

Mastergradsoppgave

JUS399

Forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper

Aksjelovens § 3-4 og § 3-5

Kandidatnr:

165958

Veileder:

Egil Horstad

Antall ord

14369

29.05.2012

Innhold

1. Innledning.....	3
1.1 Et typetilfelle	3
1.2 Rettslig utgangspunkt.....	4
2. Rettskildene.....	6
3. Formål og bakgrunn – kreditorvern	7
4. Egenkapital og aksjekapital	10
5. Aksjelovens § 3-4 – bestemmelsens anvendelsesområde	12
5.1 «Selskapet»	12
5.2 «Til enhver tid».....	12
5.3 Egenkapital	13
5.3.1 Bokført og reell egenkapital	14
5.3.2 Et utvidet egenkapitalbegrep	15
5.3.3 Fortsatt drift	16
5.3.4 Oppsummering om egenkapital.....	17
5.4 Forsvarlighetskravet	17
5.4.1 Risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.....	17
5.4.2 Vesentlige momenter når forsvarlighetsvurderingen skal foretas i praksis	19
5.4.3 Forsvarlighetskravet i rettspraksis	22
5.4.3.1 Rt. 1991 s. 119.....	23
5.4.3.2 Rt. 1996 s. 672	24
5.4.4 Likviditet eller soliditet?	24
5.4.5 Godt forretningsskjønn/ forsvarlig forretningsdrift	27
5.5 Oppsummering om forsvarlig egenkapital	28
6. Styrets handleplikt.....	29
6.1 Tidspunktet for når handleplikten inntreffer	30

6.2 Når styret skal behandle saken	32
6.3 Hva ligger i å «behandle saken»	32
6.4 «foreslå tiltak»	34
6.4.1 Selskapet har ikke en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4	34
6.4.2 Egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen	34
6.5 Plikt til å foreslå selskapet oppløst	37
7. Virkning	37
8. Avsluttende bemerkninger	39
Kilder	41

1. Innledning

1.1 Et typetilfelle

I Norge er det i dag 219 977 aksjeselskaper (AS)¹. Alle disse selskapene har et styre, jf. asl.² § 6-1. En samtale på et styremøte i ett av disse styrene kan typisk forløpe slik:

Styreformann Schei: «Etter min mening er selskapet vårt, Dykkerskolen AS, modent for utvidelse. Jeg mener det er på høy tid å åpne en ny filial og mener at denne bør ligge i Oslo sentrum, nærmest mulig Aker Brygge og vannet.»

Styremedlem Skoghøy: «Er det ikke litt risikofylt å åpne en ny butikk midt i Oslo sentrum? Og spesielt på et så dyrt sted som Aker Brygge?»

Styremedlem Matningsdal: «Jeg må si jeg er litt enig med Skoghøy her. Vår nåværende butikk gjør det riktignok bra, og det er jo en kjempefordel for oss at vi er de eneste i østlandsområdet som fører dykkerdrakter og utstyr av merket Diveware. Jeg tenker likevel at det kan bety en ganske stor økning i leieutgifter om vi åpner enda en butikk i tillegg til den vi nå har her i Lillestrøm sentrum.»

Styreformann Schei: «Det er den slags negativ tankegang som gjør at bedrifter ikke lykkes. Uten å ta risiko blir man aldri suksessfull!»

Styremedlem Skoghøy: «Det er sant nok det, men jeg er bare nervøs for at bedriften vår skal gå konkurs.»

Styreformann Schei: «Det er en risk vi må være villige til å ta om vi skal lykkes! Går den konkurs så går den konkurs. Det er jo nettopp derfor vi har registrert bedriften som et AS. Det betyr at bedriften er en egen juridisk person, ergo så slipper vi personlig ansvar dersom den går konkurs. I verste fall taper vi aksjekapitalen vi har skutt inn.»

Styremedlem Matningsdal: «Det jeg er bekymret for er at vår egenkapital ikke holder mål. Vi kan ikke regne med å gå med overskudd med en gang med en så spesialisert butikk, spesielt ikke om vi åpner den nå som det er lavsesong for dykking. Leien for et lokale i nærheten av Aker Brygge vil bety en mangedobling av de utgiftene vi allerede har. Er dette virkelig en risiko det er forsvarlig å ta?»

¹ Registrert per 31.12.2011, se http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2012/01/fr-statistikk_n.html

² Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44.

Styreformann Schei: «Om risikoen er forsvarlig må jo være opp til oss å bedømme. Det er vi som styrer dette selskapet. Egenkapitalen er kanskje ikke veldig høy, men jeg tror den holder. Vi har jo eneretten på merket Diveware! Dette må jo bli en suksess. Risikoen er høy, det er sant, men den potensielle gevinsten er enda høyere. Er dere med meg? Alle som stemmer for at vi utvider selskapet viser dette ved stemmegivning nå.»

Styremedlem Skoghøy: «Jeg er enig med styreformann Schei og støtter forslaget om å utvide bedriften med enda en filial i Oslo sentrum.»

Styremedlem Matningsdal: «Likeså.»

Styret vedtar så å utvide Dykkerskolen AS med en ekstra filial, og lokaler blir leiet på Aker Brygge. Det må også ansettes to nye personer i bedriften. Totalt blir utgiftene for bedriften Dykkerskolen AS tredoblet.

Dette kan være en typisk utvikling for et aksjeselskap som ønsker rask ekspansjon.

Vi kan videre tenke oss at Dykkerskolen AS får problemer fordi leieutgiftene på lokalet på Aker Brygge er høyere enn inntektene. Mange personer som tidligere tok dykkerkurs og leide eller kjøpte utstyr i butikken i Lillestrøm gjør nå dette på Aker Brygge istedenfor. Derfor minker også inntektsgrunnlaget for den opprinnelige filialen, uten at leieutgiftene senkes av den grunn. Avhengig av egenkapitalen til selskapet vil bedriften derfor før eller siden gå konkurs dersom ikke tiltak settes i verk for å enten øke inntektene eller senke utgiftene.

1.2 Rettslig utgangspunkt

Som eksempelet viser kan det være stor vilje hos et styre til å ta risiko. At selskaper (og privatpersoner) tør å ta risiko er en vesentlig forutsetning for økonomisk vekst i det norske samfunnet. Mange av Norges rikeste menn og mektigste selskaper er blitt dette nettopp ved å være villige til å ta risiko. Det er likevel ikke samfunnsmessig ønskelig at et aksjeselskap tar uforsvarlig stor risiko, da dette vil kunne øke sjansen for en konkurs i selskapet. Ved en konkurs vil aksjonærene som utgangspunkt tape sin innskutte aksjekapital. Dette kan selvsagt være en stor påkjenning for en aksjonær som muligens har selskapet som sitt levebrød, men tapet vil samtidig være begrenset til nettopp innskuddet.

Aksjeselskapets kreditorer vil derimot risikere å tape hele sitt krav mot selskapet. Det er derfor ønskelig at selskapets mulighet til fritt å ta risiko reduseres noe for å unngå konkurs.

Det er her aksjelovens regler om forsvarlig egenkapital kommer inn i bildet. Disse finnes i aksjelovens kapittel 3 nr. II.

Asl. § 3-4 har overskriften «forsvarlig egenkapital» og fastslår at «Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Ordlyden i § 3-4 er skjønnsmessig utformet, og tar sikte på å være en rettslig standard³. Ordlyden skal med andre ord suppleres og utfylles med praksis fra både jussen og forretningslivet.

Regelen om forsvarlig egenkapital i § 3-4 er knyttet tett opp mot handlingsplikten for styret som følger av § 3-5. Dersom egenkapitalsituasjonen i selskapet ikke lenger er forsvarlig, oppstår i henhold til § 3-5 en handleplikt for styret hvor saken må legges frem for generalforsamlingen. Det samme gjelder dersom egenkapitalen faller til et nivå under halve aksjekapitalen.

Å beløpsfeste forsvarlighetskravet er klart nok ikke mulig på generelt grunnlag⁴. Til det finnes for mange variabler ut fra forskjellige selskapstyper og situasjoner. Det er imidlertid mulig å angi visse utgangspunkter og retningslinjer som må legges til grunn ved bedømmelsen.

Om forsvarlighetskravet nevnes i forarbeidene at «det [er] gjennom ansvarsregler og sanksjonsregler for ledelsen i selskapet, mulig å motivere disse til å drive selskapet forsvarlig slik at kreditorene ikke utsettes for en uakseptabel risiko for tap»⁵. Det påpekes imidlertid at ingen lovregler kan hindre at et aksjeselskap går med tap⁶. En så streng regulering er heller ikke ønskelig. Spørsmålet hele forsvarlighetsvurderingen koker ned til er dermed: Hvor stor risiko ønsker vi at et aksjeselskap skal ha mulighet til å ta ved utførelsen av sin virksomhet? Jo mindre egenkapital i bakhånd ved dårlige økonomiske valg, jo større risiko tar selskapet.

I eksempelet som benyttes i innledningen ønsket Dykkerskolen AS å åpne en ny filial for å øke sin omsetning. At bedrifter utvider sin virksomhet er ønskelig, og er også en nødvendig og positiv forutsetning for landets økonomiske utvikling. At en bedrift biter over for mye og går konkurs er negativt for utviklingen, og bør i størst mulig grad unngås. Spørsmålet er hvor linjen skal trekkes for hva som er akseptabel, og hva som er uakseptabel risiko. Det er klart at aksjonærene kan gjøre som

³ Ot.prp nr. 36 (1993-94) s 68, sitert med tilslutning i Ot.prp nr. 23 (1996-1997) s. 51, se Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2.utgave, Oslo 2006 s. 418

⁴ Se Hilde L. Krogh «Forsvarlig egenkapital» etter nye aksjelover – styrets og daglig leders plikter og ansvar, Revisjon og regnskap, nr. 7 1997, s. 331-334, på s. 332.

⁵ NOU 1992: 29 side 38.

⁶ NOU 1992: 29 side 38.

de ønsker med sine egne midler, problemet er at dårlig økonomistyring også rammer andre som har forretninger med, eller forbindelser til, selskapet.

I denne oppgaven vil jeg søke å fastslå nærmere hva som ligger i kravet til forsvarlig egenkapital i § 3-4. Deretter vil jeg ta en nærmere gjennomgang av hva styrets handlingsplikt etter § 3-5 innebærer. Til sist vil jeg se kort på virkningen av at forsvarlighetskravet og den påfølgende handleplikten ikke overholdes. I tillegg til den mer teoretisk pregede gjennomgangen av reglene i § 3-4 og § 3-5 vil oppgaven søke å ha en praktisk tilnærming til tematikken.

2. Rettskildene

Som ved enhver lovtolkning vil ordlyden i de aktuelle paragrafene stå sentralt for å fastslå rettsregelen. Ettersom forsvarlighetsvurderingen er en rettslig standard vil ordlyden måtte suppleres med øvrige rettskildefaktorer.

Når det gjelder forarbeider ble det først utarbeidet et sett med sikte på en felles lov for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper⁷. Imidlertid fant lovgiver ut at det ikke var ønskelig med en felles lov for de to selskapsformene. Forslaget ble dermed utredet på nytt med sikte på to separate lover for aksjeselskap og allmennaksjeselskap⁸. Dagens aksjelov er som kjent resultatet av de sistnevnte forarbeider, og disse vil ved motstrid også veie tyngst. Det er imidlertid minimalt med forskjeller av betydning for denne oppgaven mellom de to settene med forarbeider.

Rettspraksis omkring forsvarlighetskravet i asl. § 3-4 og handlingsplikten i § 3-5 har til nå vært beskjeden. Høyesterett har så langt ikke hatt en sak hvor disse reglene har vært nevnt annet enn kort i domsgrunnene⁹, og noen utfyllende tolkning har ikke blitt gjort fra Høyesteretts side. To Høyesterettsdommer fra før aksjelovens ikrafttredelse vil imidlertid trekkes frem nedenfor, da disse til en viss grad er av betydning for å fastslå innholdet i dagens forsvarlighetsregel¹⁰.

Det foreligger en del juridisk teori omkring kravet til forsvarlig egenkapital. Dette er imidlertid hovedsakelig summariske behandlinger i mer generelle bøker om aksjeselskapsrett, slik som

⁷ NOU 1992: 29, Ot prp nr. 36 (1993-94) og Innst. O nr. 45 (1994-1995).

⁸ Forarbeidene er her NOU 1996: 3, Ot.prp nr. 23 (1996-1997) og Innst. O nr. 80 (1996-1997).

⁹ § 3-4 nevnes f.eks. kort i Rt. 2011 s 1473, se avsnitt 38.

¹⁰ Dette er Rt. 1991 s. 119 og Rt. 1996 s. 672, jf. nedenfor.

eksempelvis Andenæs og Bråthen¹¹. Av juridiske artikler om emnet er det særlig Krogh¹² og Mack Løvdal¹³ som har vært innflytelsesrike for øvrige fremstillinger om emnet.

Både svensk og dansk rett kan også være av betydning som tolkningsmomenter når den norske regelens innhold skal slås fast¹⁴. Det er nær sammenheng mellom selskapsretten i disse tre nordiske landene, og det er henvist til både dansk og svensk rett i de norske forarbeidene¹⁵.

