdet mellom forsvarlighetskravet i § 3-4 og rimelig tid-vurderingen i § 3-5. Slik jeg redegjør for de to vurderingene i kapittel 3 og 5 skal begge vurderingene ta hensyn til blant annet om selskapet er nyopprettet.¹³⁵ Jeg skisserte en mulig løsning i punkt 5.2.5 som innebar en mer overordnet konkret rimelighetsvurdering der de to vilkårene ses på samlet, for å avgjøre hvor lang tid selskapet skal få holde på med lav/negativ egenkapital og når styret da må innkalle til generalforsamling. Den såkalte løsningen er ment mer som en skissering av utfordringen med lovbestemmelsene, enn en faktisk løsning. En overordnet konkret rimelighetsvurdering basert på de hensyn som gjør seg gjeldende i det aktuelle tilfellet vil være vilkårlig og er lite egnet til å ivareta hensynet til forutberegnelighet. En overordnet skjønsmessig vurdering vil i noen tilfeller kunne avbalansere de hensyn som gjør seg gjeldende i det tilfellet på en god måte, men vil i andre tilfeller lykkes dårligere. Særlig er det hensynet til kreditor på den ene siden og ønsket om å legge til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv på den andre siden som fremstår som en kompleks avveining som kan føre til sprikende resultater. Det er ikke ønskelig med vilkårlighet i spørsmål som kan ha betydning for et stort omfang personer, ref. kapittel 1.3.

Det kan være vanskelig å lage en one size fits all-regel og det er neppe hensiktsmessig all den tid vurderingene er konkret skjønsmessige og tar inn i seg mange momenter. Det kan også hende at forholdet mellom forsvarlighetsvurderingen og rimelig tid-vurderingen aldri vil by på noen praktiske problemer i det virkelige liv. Det er likevel etter mitt skjønn en interessant teoretisk og pedagogisk problemstilling i lys av den alminnelige rettskildelære. Avveiningen av hensynet til kreditor overfor ønsket om å legge til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv er en prinsipiell og vanskelig avveining, som det bør ligge til lovgiver å gjennomføre.¹³⁶

¹³⁵ HR-2016-1440-A og NOU 1996: 3 s. 146

¹³⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 14

Litteraturliste

Lover

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven), LOV-1997-06-13-44

Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), LOV-1997-06-13-45

Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven), LOV-1984-06-08-58

Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven), LOV-1998-07-17-56

Lov om straff (straffeloven), LOV-2005-05-20-28

Forarbeider

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning

NOU 2016:22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping

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

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

Prop. 148 L (2010-2011) Endringer i aksjeselskaper m.v. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital m.v.)

Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen m.v. (forenklinger)

Prop. 112 L (2016-2017) Endringer i aksjelovgivningen m.v. (modernisering og forenkling)

Prop. 100 L (2017-2018) Endringer i aksjelovgivningen m.v. (oppløsning og avvikling, mellombalanser m.m.)

Norsk rettspraksis

Fra Høyesterett

HR-2016-1440-A

Rt. 1996 s. 672

Underrettspraksis

RG-2007-1625

LA-2007-37537

LB-2007-41346

TBERG-2015-69325

EU-kilder

Sak C-212/97 *Centros*

09.03.1997, ECLI:EU:C:1999:126

EU-direktiv 2012/30/EU

Juridisk litteratur

Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 2017

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone; Skåre Jan, *Aksjeloven og allmennaksjeloven Lovkommentar*, 4. utgave, 2017

Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, 1994

Aarum, Kristin Normann, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, 1994

Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2016

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, 2016

Andenæs, *Selskapsrett*, 2007

Andenæs, Mads Henry, *Selskapsrett*, 2007

Woxholth, *Selskapsrett*, 2018

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 6. utgave, 2018

Juridiske artikler

Braaten, *Er aksjeloven § 3-4 og aksjeloven § 8-1 (4) to sider av samme sak?*, Ntfs 04/2011

Braaten, Kristine Veiteberg, *Er aksjeloven § 3-4 og aksjeloven § 8-1 (4) to sider av samme sak?*, trykket i Norsk tidsskrift for selskapsrett nr. 4 2011, s. 8-23.

Løvdal, *Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5*, Tff 04/2003

Løvdal, Elin Mack, *Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5*, trykket i Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 2003, s. 472-569.