3. Formål og bakgrunn – kreditorvern

For å få en bedre forståelse for dagens regel om forsvarlig egenkapital og påfølgende handleplikt, vil det her bli gitt en rask gjennomgang av formålet bak reglene i § 3-4 og § 3-5. Bakgrunnen for regelen vil også behandles kort.

Aksjeselskap er den klart vanligste foretaksformen i Norge per dags dato, med 219 977 AS og 312 allmennaksjeselskaper (ASA) registrert per 31.12.2011¹⁶. Til sammenligning er dette nesten dobbelt så mange som antall registrerte enkeltpersonforetak (129 835), og godt over 12 ganger så mange som antall NUF (17 184). AS er også den selskapsformen som øker mest, og bare i 2011 ble det registrert 16 249 nye aksjeselskap i Brønnøysundregisteret.

Som disse tallene viser er AS en særdeles viktig del av den samfunnsøkonomiske utviklingen i Norge, og det er da også stort behov for lovregulering av selskapsformen.

For å kunne drive virksomhet organisert som et aksjeselskap er kapital en absolutt nødvendighet. Siden det finansielle ansvaret for aksjeeiere begrenser seg til innskudd av aksjekapital¹⁷, er det selskapets egenkapital som er av betydning i så måte.

¹¹ Tore Bråthen, Styremedlem og aksjonær, 2.utgave, Bergen 2009.

¹² Krogh s. 331-334,

¹³ Elin Mack Løvdal, Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3.4 [asa 3-4, asal 3-4] og 3.5 [asa 3-5, asal 3-5], Tidsskrift for Forretningsjus 2003 nr. 4, s. 472-569.

¹⁴ I LF-2004-987 er det blant annet henvist til Rt. 1991 s. 119 og dennes sitering fra den danske forfatter Bernhard Gomard.

¹⁵ Se eksempelvis Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s.35, og NOU 1992: 29 s. 13.

¹⁶ http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2012/01/fr-statistikk_n.html

¹⁷ Jf. Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44. (asl.) § 1-1 (2), jf. § 1-2.

Tidligere var det et krav om kapitalinnskudd på kr 100 000 ved oppstarten av et aksjeselskap i asl. §3-1. Dette er nå endret til kr 30 000¹⁸. Denne bundne egenkapitalen kan også brukes til å betale for utgifter i forbindelse med registrering av aksjeselskapet¹⁹. Aksjekapitalen kan altså være forbrukt allerede kort tid etter oppstart.

Ettersom det ikke foreligger lovkrav som pålegger aksjeselskaper å ha en aksjekapital av særlig betydning, er det viktig at det finnes andre skranker som kan redusere risikoen for tap ved risikofylt spekulasjon.

I forarbeidene til aksjeloven vektlegges beskyttelse av kreditorer særskilt som en meget viktig funksjon ved aksjeloven²⁰. Dette skyldtes det som da ble betegnet som et høyt og stadig økende antall konkurser i aksjeselskaper. Det uttales at «I løpet av 1991 ble det åpnet i alt 4.926 konkurser, mens det i 1990 ble åpnet 3.814 konkurser. Dette innebærer en økning på 29 prosent»²¹.

Dekningsprosenten var på dette tidspunktet mellom 0 og 20 prosent, noe som fikk regjeringen til blant annet å foreslå at aksjekapitalen økte fra datidens beløp på kr 50.000, til 150.000 kr. Dette beløpet ble til slutt satt til kr 100.000, som inntil nylig var gjeldende krav til aksjekapital.

I perioden 2003-2010 var gjennomsnittlig antall konkurser per år 4002²². Dette er altså en nedgang fra 1991 på ca. 19 prosent. I 1991 var det under 100.000 aksjeselskaper i Norge²³, mens tallet for 2010 var omtrent 269.500²⁴. Med andre ord har det vært en klar nedgang i antall konkurser i aksjeselskaper de siste 19-20 årene. Dette kan skyldes flere faktorer, blant annet reglene som ble fastsatt i asl. i 1997 som styreansvar, økningen av innskuddskapital m.m. En annen faktor er at flere konkurser som man tidligere ville sett typisk i aksjeselskaper finner sted i Norskregistrerte

¹⁸ lov 16 des 2011 nr. 63 (ikr. 1 jan 2012 iflg. res. 16 des 2011 nr. 1260)

¹⁹ Se ny § 2-5(1) i asl.

²⁰ Se bla. NOU 1992: 29 s. 37-39, Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s 49.

²¹ Se NOU 1992: 29 s.37.

²² <http://www.ssb.no/konkurs/tab-2011-07-22-02.html>.

²³ <http://www.forskning.no/artikler/2008/august/190437>.

²⁴ <http://arsmelding.brreg.no/downloads>.

Utenlandske Foretak (NUF)²⁵, og at dette fungerer som en slags «avlastning» på konkursstatistikken hos aksjeselskap.

Uavhengig av årsak synes det i alle tilfeller som om antall konkurser i aksjeselskaper har gått ned siden 1991. Spørsmålet man kan stille seg er dermed om behovet for kreditorvern i aksjeselskaper er like stort nå som det var da asl. trådte i kraft i 1997. Dette kan få betydning ved tolkningen av reglene om styreansvar. Ettersom kreditorvern er en av hovedbegrunnelsene bak reglene om styreansvar, bør ikke ansvaret gå lenger enn behovet for vern.

Når det gjelder kreditorgruppen som har penger til gode hos norske aksjeselskaper, må det være en forsvarlig antakelse at flesteparten av disse er såkalte frivillige kreditorer²⁶. Dette er kreditorer som på en eller annen måte har gitt betalingshenstand for sine fordringer, eksempelvis ved å levere en vare før betaling er mottatt. Felles for de frivillige kreditorene er at de (bevisst og frivillig) har valgt å innlate seg med selskapet som debitor ved å ikke kreve umiddelbar motytelse for sine ytelser. All slik kredittytelse innebærer en viss risiko for betalingsmislighold, og i verste fall at man ikke mottar sin motytelse som forventet.

Dette er grunnen til at alle profesjonelle långivere, som eksempelvis banker og investeringsselskaper, nesten uten unntak foretar en kredittvurdering av et selskap før det ytes lån. Som regel krever disse også sikkerhet for sitt krav gjennom eksempelvis pant i fast eiendom. Dersom slik kredittvurdering ikke foretas (eller sikkerhet ikke kreves) vil som regel en profesjonell långiver søke å gjøre opp for manglende sikkerhet ved å øke lånerenten og dermed øke fremtidig inntjeningspotensiale, fullt vitende om at manglende sikkerhet betyr økt risiko. For slike profesjonelle, frivillige kreditorer som det her er tale om, vil ikke behovet for lovpålagt kreditorvern være veldig stort; disse kreditorene vet å sikre seg selv og sine interesser på andre måter.

Mindre profesjonelle²⁷ kreditorer, typisk småsparere og mindre selskaper, har et større behov for vern. Disse vil ofte være i en situasjon hvor mangel på erfaring og kunnskap om markedet er årsaker til at forarbeidet med kredittsjekk ikke gjøres grundig nok, eller ikke gjøres i det hele tatt. Selv om

²⁵ I henhold til http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2012/01/fr-statistikk_n.html var det per 31.12.2011 totalt 17.184 registrerte NUF.

²⁶ Staten holdes av plasshensyn utenfor i denne fremstillingen, i det en del andre hensyn også gjør seg gjeldende ved blant annet moms, skatt og andre avgiftskrav.

²⁷ «profesjonelle» brukes her som en betegnelse på erfarings-, seriøsitets-, kunnskaps- og profesjonalitetsnivået på de aktuelle kreditorene, heller enn som en betegnelse på at de driver næringsvirksomhet slik begrepet forstås i en del andre sammenhenger.

også disse kreditorene frivillig yter kreditt, er det ofte mer som en del av standard bransjepraksis (en elektriker får omtrent alltid betaling etter å ha sendt regning, ikke på forskudd) enn en gjennomtenkt kredittstillelse. Det er naturligvis slik at alle som gir betalingshenstand gjør dette på egen risiko, men i mange tilfeller har enkelte kreditorer et ekstra behov for beskyttelse. Kravene til forsvarlig egenkapital kan være en slik form for beskyttelse. Om det blir slik at ingen lenger yter kreditt av frykt for å ikke motta sin ytelse i det hele tatt, vil den økonomiske utviklingen i et samfunn stoppe opp. Dette er selvsagt satt på spissen, men poenget er likevel viktig.

Et annet poeng som gjelder for både profesjonelle og mindre profesjonelle kreditorer er at forutsetningene for å yte kreditt kan endres drastisk over tid. Dersom forsvarlighetsgrensen overtredes og handlingsplikten ikke gjennomføres i en periode med økonomisk nedgang, vil dette kunne føre til at kreditorene i verste fall lider et økonomisk tap fordi styret ikke har iverksatt nødvendige tiltak for å bedre egenkapitalen i selskapet.

Det er også et vesentlig poeng at ikke alle kreditorer er frivillige kreditorer, slik som f.eks. personer med erstatningskrav mot selskapet eller staten²⁸. Særlig private, ufrivillige kreditorer vil ha et særlig behov for vern ettersom disse mot sin vilje er satt i en kravsposisjon mot selskapet uten å kunne foreta noen form for vurdering av selskapets økonomi på forhånd.

Behovet for beskyttelse av kreditorer er fortsatt i aller høyeste grad til stede. Det er hensiktsmessig å ha denne beskyttelsen i lovs form, da dette gir klare tegn om hva staten ønsker at et styre i et aksjeselskap skal være bevisste på. Dette vil også kunne virke holdningsskapende.

4. Egenkapital og aksjekapital

Begrepet «egenkapital» som benyttes i både § 3-4 og § 3-5 vil bli nærmere omtalt nedenfor. Det er imidlertid viktig at «egenkapital» ikke forveksles med begrepet «aksjekapital» som figurerer noen steder i aksjeloven, blant annet i § 3-5 første ledd annet punktum. Derfor vil jeg foreta en rask gjennomgang av disse to begrepene her, ettersom de benyttes mange steder i oppgaven.

Aksjeinnskudd er det beløpet hver enkelt av stifterne (aksjonærene) skal betale for hver aksje de tegner, jf. asl. § 2-3 nr. 3. Det totale beløpet²⁹ alle aksjonærene til sammen har betalt inn til selskapet

²⁸ Som nok kan sies å være i en slags mellomfase mellom en frivillig og ufrivillig kreditor ettersom alle er pålagt å betale skatt og avgifter, men også dette etterskuddsvis alt etter hvor mye overskudd man har hatt.

²⁹ Aksjekapital kan også være annet enn penger, jf. forutsetningsvis § 2-6 og § 2-7. Spørsmål omkring dette blir ikke behandlet særskilt i det videre.

for aksjene sine er det som kalles aksjekapital³⁰. Aksjekapitalen må etter den nye § 3-1 være på minimum kr 30 000. Det vil si at dersom det blir bestemt i stiftelsesdokumentet at det skal utstedes 100 aksjer må hver aksjes pålydende (verdien av aksjen) settes til kr 300. Aksjonærene må da betale kr 300 inn til selskapet for hver aksje de skal sitte med, og aksjekapitalen blir da kr 30 000.

Dette er et minstebeløp, og aksjekapitalen bør absolutt tilpasses utfra hvilken virksomhet, hvor stort omfang, og hvilken risiko selskapet skal ha, på samme måte som egenkapitalen skal tilpasses, jf. i det følgende.

Egenkapitalen er enkelt sagt den delen av kapitalen i et selskap som selskapet eier selv³¹. Dersom det er mer gjeld enn verdier/eiendeler i selskapet, er egenkapitalen negativ. Egenkapitalen er med andre ord hvor mye selskapet er verdt³²(verdier i selskapet – gjeld = egenkapital). Er eiendelene i selskapet verdt kr 100 000, og gjelden kr 70 000 har selskapet en (positiv) egenkapital på 30 000 kr.

Ved oppstarten av et selskap vil det som oftest være nær sammenheng mellom aksjekapitalen og egenkapitalen. I løpet av kort tid vil det imidlertid fort kunne bli store forskjeller her. Dersom selskapet har en aksjekapital på kr 1 000 000 uten gjeld, vil selskapet ha en egenkapital på kr 1 000 000 ved oppstart. Dersom selskapet så tjener kr 2 000 000 i løpet av det første året, vil egenkapitalen ha steget til kr 3 000 000. Aksjekapitalen vil imidlertid fortsatt bare være kr 1 000 000, med mindre den oppjusteres eller nedjusteres etter reglene i asl. kapittel 10 og 12. Dette må besluttes på generalforsamling, jf. § 10-1 og § 12-1.

Dersom et selskap blir påført et tap, må dette dekkes fra en post i selskapet. Dette kan da dekkes av egenkapitalen, som vil bli redusert. Aksjekapitalen vil imidlertid bli stående uendret.

Kort sagt er aksjekapitalen et fast beløp i regnskapet som bare kan endres gjennom beslutning på generalforsamling, mens egenkapitalen endres alt etter selskapets driftsresultat. Forholdet mellom aksjekapitalen og egenkapitalen får betydning for blant annet handleplikten etter § 3-5, jf. nedenfor i kapittel 6.4.2.