Meyer-Myklestad, *Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper*, JV 01/2017

Meyer-Myklestad, Johannes, *Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper*, trykket i Jussens Venner nr. 1 2017, s. 45-66.

Perland, *Styremedlemmers erstatningsansvar*, Praktisk økonomi & finans 2013/02

Perland, Olav Fr., *Styremedlemmers erstatningsansvar*, trykket i Praktisk økonomi & finans nr. 2 2013, s. 21-32

Utredninger

Knudsen, *Forenkling og modernisering av aksjeloven*, 2011

Knudsen, Gudmund, *Forenkling og modernisering av aksjeloven*, en utredning av advokat Gudmund Knudsen skrevet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet, overlevert departementet 7. januar 2011. Tilgjengelig på regjeringen.no

Nettartikler

Sysla

Flaaten, G (2018), «-Sakene som havner i retten, er bare toppen av isfjellet», *Sysla.no* [Internett], 9. januar 2018. Tilgjengelig fra: <<https://sysla.no/maritim/sakene-som-havner-retten-er-bare-toppen-av-isfjellet/>> [Lest 18. mars 2019]

E24

Hopland, S (2019), «Ny rapport: Kolonial.no må omsette for to milliarder for å tjene penger», E24 [Internett], 23. mars 2019. Tilgjengelig fra: <<https://e24.no/naeringsliv/netthandel/ny-rapport-kolonial-no-maa-omsette-for-to-milliarder-for-aa-tjene-penger/24581467>> [Lest: 2. april 2019]

SSB

Statistisk sentralbyrå, «Reiseundersøkelsen», oppdatert 27. mai 2019. Tilgjengelig fra: <<https://www.ssb.no/transport-og-reiseliv/statistikker/reise/kvartal>>

Vedlegg

Tabell 1 – antall aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper i Norge

	Foretak										
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Aksjeselskap (AS)											
Alle størrelser på styret											
Kjønn i alt											
Alle størrelsesgrupper											
00-99 Alle næringer	211 069	212 812	214 753	219 744	235 879	250 163	264 323	277 370	290 910	306 031	320 091
Allment aksjeselskap (ASA)											
Alle størrelser på styret											
Kjønn i alt											
Alle størrelsesgrupper											
00-99 Alle næringer	414	359	338	312	277	253	238	227	215	215	213

Kilde: <https://www.ssb.no/statbank/table/08671/>

Tabell 2 – antall styreveroller i norske aksjeselskaper

Styrerepresentantar og daglege leiarar i aksjeselskap			
	2019		2018 - 2019
	Antall	Andel	Endring i prosent
Styrerepresentantar i AS			
I alt	615 654	100,0	3,6
Menn	499 578	81,1	3,3
Kvinner	116 076	18,9	4,9
Styrerepresentantar i ASA			
I alt	1 234	100,0	-0,5
Menn	709	57,5	-1,4
Kvinner	525	42,5	0,8
Daglege leiarar i AS			
I alt	240 093	100,0	2,7
Menn	200 604	83,6	2,6
Kvinner	39 489	16,4	3,5
Daglege leiarar i ASA			
I alt	211	100,0	-0,9
Menn	197	93,4	-0,5
Kvinner	14	6,6	-6,7

Kilde: <https://www.ssb.no/styre/#scroll>

Tabell 3 – antall styreroller pr styremedlem

Styrerepresentantar i AS og ASA, etter talet på styreroller og kjønn						
	2019					
	Tal på styrerepresentantar			Prosent		
	I alt	Menn	Kvinner	I alt	Menn	Kvinner
I alt	314 554	234 197	80 357	100,0	100,0	100,0
1 styrerolle	207 731	145 291	62 440	66,0	62,0	77,7
2-3 styreroller	74 953	60 369	14 584	23,8	25,8	18,1
4-5 styreroller	17 228	15 107	2 121	5,5	6,5	2,6
6-9 styreroller	9 253	8 421	832	2,9	3,6	1,0
10-19 styreroller	4 078	3 770	308	1,3	1,6	0,4
20-49 styreroller	1 143	1 083	60	0,4	0,5	0,1
50-99 styreroller	147	137	10	0,0	0,1	0,0
100 eller fleire styreroller	21	19	2	0,0	0,0	0,0

Kilde: <https://www.ssb.no/styre/#scroll>