³⁰ I denne sammenheng sees bort fra eventuell innbetalt overkurs.

³¹ Denne formuleringen er hentet fra <http://no.wikipedia.org/wiki/Egenkapital>.

³² En noe mer nyansert definisjon følger nedenfor.

5. Aksjelovens § 3-4 – bestemmelsens anvendelsesområde

Det fremgår fra asl. § 3-4 at «Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

5.1 «Selskapet»

Ordlyden fastslår for det første at det er «selskapet» som er pliktsubjekt etter regelen. Ettersom selskapet er en juridisk person vil dette være dem som opptrer på vegne av selskapet³³. I forarbeidene påpekes at det særlig er «selskapets ledelse»³⁴ bestemmelsen retter seg mot; selskapets ledende organer. Ordlyden omfatter i seg selv også generalforsamlingen, og det er «ingen grunn til at loven her skal tolkes innskrenkende», jf. Andenæs³⁵.

Alle selskapets organer er altså omfattet av bestemmelsens ordlyd. Ser man imidlertid videre til asl. § 3-5 fremgår det at det i hovedsak er «styret» som har ansvaret for å behandle saken dersom egenkapitalen faller under forsvarlighetsgrensen (eller er under halvparten av aksjekapitalen). Ettersom § 3-4 i seg selv ikke fastsetter noen handlingsplikt for noen av selskapets organer, vil det derfor være styret i selskapet som har det største incentivet til å påse at egenkapitalen holdes forsvarlig. Dette henger også sammen med de generelle pliktene styret har til å forvalte selskapet, se eks. kravene i asl. § 6-12.

5.2 «Til enhver tid»

Egenkapitalen i selskapet skal være forsvarlig «til enhver tid». Dette vil særlig komme på spissen i tre tilfeller.

For det første må selskapet også i oppstartsfasen ha en forsvarlig egenkapital. Aksjonærene vil måtte ta hensyn til dette når de fastsetter hvor høyt aksjeinnskuddet i selskapet skal settes, da egenkapital og aksjekapital i de fleste tilfeller vil være samme størrelse i begynnelsen. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at «[i] en oppstartingsfase vil det kunne være forsvarlig å akseptere underskudd og synkende egenkapital i en overgangsperiode, inntil selskapet kommer over i en normalisert og

³³ Se Andenæs s. 418.

³⁴ Se Ot.prp nr.23 (1996-1997) s 51 med videre henvisning til Ot.prp nr.36 (1993-1994) s. 68.

³⁵ Andenæs s. 418 med videre henvisninger.

lønnsom driftssituasjon»³⁶. Dette er grunnet i praktiske hensyn, i det et selskap i veldig mange tilfeller vil måtte regne med negativ kapitalutvikling i forbindelse med oppstarten.

For det andre vil det oppstå spørsmål omkring egenkapitalsituasjonen og dens forsvarlighetsgrad dersom selskapet driver med underskudd i en kortere eller lengre periode. Uavhengig av grunnen til underskuddet, er det et vesentlig poeng at egenkapitalen skal være forsvarlig i hele underskuddsperioden, selv om denne er av forbigående art. Dette følger klart av ordlyden, og er viktig i forhold til regelens formål. De aller færreste selskaper går bevisst inn for å få et negativt driftsresultat med den tanke at dette ikke vil snu på lengre sikt. Når det i slike tilfeller først går galt kan det allerede være for sent dersom egenkapitalen ikke var forsvarlig da perioden med underskudd ble innledet.

Et tredje og viktig poeng er at egenkapitalen må være forsvarlig når et selskap foretar seg disposisjoner som øker risikoen, slik Dykkerskolen AS gjorde i eksempelet over. Dette er et av hovedmomentene ved forsvarlighetsvurderingen, og vil bli behandlet nærmere i kapittel 5.4.

Det kan ikke foretas beslutninger som reduserer egenkapitalen til et nivå som ikke lenger er forsvarlig, uavhengig av bakgrunnen for denne beslutningen³⁷. Ordlyden innebærer videre at det må tas særlig hensyn til mulige fremtidige utviklinger når forsvarlighetsvurderingen foretas.

Formålet med paragrafen tilsier her også at det er den reelle kapitalsituasjonen i selskapet, i motsetning til den balanseførte egenkapitalen (jf. under), som omfattes av paragrafen. Denne vil være oppdatert og gi et mest mulig riktig bilde av hvordan egenkapitalen er til «enhver tid», mens den bokførte bare vil gi et bilde av hvordan egenkapitalen er eller var da regnskapet ble ført, jf. nedenfor om egenkapital.

5.3 Egenkapital

Begrepet «egenkapital» er i seg selv et regnskapsmessig begrep, og dette er ikke definert i loven³⁸. Grovt sett er et selskaps egenkapital selskapets eiendeler/verdier (bruttoformue) fratrukket selskapets gjeld/forpliktelser(fremmedkapital)³⁹. Begrepet blir ofte brukt som en motsetning til

³⁶ Se NOU 1996: 3 s. 146.

³⁷ Unntak kan muligens tenkes hvis formålet er å redde selskapet fra konkurs.

³⁸ Selv om begrepet nevnes i blant annet Lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) 1998 nr.56 (rskl.) §6-2.s

³⁹ Se eksempelvis Andenæs s. 417 kapittel 31.2, Jon Gisle, Jusleksikon, 4.utgave, Oslo 2010 s.88, samt NOU 2011: 8 kapittel 11.5.5.

«fremmedkapital» som er kapital som kommer fra eksempelvis lån og kreditt, og ikke er fremskaffet av aksjonærene/selskapet ved egeninnsats.

Hva som skal føres som egenkapital i selskapets årsregnskap er regulert i rskl. §6-2 mv.⁴⁰ Det følger også av rskl. kapittel 5 hvilken verdi som skal legges til grunn for de forskjellige typer eiendeler. Her følger også at det regnskapsmessig skal skilles mellom innskutt egenkapital⁴¹ og opptjent egenkapital, som er det overskudd fra driften som er beholdt i selskapet.

5.3.1 Bokført og reell egenkapital

I henhold til forarbeidene skal selskapets reelle egenkapital, og ikke den bokførte⁴², være avgjørende ved forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4⁴³. Dette følger også naturlig av at ordlyden i § 3-4 gir uttrykk for en rettslig standard⁴⁴ som må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle etter hvert som situasjonen i selskapet utvikler seg, jf. «til enhver tid». Sett opp mot formålet med regelen vil det gi lite mening å skulle forholde seg til regnskapet da dette ikke vil være oppdatert i forhold til situasjonen på vurderingstidspunktet.

Konkret vil det å skulle forholde seg til selskapets reelle egenkapital fremfor den bokførte gi seg utslag ved verdivurderingene. Når eiendeler bokføres benyttes strenge fastsatte kriterier for verdivurdering, som til tider kan være rigide og uten mulighet til å endre regnskapsmessig. En eiendom kan eksempelvis være regnskapsmessig fastsatt til en verdi på kr 1 000 000, mens den reelle verdien kan være kr 3 000 000. Det samme kan gjelde utgifter. Ved vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig, skal da en slik eiendom beregnes etter reell verdi, altså kr 3 000 000⁴⁵.

⁴⁰ Andenæs s. 417.

⁴¹ Egenkapital som er skutt inn ved selskapsstiftelsen eller senere, hovedsakelig aksjekapital, men også diverse former for driftstilskudd regnes med her.

⁴² Jf. Ot.prp nr.23 (1996-1997) s. 52 hvor det direkte uttales at «bestemmelsen retter seg mot den reelle og ikke balanseførte egenkapitalen».

⁴³ Som igjen kan utløse handlingsplikten etter § 3-5.

⁴⁴ Ot.prp nr.23 (1996-1997) s.51.

⁴⁵ Det er imidlertid viktig at denne vurderingen er forsvarlig, jf. LA-2007-37537 hvor dette ikke var tilfellet. Se mer om dette nedenfor.

5.3.2 Et utvidet egenkapitalbegrep

Når det gjelder bruken av selve begrepet «egenkapital» har det blitt innvendt at dette gir et for lite nyansert bilde av kapitalstatusjonen i et selskap. Lovens forarbeider gir uttrykk for at selskapets samlede kapitalstatusjon er det avgjørende⁴⁶, og ikke utelukkende selskapets egenkapital. Dette kan slå ut begge veier, og forarbeidene nevner som eksempel forsikringer som et moment som kan tale for at kapitalstatusjonen i et selskap kan vurderes annerledes enn egenkapitalen skulle tilsi⁴⁷. Vurderingen skal ta utgangspunkt i hvordan økonomien virkelig ligger an, ikke hvordan den ser ut på papiret.

Et eksempel på at den samlede kapitalstatusjonen ble tillagt vekt utover egenkapitalen finnes i Rt. 1996 s. 672, den såkalte Kongeparken-dommen. Dommen er fra før aksjeloven, men uttalelsene passer likevel bra i forhold til forsvarlig egenkapital. Saken gjaldt blant annet spørsmål om uheldig sammenblanding av midler måtte medføre ansvarsgjennombrudd i forholdet mellom eieren og et aksjeselskap. Når det gjelder egenkapitalen nevner Høyesterett kort at «[e]t annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert. Aksjekapitalen i selskapet var på 50.000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig»⁴⁸. Førstvoterende uttaler deretter at «forholdet var [imidlertid] at Park Holding AS ytet et kapitaltilskudd til Kongeparken AS ut over aksjekapitalen på ca 1,6 millioner kroner. Selv om dette var lånekapital, er det nærliggende å oppfatte lånene, blant annet hensett til avtalte tidspunkter for tilbakebetaling - etter sesongslutt eller pr 31/12, som ansvarlig lånekapital som skulle stå tilbake for krav fra øvrige kreditorer. Ved spørsmålet om underkapitalisering - om egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt - må det være riktig å medregne slike lån», jf. side 680. Nettopp slike ansvarlige lån som i denne dommen er et godt eksempel på at kapitalstatusjonen i et selskap kan være annerledes enn det som fremgår fra regnskapet.

En problemstilling som har vært tatt opp i den juridiske teori er hvorvidt såkalt «ikke balanseført» goodwill kan regnes med som «egenkapital» ved forsvarlighetsvurderingen⁴⁹. Goodwill er i henhold til rskl. §5-7 «differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten». Denne merverdien kan etter denne paragrafen,

⁴⁶ Jf. Ot.prp nr. 23 (1996–1997) punkt 5.9.4 på side 52, hvor det står at det «må være riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen».

⁴⁷ Se også Bråthen s. 190 hvor forsikringer nevnes kort som et moment.

⁴⁸ Dommen side 680.

⁴⁹ Se eksempelvis Krogh på s. 332.

holdt opp mot rskl. § 5-3, jf. § 6-2, bare balanseføres såfremt det foreligger en anskaffelseskostnad for denne og det er tale om «kjøp av en virksomhet». Dersom det foreligger en merverdi som ikke er realisert gjennom kjøp, men derimot egenutviklet gjennom drift, kan denne etter ordlyden som utgangspunkt ikke balanseføres. Spørsmålet er om slik egenutviklet og urealisert merverdi kan regnes med som «egenkapital» etter asl. § 3-4.

Spørsmålet har ikke vært oppe til vurdering i praksis⁵⁰. Også egenutviklet merverdi vil innebære at eiendeler har høyere verdi enn det som fremgår fra regnskapet, og dette vil kunne medføre at kapital situasjonen i et selskap reelt sett er forsvarlig. Det må derfor være mulig å medregne også slik egenutviklet goodwill ved forsvarlighetsvurderingen av selskapets egenkapital⁵¹. Formålet bak § 3-4 om kreditorvern og å hindre uforsvarlig drift av underkapitaliserte aksjeselskap, taler imidlertid for at en slik egenutviklet merverdi må være klart sannsynliggjort for å kunne hindre styreansvar for uforsvarlig egenkapital etter § 3-5, jf. § 3-4⁵². Ved tvil bør styret holde seg til de (lavere) balanseførte verdiene⁵³.

5.3.3 Fortsatt drift

Det framgår fra forarbeidene at det er «klart at kravet til forsvarlig egenkapital skal vurderes ut fra en forutsetning om fortsatt drift – for så vidt denne forutsetningen fremstår som mest sannsynlig. Det må være åpenbart at en slik forutsetning ikke kan legges til grunn dersom det fremstår som mest sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet»⁵⁴. Kapital situasjonen i selskapet skal altså bedømmes ut fra forutsetningen om fortsatt drift, jf. rskl. § 4-5, med mindre avvikling er mest sannsynlig. Dette kan få betydning for verdifastsettelsen av enkelte av selskapets eiendeler og/eller driftsmidler.

I juridisk teori er det fremholdt at «fortsatt drift»-vurderingen skal ta utgangspunkt i selskapets realistiske mulighet til å fortsette sin virksomhet i minimum ett år frem i tid⁵⁵. Dette innebærer altså at så lenge det ikke er sannsynlig at selskapet blir avviklet innen en 12 måneders periode, skal forutsetningen om fortsatt drift legges til grunn, og eiendelenes verdi bedømmes deretter. Dette får

⁵⁰ § 3-4 er som nevnt lite berørt i rettspraksis.

⁵¹ Se Ot.prp nr. 23 (1996–1997) punkt 5.9.4 på side 52 hvor det uttales at «[det] må være riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen».

⁵² Se også Mack Løvdal, på side 487, samt Krogh s.332.

⁵³ Ot.prp nr. 23 (1996–1997) side 52

⁵⁴ Ot.prp nr. 23 (1996–1997) side 52

⁵⁵ Se Krogh s. 483 med videre henvisninger, samt Bråthen s. 187.

betydning ved forsvarlighetsvurderingen. Dersom fortsatt drift skal legges til grunn, kan eksempelvis ikke et vesentlig driftsmiddel verdsettes etter sin omsetningsverdi, da dette ikke vil kunne selges dersom driften skal fortsette.

5.3.4 Oppsummering om egenkapital

Som vist er det fra lovgivers side ment at det skal foretas en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalssituasjon ved forsvarlighetsvurderingen. I det videre vil det derfor være selskapets samlede kapitalssituasjon det vil være tale om når oppgaven benytter begrepet «egenkapital», dersom ikke annet er oppgitt. For øvrig vil uttrykkene «egenkapital» og «kapitalssituasjon»/«kapitalgrunnlag» benyttes om hverandre i det videre uten at dette er ment å innebære noen realitetsforskjell.

5.4 Forsvarlighetskravet

Når § 3-4 benytter ordlyden «forsvarlig», gir dette uttrykk for en rettslig standard som må vurderes skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle. Dette ligger i selve bruken av et så skjønnsmessig begrep som «forsvarlig» i lovteksten, og er også klart forutsatt i forarbeidene⁵⁶. Det er viktig å ha i bakhodet at det alltid vil finnes unntak og situasjoner hvor en kapitalssituasjon som generelt sett vil måtte anses som uforsvarlig likevel kan være forsvarlig etter de konkrete forhold i en enkeltsituasjon. Noe generelt vil det likevel være mulig å si om begrepet.

Forsvarlighetsbegrepet er i loven knyttet opp mot «risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

5.4.1 Risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet

Hvor stor risikoen i et selskap er, vil variere veldig fra selskap til selskap, bransje til bransje, sted til sted osv. Det vil derfor i stor grad være opp til selskapet selv å vurdere risikograden og tilpasse kapitalgrunnlaget som følge av dette.

Ved vurderingen må muligheten for fremtidig inntjening sees opp mot muligheten for fremtidig tap. Det er dette som ligger i ordlyden «risiko» når begrepet benyttes i økonomisk sammenheng. Jo større mulighet for fremtidig tap, og jo høyere mulig tap, jo større risiko operer selskapet med⁵⁷. Dersom målet for et selskap er høyest mulig gevinst på kortest mulig tid gjennom investeringer vil

⁵⁶ Se eksempelvis Ot.prp nr.36 (1993-1994) s. 68.

⁵⁷ Et kjent uttrykk fra økonomiens verden er «å investere i russiske statsobligasjoner», som betyr å ta høy risiko. Dette knytter seg til de ekstreme svingninger den russiske økonomien hadde etter kommunismens fall.

dette som regel innebære at selskapet tar høy risiko. I et slikt tilfelle er det da viktig at kapitalgrunnlaget i selskapet er sterkt nok til å tåle de tap som lett kan oppstå ved risikofylte investeringer eksempelvis i greske statsobligasjoner eller afrikansk råvareproduksjon. Som nevnt over er det i forarbeidene også nevnt forsikringer som en mulig variabel ved kapitalvurderingen, og en forsikring vil (selvsagt) påvirke forsvarlighetsvurderingen i forhold til risiko.

Noen typiske eksempler på risikoutsatte bransjer er håndverker- eller entreprenørselskaper som baserer seg på anbudsvirksomhet⁵⁸. Ved anbud blir ferdigstillingen av et prosjekt avtalt til fast pris, og dersom det oppstår økte utgifter vil dette være anbudsselskapets risiko⁵⁹. Det er da klart at behovet for egenkapital er større her hvor et helt prosjekt kan gå i tap og inntektene variere enormt, enn ved salg av dagligvarer til et stabilt marked.

For sesongbetonte bransjer er det viktig at egenkapitalen er tilstrekkelig til å takle manglende inntjening i lavsesong, slik som eksempelvis på Fisketorget i Bergen. Tilsvarende gjelder for bedrifter med ujevnt fordelte inntektsperioder, slik som drift av en golfbane hvor medlemskontingent betales i januar og august. For dansk retts vedkommende uttales i den danske lovkommentars noter til Selskabsloven⁶⁰ at «kapitalselskabet skal have tilstrækkelig egenkapital til at kunne modstå midlertidige fald i indtjeningen»⁶¹.

Når det gjelder «omfanget» av virksomheten så må det antas at egenkapitalkravet øker med størrelsen på selskapet. Dette har også sammenheng med en naturlig økning av risiko som følger med en økning av størrelse. Ved en planlagt utvidelse av selskapet er det også viktig at egenkapitalen bygges opp til å takle det nye omfanget av selskapets drift⁶².

Dersom selskapets vurdering av kapitalgrunnlaget viser seg å være feilaktig slik at selskapet havner i en situasjon hvor egenkapitalen er uforsvarlig lav, vil det i hovedsak være reglene om styreansvar i § 3-5 som kommer inn i bildet, jf. nedenfor.

⁵⁸Eksempel er delvis hentet fra Mack Løvdal på side 497.

⁵⁹ Og her kan det vanskelig tenkes unntak for ekstraordinære kostnader, se Rt. 1999 s. 922 (Salhusbrodommen) som er et godt eksempel på hvor galt det kan gå når man inngår anbudsavtale om til dels usikre byggeprosjekter.

⁶⁰ LBKG 2011-04-11 nr. 322, Selskabsloven.

⁶¹ Se danske Karnov lovkommentar til selskabsloven note 450, <http://jura.karnovgroup.dk/document/7000491144/3?versid=197-1-2001>.

⁶² Se Krogh s.332-333.

5.4.2 Vesentlige momenter når forsvarlighetsvurderingen skal foretas i praksis

Som det fremgår fra det ovennevnte må altså egenkapital tilpasses virksomhetens omfang og risiko. Men hva innebærer dette i praksis? Eller mer presist: hvilket nivå må kapitalgrunnlaget ligge på i en gitt situasjon?

I praksis vil det ofte være vanskelig for styret i et selskap å skulle vurdere hva som er «forsvarlig egenkapital» ut fra de teoretiske tilnærmingene som foreligger om emnet. Det er som nevnt et meget skjønnsmessig begrep, og det kan være behov for eksempler og typetilfeller som illustrerer når styret bør ha skjerpet oppmerksomhet rettet mot selskapets kapitalsituasjon⁶³. En vurdering av disse momentene vil nok først og fremst være aktuelt når årsregnskapet skal gjennomgå og godkjennes, men vil i gitte situasjoner måtte foretas også utenom dette, jf. nedenfor.

Først bør styret ha oppmerksomhet rettet mot særlige risikomomenter.

En side av vurderingen gjelder selskapets avhengighetsforhold til andre aktører. Dette vil i hovedsak være forholdet til leverandører og kunder. Det kan eksempelvis tenkes problemer med eksisterende leverandører, avhengighetsforhold til en stor kunde, betalingsproblemer blant kunder m.m. Selskapet kan også være i et avhengighetsforhold til en leverandør, og det foreligger muligens få andre alternativer. Dersom dette er situasjonen bør styret ha et særlig øye med selskapets drift og økonomi. Et system med stor avhengighet til andre aktører vil være særlig sårbart ettersom forhold utenfor selskapets kontroll kan ha stor innvirkning på selskapets egen drift. Betalingsproblemer eller konkurs hos en hovedkunde eller hovedleverandør vil kunne være katastrofalt for selskapet. Dersom selskapet står i et slik avhengighetsforhold vil dette i seg selv innebære en potensielt høy risiko. Oppmerksomheten må dermed være kontinuerlig rettet mot den eller de partene selskapet er avhengig av, og det bør også til enhver tid vurderes om det finnes gode alternativer for å unngå at kapitalsituasjonen kommer under et forsvarlig nivå ved endringer hos den andre parten.

Videre er det naturligvis viktig for risikovurderingen å ha et våkent øye med markedet; selskapets produkter og konkurrenter. En salgssvikt på eksisterende produkter, lav produktutvikling og nye konkurrenter med bedre produkter er alle momenter som isolert sett eller i kombinasjon vil innvirke på selskapets inntjening. Dette vil altså ha en direkte påvirkning på selskapets kapitalsituasjon. Det er

⁶³ En meget god skjematisk fremstilling som kan fungere som veiledning for styret i så måte er utarbeidet av firmaet Zum Revisorer AS. Denne er benyttet som utgangspunkt for dette kapitlet. Dokumentet er tilgjengelig på www.zumrevisorer.no/filestore/Vurderingavforsvarligeegenkapital.doc.

derfor viktig at styret ser kapital situasjonen i selskapet opp mot produkter og konkurrenter. Styret bør stille seg spørsmålet om selskapet tåler en ny konkurrent, og om egenkapitalen er tilstrekkelig til å kunne redde inn mangel på produkter ved å utvikle flere osv.

Også forhold internt i selskapet kan gi grunn for styret til å være ekstra påpasselige. Dette kan gjelde organisasjonsmessige forhold som dårlige kvalifikasjoner hos ledelsen, eller problemer med å erstatte nøkkelpersoner. Det kan også gjelde dårlige rapporteringsrutiner eller problemer med support/vedlikehold. Et eksempel på en sak hvor blant annet interne forhold burde gitt styret en oppfordring til å kontrollere forsvarlighetsgraden av selskapets egenkapital finnes i Agder lagmannsretts dom i LA-2007-37537. Saken gjaldt her et cateringselskap som var gått konkurs. Selskapet var drevet videre i lengre tid etter å ha gått med underskudd og tapt aksjekapitalen. Det var krevet erstatning etter asl. § 17-1⁶⁴ grunnet påstått styreansvar etter § 3-5, jf. § 6-12. Styret ble dømt. Det ble blant annet lagt vekt på at et av styremedlemmene hadde uttalt på et tidspunkt «at det kanskje «skortet på daglig leders administrative evner»» og at styret over lengre perioder ikke var gitt løpende rapporter fra daglig leder. Manglende administrative evner og manglende rapporteringsrutiner er i seg selv momenter som innebærer en risiko for selskapet. Dersom dette er tilfellet bør styret ha særlig oppmerksomhet rettet mot egenkapitalsituasjonen i selskapet.

Forsvarlighetssituasjonen i selskapet vil også være påvirket av selskapets finansieringsform. Dersom finansieringen er ugunstig, eksempelvis at det er høye renter på et lån, er det igjen et risikomoment som må vektlegges ved forsvarlighetsvurderingen.

Hvis noen av de ovennevnte situasjoner foreligger for selskapet, er dette betydelige risikomomenter som vil påvirke forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4. Styret må derfor løpende føre kontroll med denne type situasjoner, og om nødvendig innkalle til ekstraordinære styremøter om det oppstår endringer i noen av de nevnte situasjoner.

I tillegg til å foreta en vurdering av denne typen situasjoner som gir en indikasjon på risikosituasjonen i selskapet, er det viktig at styret også har fokus på forutsetningen om «fortsatt drift». Det kan tenkes flere momenter som peker i retning av at forutsetningen om fortsatt drift er tvilsom. Noen hovedmomenter hentet fra RS 570⁶⁵ som tilsier at forutsetningen om fortsatt drift må vurderes er:

- negativ egenkapital eller negativ arbeidskapital.

⁶⁴ Erstatning nevnes kort nedenfor.

⁶⁵ Revisjonsstandarden for fortsatt drift. Momentene finnes også hos Mack Løvdal på s. 498.

- negativ utvikling i økonomiske nøkkeltall.
- betydelige driftsunderskudd.
- manglende evne til å betale kreditorer ved forfall.
- problemer med å oppfylle lånevilkår.
- problemer med å finansiere nødvendig produktutvikling eller andre påkrevde investeringer.
- tap av vesentlig marked, franchise, lisens eller hovedleverandør.
- problemer med arbeidskraft eller mangel på viktige leveranser.

Som nevnt over vil fortsatt drift være det mest sannsynlige, eller i alle tilfeller det mest ønskelige, i de aller fleste selskaper. Dersom forutsetningen ikke foreligger må eiendelene vurderes til "slaktverdier". Det er derfor av potensielt stor betydning hvorvidt det er grunnlag for å vurdere eiendelens verdi ut fra en forutsetning om fortsatt drift eller ikke.

Etter å ha vurdert både selskapets risikoprofil og forutsetningen om fortsatt drift bør styret se disse opp mot selskapets samlede kapital situasjon. Som nevnt over er dette noe annet enn selskapets bokførte (og reelle) egenkapital. Med utgangspunkt i bokført egenkapital kan styret deretter bedømme selskapets faktiske kapital situasjon. Noen få (av mange tenkelige) eksempler på hvordan dette kan vurderes kan være:

Ikke bokførte merverdier i balansen:

- merverdier i eiendommer.
- merverdier i andre anleggsmidler.
- kostnadsføringer som kunne vært aktivert (FoU).
- Annet.

Forpliktelser som ikke fremkommer av balansen:

- garantier.

- kausjonsansvar.
- varekontrakter.
- annet.

Andre forhold

- terminkontrakter valuta.
- forsikringer.⁶⁶

Fremgangsmåten i praksis vil gjerne være at det først foretas en vurdering av selskapets samlede kapitalssituasjon, dernest om det skal legges til grunn en forutsetning om fortsatt drift for så til slutt å trekke frem særlige momenter som kan indikere hvor stor risiko selskapet opererer med⁶⁷. Ved å foreta en slik vurdering vil styret ha et godt utgangspunkt når det skal vurderes hvor stor egenkapitalen er i forhold til hvor stor den behøver å være for å holde seg innenfor rammene av hva som er forsvarlig.

Alle de momenter som er nevnt ovenfor er bare utgangspunkter ved vurderingen av forsvarlig egenkapital. Det kan helt sikkert tenkes mange flere momenter som kan være av betydning ved vurderingen. Momentene her er likevel godt dekkende for de aller fleste typer aksjeselskaper, og gir god veiledning til styret angående hvordan man praktisk sett vurderer forsvarligheten av den foreliggende egenkapital.

5.4.3 Forsvarlighetskravet i rettspraksis

Aksjelovens forarbeider gir generelt lite veiledning omkring hvor grensen mellom forsvarlig og uforsvarlig drift må trekkes, og det uttrykkes flere steder at avgjørelsen må være «skjønnsmessig»⁶⁸,

⁶⁶ Skjemaet er bare ment for å illustrere hva styret eksempelvis kan legge vekt på når det skal bedømme forholdet mellom den bokførte egenkapital og selskapets samlede kapitalssituasjon. Skjemaet er hentet fra www.zumrevisorer.no/filestore/Vurderingavforsvarligegenkapital.doc.

⁶⁷ Oppstillingen i dette avsnittet er av pedagogiske grunner gjort annerledes, da det ofte vil være mer behagelig for leseren å få skjematisk fremstillinger mot slutten av kapitlet.

⁶⁸ Se bla. NOU 1996:3 s. 146

at den må «skje konkret ut fra forholdene i det enkelte selskap»⁶⁹ og at «[d]et nærmere innholdet må utvikles gjennom rettspraksis»⁷⁰. Når det gjelder rettspraksis så foreligger det, som tidligere nevnt, ingen høyesterettsdommer som direkte angår aksjelovens § 3-4 eller § 3-5. Det foreligger imidlertid enkelte høyesterettsdommer fra før aksjelovens ikrafttredelse som kort nevner det (da) ulovfestede kravet til forsvarlig aksjekapital.

Videre vil det sees hen til underrettspraksis i den grad dette kan gi veiledning når det gjelder å fastslå kravet til forsvarlig kapitalgrunnlag i selskapet. Selv om underrettspraksis naturligvis ikke må tillegges for mye vekt, vil den kunne gi en viss veiledning av mangel på andre kilder.

5.4.3.1 Rt. 1991 s. 119

Dommen fra **Rt. 1991 s. 119** gjaldt spørsmålet erstatningsansvar for styret i et selskap etter den dagjeldende aksjelovens⁷¹ § 15-1. Saken gjaldt angivelig tap påført et rederi ved at befrakterselskapet ved styret angivelig ikke hadde besluttet og gjennomført innbefraktningen på et forsvarlig økonomisk grunnlag. Forsvarlighetskravet var ikke lovfestet i den tidligere aksjeloven.

På **side 124** i dommen formulerer førstvoterende tvilsspørsmålet som «om Normounts økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet - krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når de forfalt». Ettersom forsvarlighetskravet på denne tid ikke var lovfestet er dommen til dels formulert rundt spørsmålet om uaktsomhet fra styrets side, men det foreligger også uttalelser som mer konkret knytter seg til forsvarligheten av kapital situasjonen i selskapet og som derfor er overførbare til någjeldende aksjelov. Dette vises blant annet av uttalelsen på **side 125** hvor det står at det vesentligste spørsmålet i uaktsomhetsvurderingen er spørsmålet om «formuesforvaltningen» av selskapet.

Styret i denne saken ble frikjent for erstatningsansvar.

Førstvoterende ser her først på den tilgjengelige kapital som er til disposisjon for selskapet isolert sett. Dette vil da være selskapets «egenkapital», slik uttrykket forstås etter § 3-4, se ovenfor. Inn i denne beregningen setter også førstvoterende muligheten for at ytterligere kapital ville bli stillet til disposisjon. Videre blir det sett på muligheten for at reisen kunne gi overskudd, og denne muligheten

⁶⁹ Se Ot.prp nr.36 (1993-1994) kapittel 5.4 s. 68.

⁷⁰ Ot.prp nr. 55 (2005-2006) kapittel 3.2 med videre henvisning til høringsbrevet forut for endringen i aksjeloven i 2006.

⁷¹ av 4. juni 1976 nr. 59.s

blir bedømt som «ikke urealistisk». Høyesterett ser videre på det forretningskjønn styret har utvist, noe som fremgår av uttalelsen om «normal forretningsmessig vurdering» på side 127. Hadde muligheten for overskudd vært liten, og da gitt prosjektet et preg av mer hasardiøs forretningsvirksomhet, ville dette talt for å ilegge styret erstatningsansvar i det foreliggende tilfellet.

Høyesterett legger i denne dommen til grunn flere momenter som er sentrale også i en forsvarlighetsvurdering etter § 3-4 og § 3-5. Uttalelser på side 127 om hvilken kapital selskapet hadde, holdt opp mot muligheten for ytterligere tilskudd, viser at det ikke utelukkende er egenkapitalen som skal legges til grunn ved en forsvarlighetsvurdering, men også selskapets samlede kapital situasjon. At forsvarlighetsvurderingen må knyttes opp mot risikoen fremgår av uttalelsene om styrets utviste forretningskjønn.

5.4.3.2 Rt. 1996 s. 672

I **Rt. 1996 s.672**, nevnt ovenfor, gjaldt saken blant annet spørsmål om uheldig sammenblanding av midler måtte medføre ansvarsgjennombrudd i forholdet mellom eieren og et aksjeselskap. Når det gjelder aksjekapitalen nevner Høyesterett kort at «[a]t annet moment i en utilbørighetsvurdering som nevnt, vil være om Kongeparken AS var underkapitalisert. Aksjekapitalen i selskapet var på 50.000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig»⁷². Uttalelsen gir lite veiledning når det gjelder å fastslå mer konkret hva som ligger i kravet til egenkapital/kapitalgrunlaget for et selskap. Noe kan imidlertid trekkes ut av uttalelsen. Blant annet viser uttalelsen at kapitalgrunlaget i et selskap tidvis kan være så lavt at det helt «åpenbart» ikke er tilstrekkelig, uten at det nødvendigvis må vurderes nærmere.

I saken var det tale om en aksjekapital på 50.000 kroner for drift av en hel fornøylespark, og kapitalgrunlaget ville her åpenbart vært uforsvarlig også etter asl. § 3-4. Ettersom avviket fra forsvarlig kapitalisering var så stort i det nevnte utdraget, er det vanskelig å trekke noe konkret ut fra dommen om hvor terskelen ligger i grensetilfeller.

5.4.4 Likviditet eller soliditet?

Det kan stilles spørsmål ved om det kan legges avgjørende vekt på likviditeten⁷³ ved en forsvarlighetsvurdering etter § 3-4, eller om det utelukkende er soliditeten⁷⁴ som er avgjørende.⁷⁵

⁷² Dommen s. 679-680.

⁷³ Likviditet er i Gisle, Jusleksikon definert som «det å være i stand til å oppfylle sine økonomiske forpliktelser etter hvert som de forfaller», se s. 241.

Ordlyden i § 3-4 sier ikke i seg selv noe om soliditet eller likviditet er avgjørende.

Andenæs synes å mene at soliditet er det avgjørende, og uttaler på s. 419 at «[u]tenfor begrepet egenkapital faller selskapets evne til å betale sine forpliktelser ved forfall (likviditet)». Spørsmålet om likviditet behandles så ikke i det videre hos Andenæs. Også forarbeidene synes i hovedsak å legge vekt på soliditet, og det uttales der at «[s]å lenge selskapets soliditet er utvilsomt er kreditorene godt sikret, og resultatet av virksomheten har mindre betydning - i hvert fall på kort sikt»⁷⁶.

For dansk retts vedkommende heter det i selskabsloven § 115 nr. 5 at styret skal påse at «kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er *tilstrækkelig likviditet* til at opfylde kapitalelskabets nuværende og fremtidige forpliktelser, *efterhånden som de forfalder*». Her fremgår det altså direkte i loven at likviditet skal vektlegges som et eget moment ved forsvarlighetsvurderingen.

Som sett over er det i de nevnte underrettsdommer lagt særlig vekt på forutsetningen om fortsatt drift/ «going concern» ved forsvarlighetsvurderingen. Dette er jo også den klart vanligste forutsetningen, i det det må antas at de fleste selskaper ikke har planer om å avvikle driften i nærmeste fremtid. Likviditet er også en sentral forutsetning for de fleste typer drift, da i særdeleshet virksomhet som på en eller annen måte innebærer kjøp og salg av varer og/eller tjenester.

Det kan vanskelig anses forsvarlig at et selskap som skal fortsette sin drift ikke har tilstrekkelig med likvide midler til å dekke sine løpende utgifter. Manglende likviditet vil også sannsynligvis utløse ringvirkninger for selskapet som vil utløse handleplikt for styret, og i ytterste konsekvens vil kunne føre til konkurs⁷⁷ eller annen tvungen avvikling av selskapet. Likviditet vil med andre ord raskt kunne påvirke soliditeten til selskapet. Å vente helt til soliditeten blir lidende som følge av illikviditet kan

⁷⁴ I St.meld. nr. 15 (1999-2000) står om soliditet under overskriften «definisjoner» at «Soliditeten forteller om en bedrifts evne til å overleve. Et foretaks soliditet vurderes normalt på bakgrunn av forholdet mellom egenkapital og total kapital. Egenkapitalandelen er et vanlig mål på en bedrifts soliditet». Uttalelsen finnes på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/regpubl/stmeld/19992000/stmeld-nr-15-1999-2000-/8.html?id=321336>. Uttrykket har nær tilknytning til det mer dagligdagse «solid», og sier enkelt sagt noe om hvor solid den økonomiske situasjonen til et selskap er.

⁷⁵ I Andenæs er spørsmålet om likviditet tatt opp under behandlingen av «egenkapital». Han synes imidlertid å legge mye vekt på selve ordlyden «egenkapital», selv om dette som vist over skal forstås mye bredere enn etter ordinær regnskapsmessig språkbruk. Jeg mener vurderingen er bredere og mer skjønnsmessig enn dette.

⁷⁶ NOU 1996: 3 s.38.

⁷⁷ Kravet etter Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 08. juni 1984 nr. 58 for å kunne ta bo under konkursbehandling som følge av insolvens er både illikviditet og negativ egenkapital (soliditet), jf. § 60, jf. § 61.

ikke anses i tråd med styrets handleplikt (mer nedenfor), og den nære tilknytningen handleplikten har til forsvarlighetskravet må derfor tilsi at selskapskapitalen vil være uforsvarlig allerede i det selskapet ikke er i stand til å dekke sine løpende forpliktelser.

I motsatt fall, at selskapet er likvid, men egenkapitalen er negativ, kan det også oppstå spørsmål om egenkapitalen kan anses forsvarlig.

Ved negativ egenkapital vil ikke selskapets soliditet være intakt slik begrepet forstås i vanlig økonomisk språkbruk. Det kan derfor vanskelig anses å foreligge «forsvarlig egenkapital» dersom et selskap har negativ egenkapital/ikke har tilstrekkelig soliditet⁷⁸.

Ved vurderingen av forsvarlighetskravet etter § 3-4 kan det imidlertid tenkes enkelte situasjoner hvor negativ egenkapital på papiret, likevel ikke er uforsvarlig. De mest relevante eksempler på dette er situasjoner hvor det foreligger såkalte ansvarlige lån, eller situasjoner hvor kapitalinnskudd med meget høy sannsynlighet vil foretas for å unngå konkurs.

I den nevnte Kongeparkdommen fra 1996 ble det av førstvoterende uttalt at «forholdet var at Park Holding AS ytet et kapitaltilskudd til Kongeparken AS ut over aksjekapitalen på ca 1,6 millioner kroner. Selv om dette var lånekapital, er det nærliggende å oppfatte lånene, blant annet hensett til avtalte tidspunkter for tilbakebetaling - etter sesongslutt eller pr 31/12, som ansvarlig lånekapital som skulle stå tilbake for krav fra øvrige kreditorer. Ved spørsmålet om underkapitalisering - om egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt - må det være riktig å medregne slike lån». Et lån vil normalt sett bli oppført som en del av fremmedkapital, og ikke egenkapital etter regnskapsloven, jf. rskl. § 6-2, bokstav D. Et slikt ansvarlig lån vil likevel være mer nærliggende å regne som en del av egenkapitalen slik begrepet forstås i asl. § 3-4. Enkelte lån har mer karakter av et kapitalinnskudd. Den type lån som kan medføre at negativ egenkapital er forsvarlig er den type lån som betales etter evne, hovedsakelig ved at tilbakebetaling av lånet står tilbake for krav fra øvrige kreditorer.

⁷⁸ Et i sin tid mye omtalt eksempel er ved oppstarten av flyselskapet Norwegian. Selskapet åpnet med å lease et beskjedent antall fly, og hadde få økonomiske verdier i selskapet. Imidlertid solgte selskapet flybilletter med forskuddsbetaling, samt foretok en større emisjon, og hadde derfor god tilgang på likvide midler. Som forventet for et flyselskap i oppstartsfasen gikk Norwegian de første årene med underskudd. Selskapet, med sin karismatiske styreleder Bjørn Kjos som pådriver, besluttet imidlertid å satse stort, og leaset inn et stort antall nye fly på tross av underskuddene. Satsningen fungerte, og Norwegian hadde i 2011 et driftsresultat på 710 millioner kroner og er stadig voksende (se http://www.aftenposten.no/okonomi/innland/Norwegian-vokser-i-forrykende-tempo-6763555.html#.T8PK_3g4muw).

Eksempelet Norwegian viser hvordan et selskap med god likviditet, men dårlig soliditet, kan lykkes. Dersom satsningen ikke hadde lyktes, er det derimot lite trolig at selskapet med sitt negative driftsresultat ville bli ansett for å ha hatt en «forsvarlig egenkapital» til å utvide både omfanget og risikoen på en slik måte.

Den andre typen situasjoner som kan bidra til å løfte selskapets egenkapital til et forsvarlig nivå, er situasjoner hvor det aktuelle selskapet har et morselskap (eller andre) med sikker økonomi, som av forretningsmessige årsaker ikke kan la selskapet gå konkurs⁷⁹, eksempelvis fordi det foreligger en garanti fra det andre selskapet. Det kan i slike tilfeller være forsvarlig å ha negativ egenkapital, forutsatt at likviditeten holdes intakt.

Garantier fra aksjonær eller selskap i samme konsern vil også kunne spille inn ved forsvarlighetsvurderingen.

I enkelte situasjoner vil derfor egenkapitalen i et selskap kunne anses forsvarlig selv ved manglende soliditet. Dette har sin bakgrunn i at det som nevnt er den reelle egenkapital som er avgjørende, og ansvarlige lån, velbegrunnede forventninger om kapitalinnskudd, eller garantier kan bidra til at styrets kapital situasjon er forsvarlig etter § 3-4.

For å kunne fortsette driften i et selskap er det viktig at selskapet kan dekke sine løpende forpliktelser – at likviditeten er intakt. I tillegg er det (naturligvis) viktig at det ligger økonomiske verdier i grunn, slik at selskapet totalt sett har positiv balanse; at soliditeten er intakt⁸⁰.

5.4.5 Godt forretningskjønn/ forsvarlig forretningsdrift

Selskapets egen vurdering av sin nåværende økonomiske situasjon og den fremtidige økonomiske situasjon, vil i de fleste tilfeller måtte basere seg på forretningsmessige vurderinger.

I mange tilfeller vil ikke slike forretningsmessige vurderinger være særlig egnet for domstolskontroll, og Andenæs går så langt som å skrive at «domstolene vil normalt ikke har grunnlag for å tilsidesette selskapets vurdering av hva som utgjør en forsvarlig egenkapital»⁸¹. Som Andenæs her indikerer er terskelen for å tilsidesette selskapets vurdering av økonomiske anliggender høy. Det er likevel ikke slik at det faktum at det er tale om en økonomisk vurdering *i seg selv* legger noen rettslige skranker på domstolene dersom spørsmålet om forsvarlig egenkapital kommer opp. Tvert imot innebærer hele regelsettet om forsvarlig egenkapital og styrets handlingsplikt at domstolene har full adgang til å prøve alle sider av styrets vurdering, herunder også de forretningsmessige sidene.

⁷⁹ Se bla. Bråthen s. 189.

⁸⁰ Se om dette NOU 1996: 3 s.38.

⁸¹ Andenæs s. 419.

Det er klart at forsvarlighetsvurderingen ikke skal inneholde elementer av etterpåklokskap. Videre vil ofte domstolene som skal avgjøre spørsmålet ikke ha nærgående kjennskap til forretningsmessig drift ved en risikovurdering. Det er likevel behov for en generell målestokk når forsvarlighetskriteriet skal bedømmes. Selv om det kan være vanskelig å ilegge et generelt meningsinnhold i et krav til godt forretningskjønn, vil det være mulig, om nødvendig ved bruk av sakkyndige vitner, å finne ut om risikoprofilen til et selskap ligger innenfor det forsvarlige sett opp mot godt forretningskjønn på den aktuelle sektoren selskapet operer i. Dersom det ligger innenfor forsvarlig forretningsdrift, bør dette føre til frifinnelse, slik situasjonen eksempelvis var i LG-2010-46641-2.

Imidlertid er det viktig å ha i tankene at høy risikoprofil ikke automatisk gjør egenkapitalen uforsvarlig, og det bør nok et kvalifisert brudd på godt forretningskjønn til før selskapets vurdering av forsvarligheten overprøves⁸².

5.5 Oppsummering om forsvarlig egenkapital

Asl. § 3-4 fastsetter en plikt for ethvert aksjeselskap til å ha en egenkapital som er forsvarlig til enhver tid. Pliktregelen retter seg først og fremst mot styret i aksjeselskapet, og det er også styret som får handleplikt etter § 3-5 dersom egenkapitalen faller under forsvarlighetsgrensen.

Forsvarlighetskravet gjelder til enhver tid. Det kan likevel tenkes unntak i kortere perioder i selskapets oppstartsfasen, men dette fordrer kontinuerlig oppmerksomhet mot den økonomiske situasjonen i selskapet fra styrets side.

Når det i § 3-4 står at det er «egenkapital[en]» som skal være forsvarlig, må dette forstås som et utvidet egenkapitalbegrep i forhold slik begrepet vanligvis forstås i økonomisk litteratur. Gjennom forarbeidene presiseres at det er aksjeselskapets samlede kapitalsituasjon som er avgjørende. Det kan derfor legges vekt på ikke-balanseførte merverdier ved bedømmelsen, men det er da viktig at det legges en forsvarlig vurdering av disse verdiene til grunn. Også utgifter som ikke fremgår fra regnskapet må medregnes ved vurderingen. Verdiene i selskapet skal vurderes utfra en forutsetning om fortsatt drift i de tilfeller hvor ikke avvikling av selskapet er mer nærliggende.

Selve kravet om at selskapskapitalen skal være forsvarlig knytter seg opp mot risikoen og omfanget av selskapets virksomhet. Dersom risikoen er høy, må også kapitalen være tilsvarende solid. Dersom selskapets drift skal økes i omfang, må også egenkapitalen bygges opp tilsvarende. Nøyaktig hvor stor egenkapitalen beløpsmessig må være i en gitt situasjon må vurderes helt konkret i den enkelte

⁸² I denne retning også Ot.prp.nr.23 (1996-1997) side 51.

situasjon. Ettersom § 3-4 taler om «egenkapital» kunne det være rimelig å anta at det utelukkende er selskapets soliditet som er avgjørende ved forsvarlighetsvurderingen. Det må imidlertid også legges (betydelig) vekt på selskapets likviditet. Et moment som kan tale for at styret ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av egenkapitalen er hvis det foreligger et markant brudd på god forretningsskikk.

Et moment som nok bare kommer frem implisitt i det ovennevnte er at også selve vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig må være forsvarlig i seg selv. Dette går ut på at styret må legge konkret kunnskap til grunn, og ikke støtte seg på urealistiske eller i overkant optimistiske markedsanalyser eller budsjetter. Dette vil være en viktig del i avgjørelsen om hvorvidt et styre skal ilegges erstatningsansvar etter § 17-1, og blir også påpekt i den nevnte lagmannsrettsdommen LA-2007-37537. Dette vil bli tatt opp nærmere nedenfor rundt styrets handleplikt.

6. Styrets handleplikt

Asl. § 3-5 første ledd har tittelen «Styrets handleplikt ved tap av egenkapital». Paragrafens første ledd 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. Det samme gjelder hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. 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». Videre fremgår det fra § 3-5 annet ledd at «Hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal det foreslå selskapet oppløst».

Regelen er en videreføring av EUs annet selskapsdirektiv⁸³ artikkel 17, hvor det fremgår fra første ledd at «In the case of a serious loss of the subscribed capital, a general meeting of shareholders must be called within the period laid down by the laws of the Member States, to consider whether the company should be wound up or any other measures taken», og videre fra andre ledd at «The amount of a loss deemed to be serious within the meaning of paragraph 1 may not be set by the laws of Member States at a figure higher than half the subscribed capital». Ordlyden «subscribed capital»

⁸³ Fullt navn Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent.

tilsvarende det norske «selskapskapital» eller «aksjekapital»⁸⁴, og den norske regelen om styreansvar er i stor grad utformet etter EU-regelen.

Ettersom ansvaret for drift av selskapet etter asl. § 6-12 i all hovedsak ligger til styret, er det også styret som har blitt tillagt ansvaret for at kapitalreglene i § 3-5, jf. § 3-4 følges. Sanksjonen dersom handlingsplikten ikke følges vil hovedsakelig være erstatningsansvar etter asl. § 17-1.

6.1 Tidspunktet for når handleplikten inntreffer

Handleplikten for styret inntreffer etter § 3-5 første ledd, første setning hvis «det må antas» at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet. Egenkapitalen betyr også her den reelle egenkapital, ikke den bokførte⁸⁵. Forsvarlighetsvurderingen er her den samme som etter § 3-4, hvilket også fremgår fra henvisningen til § 3-4 i første ledd siste setning.

Selve formuleringen «det må antas» åpner for flere mulige forståelser av når handleplikten inntreffer.

En forståelse er at tidspunktet for handleplikten er når styret oppdager at egenkapitalen har falt under forsvarlighetsgrensen; at det må foretas en aktsomhetsvurdering av styret. Ved et slikt tilfelle vil det nok handlingsplikten også oppstå når styret burde oppdaget egenkapitalen ikke lenger var forsvarlig, slik tilfellet er ved de fleste aktsomhetsvurderinger.

En annen forståelse av ordlyden er at handlingsplikten inntreffer når selskapskapitalen rent faktisk falt under forsvarlighetsgrensen; at det er tale om en objektiv vurdering.

I forarbeidene er valget av ordlyden «må antas» sparsomt kommentert. Det er imidlertid kort nevnt i NOU 1996: 3 på s. 44 at det som bør utløse aktivitetsplikt for styret er at styret «*blir klar over at egenkapitalen i selskapet er lavere enn forsvarlig*»(min kursivering). For svensk retts vedkommende inntreffer handleplikt for styret i henhold til ABL 25:13⁸⁶ når det «finns skäl att anta» at det har oppstått betalingsvansker eller egenkapitalen er under halvparten av registrert aksjekapital (se mer om «under halvparten av egenkapital» nedenfor for norsk rett). Dette kan oversettes med «finnes grunn til å tro»⁸⁷, og skal i henhold til svensk litteratur forstås som en subjektiv aktsomhetsvurdering for

⁸⁴ Einar Hansen og Åge Lind, Engelsk-norsk økonomisk-juridisk ordbok, Cappelen Forlag, Oslo, 2007.

⁸⁵ Ot.prp nr. 23 (1996–1997) side 54.

⁸⁶ Aktiebolagslag (2005:551) kapittel 25, 13§, uttalelsen står i paragrafens nr. 1.

⁸⁷ Oversettelse med Google translate fra svensk til norsk, translate.google.com.

styret⁸⁸. Dette peker i retning av at ordlyden «det må antas» er å forstå som at handlingsplikten først inntreer når styret forstår eller burde forstått at egenkapitalen ble uforsvarlig.

Imidlertid er det i den danske selskabsloven pålagt at styret «skal sikre» at generalforsamling innkalles i gitte tilfeller, jf. § 119. Regelen er etter dansk rett objektiv⁸⁹, og åpner ikke for noen aktsomhetsvurdering. Det samme gjelder regelen i EUs andre selskapsrettsdirektiv artikkel 17 som er nevnt ovenfor, da denne ikke knytter tap av selskapskapital opp mot tidspunkt for oppdagelse, men bare konstaterer at «a general meeting of shareholders *must be called* within the period laid down by the laws of the Member States» (min kursivering). For norsk retts vedkommende uttaler Andenæs på side 422 at fristen begynner «objektivt sett å løpe fra det tidspunkt da dette [at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig] lar seg konstatere».

Hvis man ser på bakgrunnen for regelen slik den fremkommer fra forarbeidene så var dette å skjerpe styrets plikt i forhold til forvaltningen av selskapet⁹⁰. Dette taler for en streng praktisering av reglen utfra objektive kriterier, slik at styret ikke skal kunne komme seg unna med manglende kunnskap om selskapets økonomiske situasjon⁹¹. Ordlyden «det må antas» bør heller forstås som en erkjennelse av at det til tider kan være vanskelig å fastslå nøyaktig når et selskap objektivt sett har fått en økonomi som gjør at det havner under forsvarlighetsgrensen, og at det er tilstrekkelig å finne tidspunktet når det må antas at dette er tilfellet.

For øvrig vil manglende gjennomføring av handleplikten ikke i seg selv medføre ansvar for styret, og en aktsomhetsvurdering vil uansett bli gjennomført når et eventuelt erstatningsansvar for styremedlemmene skal vurderes etter § 17-1. Det vil derfor ikke være urimelig om handleplikten etter § 3-5 baseres på et mest mulig objektivt⁹² grunnlag.

⁸⁸ Se notene i svenske Karnov til ABL, http://juridik.karnovgroup.se/document/531649/12?versid=146-1-2005#SFS2005-0551_K25_P13, dommen i RH 1994:18, samt Torsten Sandstöm, Svensk aktiebolagsrätt, 3.utgave, Stockholm, 2010 s. 326.

⁸⁹ Se notene i danske Karnov til selskabsloven, <http://jura.karnovgroup.dk/document/7000491144/3?versid=197-1-2001>, samt Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber aktie-og anpartsselskabsret, 3.utgave, København, 2009 s. 449. Etter den tidligere danske selskabsloven var det en viss uklarhet omkring dette, men det er altså endret med den nye Selskabsloven.

⁹⁰ Jf. Ot.prp nr. 23 (1996-1997) s. 55 hvor det fremgår at hovedformålet med regelen var å sette «krav til en mer kontinuerlig oppmerksomhet fra styrets side omkring egenkapitalsituasjonen i selskapet».

⁹¹ I samme retning Mack Løvdaal s. 504.

⁹² Dette synes også å være Andenæs syn, jf. Andenæs s. 422.

Regelen i § 3-5 må derfor forstås som at handleplikten oppstår fra det tidspunkt egenkapitalen objektivt sett er lavere enn forsvarlig.

6.2 Når styret skal behandle saken

Asl. § 3-5 første ledd slår i ordlyden fast at dersom selskapskapitalen er under forsvarlighetsgrensen «skal styret straks behandle saken». Ordlyden «straks» må her forstås som at styret skal behandle saken så snart som praktisk mulig, og unødig tidsspille vil her kunne komme inn som et moment ved vurdering av erstatningskrav etter § 17-1. For øvrig innebærer bestemmelsen «krav til en mer kontinuerlig oppmerksomhet fra styrets side omkring egenkapitalsituasjonen i selskapet»⁹³, og er en presisering av styrets ansvar for forvaltningen av selskapet som følger av § 6-12.

Vurderingen vil vanligvis skje ved godkjenning av årsregnskap⁹⁴, og det vil i ordinære tilfeller ikke være nødvendig å foreta hyppige kontroller av egenkapitalen utover dette. Forarbeidene nevner at styrets handlingsplikt først og fremst oppstår dersom det «i løpet av året inntreffer forhold som kan antas å ha vesentlig betydning for selskapets egenkapital»⁹⁵. Styret er her avhengig av god rapportering fra daglig leder, men plikter i utgangspunktet også selv å føre kontroll med selskapets økonomi dersom det finnes grunn til å anta at daglig leders rapporter gir et ufullstendig bilde av situasjonen⁹⁶.

6.3 Hva ligger i å «behandle saken»

Ordlyden «behandle saken» gir i selv lite konkret rettleiding til styret utover å fastslå at det må foretas en behandling. Det må da minimum kunne forventes at styrets medlemmer møtes for å ta opp kapital situasjonen i selskapet. Det kan vanskelig tenkes forsvarlig etter § 6-19 første ledd at en så alvorlig sak som uforsvarlig egenkapital behandles på annen måte enn ved møte. Unnlatelse av å behandle saken i møte vil peke sterkt i retning av erstatningsansvar etter § 17-1.

Det er som utgangspunkt styrets leder som har ansvar for at spørsmålet om selskapets egenkapital kommer på dagsorden, jf. § 6-20, jf. § 6-21 første ledd. Det er imidlertid også her, som ellers, en del

⁹³ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) s. 55.

⁹⁴ Andenæs s. 422 og Bråthen s. 192.

⁹⁵ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) s. 55.

⁹⁶ Dette ble også tatt opp i LA-2007-37537, hvor det uttales som et moment for erstatningsansvar for styret at et av styremedlemmene hadde ment at det kanskje «skortet på daglig leders administrative evner».

av ansvaret som følger med styrevervet for det enkelte styremedlem å kreve at saken blir tatt opp i styret⁹⁷.

For å unngå erstatningsansvar er det viktig at det blir ført i styreprotokollen at økonomisituasjonen er satt på dagsorden, da dette kan bli et vesentlig bevisstema ved en eventuell erstatningssak.

Når det gjelder hvordan behandlingen skal foregå på møtet følger det av § 3-5 første ledd tredje punktum at "Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling". Det er da helt klart at behandlingen på styremøtet i forkant av generalforsamlingsinnkalling må ha minimum til hensikt å forberede en redegjørelse til generalforsamlingen om selskapets økonomiske stilling. I tillegg må det selvsagt gjøres forberedelser til selve generalforsamlingsinnkallingen, og ta de nødvendige skritt for at den kan innkalles "innen rimelig tid".

Videre må styret se på hvilke tiltak som kan gjennomføres, ettersom det er pålagt at styret "på generalforsamlingen [skal] foreslå tiltak for å rette på" den uforsvarlige økonomiske situasjonen i selskapet. Hvilke tiltak det kan være tale om vil bli behandlet nedenfor. Dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak, eller eventuelle tiltak ikke lar seg virkeliggjøre, er det også viktig at styret har klart for seg muligheten for oppløsning av selskapet, og at det kan være nødvendig å foreslå slik oppløsning for generalforsamlingen, jf. § 3-5 siste ledd.

Det følger ikke direkte fra § 3-5 at styret selv plikter å foreta seg noe utover forberedelser frem mot generalforsamling. Dette må imidlertid kunne legges forutsetningsvis til grunn i ordlyden "straks behandle saken" i første ledd. Formålet med paragrafen er som nevnt å få søkelys på firmaets økonomiske situasjon. I dette må det også ligge et ønske om å gjenopprette kapitalstatusen til et økonomisk forsvarlig nivå så snart mulig. Dersom det kan gjennomføres tiltak som ikke krever godkjenning på generalforsamling, må styret derfor så snart igangsette disse. Dette følger også med styrets plikt til en forsvarlig forvaltning av selskapet etter § 6-12. Et typisk eksempel er at styret kan gjennomføre diverse tiltak som reduserer selskapets forpliktelser⁹⁸, blant annet si opp dyre leieavtaler eller skrinlegge planlagte prosjekter⁹⁹.

⁹⁷ Bråthen s. 193.

⁹⁸ Andenæs s. 422.

⁹⁹ Naturligvis såfremt ikke selve skrinleggingen krever godkjenning fra generalforsamlingen etter §§ 5-17 til 5-20, jf. § 5-1.

6.4 «foreslå tiltak»

De tiltak som styret er pålagt å legge frem for generalforsamlingen vil variere noe ut fra om den økonomiske situasjonen i selskapet er slik at "selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4", jf. § 3-5 fjerde punktum, eller slik at "det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen", jf. andre punktum. Disse vil bli behandlet hver for seg nedenunder.

6.4.1 Selskapet har ikke en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4

Dersom egenkapitalen i selskapet faller under forsvarlighetsgrensen, må målet ved styrets tiltak være å gjenopprette kapitalen til et forsvarlig nivå. Dette er et selvsagt utgangspunkt sett ut fra lovens system og hensynene bak. Alternativet dersom forsvarlig egenkapital ikke lenger er mulig å oppnå må være å foreslå selskapet oppløst, jf. § 3-5 siste ledd.

For denne regelen gjelder samme forståelse av uttrykket «egenkapital» som er lagt til grunn etter § 3-4¹⁰⁰, jf. over om dette. Det er altså selskapets samlede kapitalsituasjon som er avgjørende.

Når styret skal foreslå tiltak for generalforsamlingen er det da altså slik at dette må være tiltak som tar sikte på å gjenopprette en forsvarlig kapitalsituasjon i selskapet. I perioden frem mot innkalling av generalforsamling vil styrets aktsomhetsplikt være skjerpet¹⁰¹. Denne aktsomhetsplikten bør også videreføres og gjelde selve tiltakene som foreslås. For å unngå erstatningsansvar er det viktig at styret har gjort grundige forberedelser og analyser av de tiltak som foreslås, og at dette fremstår som realistiske tiltak for å bedre selskapets økonomiske situasjon. Ved en eventuell rettssak vil ikke retten nødvendigvis være særlig egnet til å foreta en vurdering av de forretningsmessige sidene av de tiltak som er foretatt av styret i forkant av generalforsamlingen, selv om retten naturligvis har full adgang til å foreta en slik vurdering om den finner dette ønskelig. Selve prosessen er retten likevel godt egnet til å vurdere, og det er derfor viktig at denne er så ryddig som mulig for å unngå erstatningsansvar for styrets medlemmer.

6.4.2 Egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen

Det følger av § 3-5, første ledd annet punktum at styret straks skal behandle saken også «hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen». Ved

¹⁰⁰ Se Ot. Prp nr. 23 (1996-1997) hvor det på side 54 uttales at «Selskapet kan ta hensyn til verdier som ikke er balanseført».

¹⁰¹ Se bla. Krogh s. 333.

forsvarlighetsvurderingen er det i hovedsak lagt på vekt på selskapets egenkapital, og da en utvidet forståelse av begrepet «egenkapital» som omfatter selskapets reelle kapitalsituasjon. Det mer formelle begrepet «aksjekapital» har ikke vært av nevneverdig betydning ved vurderingen etter § 3-4 og § 3-5 første setning. Aksjekapitalen er i utgangspunktet en fast størrelse, uavhengig av endringer i egenkapitalen (og forutsatt at den ikke endres på generalforsamling). Minste aksjekapital ved oppstart av et selskap er etter den nye asl. § 3-1 (1) «30.000 norske kroner». Dersom dette er aksjekapitalen i et selskap, vil handleplikten etter § 3-5 første ledd annet punktum oppstå dersom egenkapitalen synker til under kr 15.000.

Det å knytte handleplikten opp mot et fast beløp gir styret et helt konkret tidspunkt for når deres handleplikt oppstår. I slike tilfeller er det ikke rom for skjønn på samme måte som ved en forsvarlighetsvurdering. Styret slipper da å gjøre noen kompliserte vurderinger, men kan nøye seg med å umiddelbart fastslå at det foreligger en handleplikt. Forarbeidene påpeker da også at «utforming[en] av bestemmelsen [er] et rimelig kompromiss mellom på den ene side hensynet til klarhet og forutberegnelighet, og på den andre side ønsket om en viss fleksibilitet og tilpasningsmuligheter». Handleplikt for styret hvor egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen må nok sies å være den klareste og mest forutberegnelige delen av forsvarlighetsreglene i § 3-4 og § 3-5. Årsaken til at handleplikten er satt til akkurat halvparten synes ved første øyekast ikke klar. Den direkte årsaken til dette er EUs annet selskapsrettsdirektiv art 17 som slår fast at hva som skal anses som vesentlig tap etter denne artikkelen «may not be set by the laws of Member States at a figure higher than half the subscribed capital». Lovgiver valgte dermed den enkleste løsningen da artikkelen skulle implementeres i norsk rett, og valgte å knytte handleplikten til tidspunktet hvor halvparten av aksjekapitalen er tapt.

Regelen åpner som sagt ikke for noen skjønnsmessige vurderinger fra styrets side, og det burde i utgangspunktet være enkelt å slå fast når handleplikten etter denne regelen inntreffer dersom styret har den nødvendige og forventede kontroll på selskapets økonomi. I tilfeller hvor egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen vil det derfor kunne være enda mindre unnskyldelig for styret å ikke ha handlet på riktig tidspunkt enn ved tilfeller hvor egenkapitalen etter en skjønnsmessig vurdering må sies å ikke ha vært forsvarlig. Dette kan få betydning ved erstatningsutmålingen.

En annen ting er at det kan være noe tvil omkring hva som er egenkapitalsituasjonen i selskapet. Også etter § 3-5 annet punktum gjelder det reelle (verdijusterte) egenkapitalbegrepet¹⁰²; det er altså ikke avgjørende hva som står i regnskapet. Dette burde likevel ikke by på nevneverdige problemer for

¹⁰² Se blant annet Andenæs s. 423 med videre henvisninger til Ot.prp nr. 23 (1996-1997) s 54-55.

et selskap som har den nødvendige kontroll på økonomien i et selskap som det må kunne forutsettes at styret må ha. Spørsmålet er om det etter denne regelen også er plass for en konkret helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalsituasjon.

Forarbeidene¹⁰³ besvarer spørsmålet benektende, og det uttales på side 55 at det «ikke [er] rom for en helhetsvurdering av om selskapets kapitalgrunnlag generelt fremstår som forsvarlig» når det gjelder at egenkapitalen er falt til under halve aksjekapitalen. Dette legger også Andenæs til grunn uten nærmere utdypning¹⁰⁴. Hensynet bak regelen er å gi generalforsamlingen nødvendig informasjon om selskapets kapitalsituasjon, jf. nedenfor. Dette er slik at generalforsamlingen skal ha mulighet til å foreta en konkret vurdering av selskapets kapitalsituasjon. Det er dermed ikke grunnlag for styret til å gjøre dette selv. Dersom den reelle egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen foreligger handleplikt for styret, uavhengig av selskapets samlede kapitalsituasjon.

Tidligere var det noe tvil om tiltakene styret la frem for generalforsamlingen måtte være egnet til å heve egenkapitalen over halvparten av aksjekapitalen, eller om det var å få en isolert sett forsvarlig egenkapital som måtte være siktemålet. Denne tvilen er nå avklart ved at det i forarbeidene til Lov om endringer i aksjelovgivningen mv¹⁰⁵ er uttalt direkte at «[f]ormålet med endringsforslaget er å gjøre det klart at i tilfeller hvor grunnlaget for styrets handleplikt er at det er grunn til å anta at egenkapitalen har blitt mindre enn halve aksjekapitalen, skal siktemålet med de tiltak som styret skal foreslå etter nåværende annet punktum, være å gi selskapet en forsvarlig egenkapital. Dersom egenkapitalen allerede må anses forsvarlig, vil det ikke være nødvendig for styret å foreslå tiltak»¹⁰⁶. I henhold til departementet er dette klart begrunnet i «sammenhengen med § 3-4 og av klare reelle hensyn»¹⁰⁷. Det er altså ikke nødvendig for styret å foreslå at aksjekapitalen nedsettes slik at egenkapitalen igjen blir over halvparten.

Som det klart fremgår av § 3-5 første ledd annet punktum må generalforsamlingen likevel innkalles og informeres om situasjonen. Dette følger også av forarbeidene da dette «skal sikre at

¹⁰³ Ot.prp nr.23 (1996-1997).

¹⁰⁴ Andenæs side 423.

¹⁰⁵ Lov av 15. desember 2008 nr. 88.

¹⁰⁶ Ot.prpnr.55 (2005-2006) side 162.

¹⁰⁷ Ot.prpnr.55 (2005-2006) side 20.

generalforsamlingen blir orientert om et slikt betydelig tap av egenkapital»¹⁰⁸, og at aksjeeierne «blir forelagt situasjonen»¹⁰⁹.

6.5 Plikt til å foreslå selskapet oppløst

Det fremgår fra § 3-5 andre ledd at «[h]vis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal det foreslå selskapet oppløst».

Ordlyden gjør det her klart hvilket forslag styret plikter å legge frem for generalforsamlingen dersom den økonomiske situasjonen i selskapet er så dårlig at styret ikke finner grunnlag for å foreslå andre tiltak. Dette gjelder også i situasjoner hvor eventuelle tiltak av forskjellige grunner ikke er gjennomførbare. En slik grunn kan eksempelvis være at styret ikke får det tilstrekkelige flertall som kreves på generalforsamlingen¹¹⁰. Styret plikter da å foreslå oppløsning av selskapet. Det er naturligvis generalforsamlingen selv som bestemmer om styrets forslag skal følges og selskapet faktisk oppløses, jf. asl. § 16-1 (1).

7. Virkning

Verken § 3-4 eller § 3-5 inneholder bestemmelser om virkningen av at forsvarlighetskravet ikke er ivaretatt og den etterfølgende handleplikten for styret ikke overholdes. Det må derfor sees hen til de øvrige regler i aksjeloven for å vurdere hva som blir virkningen dersom forsvarlighetskravet og handleplikten ikke overholdes.

I forarbeidene er det flere steder henvist til de «alminnelige straffe- og erstatningsbestemmelsene»¹¹¹, og påpekt at brudd på handleplikten kan medføre at «ledelsen etter omstendighetene bli erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 15-1 [§ 17-1 i det ferdige utkastet]»¹¹².

Asl. § 17-1 (1) lyder: «Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende»¹¹³.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) side 21.

¹⁰⁹ NOU 1996: 3 side 147.

¹¹⁰ Eksempelet er hentet fra Andenæs side 423.

¹¹¹ NOU 1996: 3 side 147.

¹¹² Ot. Prp. Nr. 23 (1996-1997) side 52.

Det settes i bestemmelsen opp kriterier for erstatningsansvar som er til dels kjente også fra den alminnelige erstatningsretten. Forskjellen ligger hovedsakelig i persongruppen som blir presentert i regelen¹¹⁴. Når det gjelder reglene om forsvarlig egenkapital er det i hovedsak styrets erstatningsansvar som er interessant, selv om det er verdt å merke seg at også aksjeeierne (og dermed generalforsamlingen) kan bli erstatningsansvarlige etter § 17-1 (1).

Utover persongruppen som nevnes i § 17-1 (1) er det som sagt kjente vilkår fra erstatningsretten som settes opp. Det må for det første foreligge en «skade». For at det skal være noe å erstatte, må skaden også kunne verdsettes økonomisk¹¹⁵. Det må med andre ord foreligge et tap for selskapet, aksjeeier eller andre for at erstatning skal være aktuelt.

Videre er det et krav om at styret har opptrådt «uaktsomt»¹¹⁶ for at det skal kunne ilegges ansvar. Det er her tale om culpaansvar for styrets del¹¹⁷, og for at styremedlemmene skal bli erstatningsansvarlige må det være foretatt en handling eller unnlatelse som er uaktsom. Erstatning for brudd på handleplikt må derfor knyttes til hvorvidt det er uaktsomt av styremedlemmene å ikke foreta tiltak som nevnt i § 3-5. Forarbeidene uttaler at «ledelsen får et visst spillerom og at ansvar bare fastsettes i noe grovere tilfeller»¹¹⁸.

En mulig grunn til at tiltak ikke er gjennomført kan eksempelvis være at styret ikke har kunnskap om selskapets uforsvarlige egenkapital. Som det fremkommer over under punkt 6.1 inntreer styrets handleplikt når det objektivt sett «må antas» at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig. Det er imidlertid ikke realistisk å forvente at styret umiddelbart skal være klar over den uforsvarlige

¹¹³ Det samme kan gjelde dersom man har bidratt til skade uten at dette er i egenskap av de nevnte gruppene, jf. § 17-1 (2). Dette faller litt på siden av forsvarlighetsvurderingen, og vil ikke bli tatt opp i det videre.

¹¹⁴ Også andre kan saksøkes etter alminnelige erstatningsregler, men dette vil heller ikke bli gått nærmere inn på.

¹¹⁵ Dette er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp, se eksempelvis Andenæs s. 659, se også L13.06.1969 nr. 26 Lov om skadeserstatning § 4-1 om tings- og formuesskade, hvor det fremgår at det er skadelidtes «økonomiske tap» som skal dekkes.

¹¹⁶ Forsettlig brudd på kravet om forsvarlig egenkapital er nok ikke fullt så aktuelt. Riktignok kan de bevisst ha tatt en større risiko enn det var egenkapitaldekning for, men det er nok ytterst sjelden det vil komme frem at forsvarlighetskravet forsettlig er tilsidesatt i en eventuell erstatningssak. Dette vil i så tilfelle gjøre behandlingen av ansvarsgrunnlaget enklere. Forsettlig tilsidesettelse vil ikke bli kommentert ytterligere i det følgende.

¹¹⁷ Se note 2510 til asl. § 17-1 på norsk lovkommentar, som finnes på <http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19970613z2D44z2EK17#gN19970613z2D44z2E2518>.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) på side 51.

egenkapitalen i alle tilfeller. Dersom styrets mangel på handling skyldes manglende kunnskap om når egenkapitalen sank til under et forsvarlig nivå, vil vurderingen gå ut på å fastslå hvorvidt det var uforsvarlig for styrets medlemmer å ikke ha denne kunnskapen. I den forbindelse vil det blant annet måtte legges vekt på om det har oppstått situasjoner som er nevnt i eksemplene under punkt 5.4.2, hvor god rapportering fra daglig leder har vært, om noen av styrets medlemmer hadde ekstra oppfordring til å reagere på forhold som har oppstått i selskapet og så videre.

Til sist må det være årsakssammenheng mellom den voldte skaden og den erstatningsbetingende uaktsomheten¹¹⁹. Det må altså være de påstått erstatningsansvarlige styremedlemmenes manglende oppfølging av sin handleplikt som må ha vært årsaken¹²⁰ til tapet som kreves erstattet. Dersom tapet hadde oppstått uansett, vil det dermed ikke kunne idømmes erstatningsansvar.

Det som nok er det mest vesentlige poenget omkring erstatning for brudd på handleplikten er at det ikke er knyttet direkte virkninger til dette i § 3-5. Brudd på handleplikten i § 3-5 vil dermed bare være ett av flere mulige momenter i en erstatningsvurdering, og da bare på ansvarssiden. Dersom ingen skade har oppstått, eller det ikke er årsakssammenheng mellom skaden og brudd på handleplikten, vil ikke styret kunne idømmes erstatningsansvar. På den annen side tilsier en lovfestet handleplikt at brudd på denne vil være av vesentlig betydning ved ansvarsfastsettelsen, da i sterkere grad enn om det ikke hadde vært en lovfastsatt handlingsnorm¹²¹. Det er derfor ikke slik at handlingsplikten er en tom fanebestemmelse uten effekt. Virkningen av overtredelse må bare ikke overdrives.

Dersom styret har oppfylt sin handleplikt etter § 3-5 må dette på den annen side medføre at styret som hovedregel går fri for ansvar grunnet uforsvarlig egenkapital¹²².

8. Avsluttende bemerkninger

Hvis reglene i § 3-4 og § 3-5 skal forklares enkelt så er det egentlig et spørsmål om hvor stor risiko det er ønskelig at et selskap skal få lov til å ta. Hvor stor risiko bør man kunne ta uten personlig ansvar?

Det er viktig at reglene om forsvarlig egenkapital ikke setter for strenge skranker for selskapets forretningsdrift. I lovens forarbeider uttales at «[i]ngen lovregler kan hindre at et aksjeselskap

¹¹⁹ Dette følger av sikker erstatningsrett, jf. eksempelvis Rt. 1973 s. 1268.

¹²⁰ Eller i hvert fall en av hovedårsakene, jf. P-pilledom 2, Rt. 1992 s. 64.

¹²¹ Andenæs s. 424.

¹²² Andenæs s. 425.

gjennom driften taper sin egenkapital. Derimot er det gjennom ansvarsregler og sanksjonsregler for ledelsen i selskapet, mulig å motivere disse til å drive selskapet forsvarlig slik at kreditorene ikke utsettes for en uakseptabel risiko for tap»¹²³. Denne uttalelsen gir et godt bilde på formålet med reglene om forsvarlig egenkapital. Meningen er ikke å hindre at et aksjeselskap taper sin egenkapital. Formålet er derimot å motvirke den risikoen for *kreditorene* man anser som *uakseptabel*.

I praksis er det nok urealistisk å forvente at alle selskaper uavhengig av erfaringsnivå og profesjonalitet har en like forsvarlig tilnærming til egenkapitalsituasjonen i selskapet. Særlig i mindre selskaper vil nok tilfellet ofte være at selskapet driftes videre, med påfølgende risiko for tap for kreditor, frem til det blir slått konkurs av kreditorene. Som det fremgår fra forarbeidene er det kun de grovere tilfellene som skal rammes av ansvarsreglene i § 17-1 når det kommer til brudd på kravet til forsvarlig egenkapital og handleplikten etter §§ 3-4 og 3-5.

I skrivende stund er det mye fokus på reduksjonen av innskuddskapital ved oppstarten av aksjeselskaper. Det er imidlertid viktigere å øke bevisstheten omkring forsvarlig drift av selskaper. I så måte har reglene om forsvarlig egenkapital en viktig holdningsskapende funksjon.

¹²³ NOU 1992: 29 s. 38.

Kilder

Forarbeider

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper.

Ot.prp nr. 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

Innst. O nr. 45 (1994-1995) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskap (aksjeloven).

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.

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

Innst. O nr. 80 (1996-1997) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgivning m.m.

St.meld. nr. 15 (1999-2000) Lønnsomme og konkurransedyktige reiselivsnæringer.

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

NOU 2011: 8 Ny finanslovgivning.

Rettspraksis

Rt. 1973 s. 1268

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1996 s. 672

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2011 s 1473

LF-2004-987

LA-2007-37537

LG-2010-46641-2

Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006)

Bråthen, Tore, *Styremedlem og aksjonær*, 2.utgave, (Bergen 2009)

Christensen, Jan Schans, *Kapitalselskaber aktie-og anpartsselskabsret*, 3.utgave, (København 2009)

Gisle, Jon mfl., *Jusleksikon*, 4.utgave, (Oslo 2010)

Hansen, Einar og Åge Lind, *Engelsk-norsk økonomisk-juridisk ordbok*, Cappelen Forlag, (Oslo 2007)

Sandstöm, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 3.utgave, (Stockholm 2010)

Krogh, Hilde L., «Forsvarlig egenkapital» etter nye aksjelover – styrets og daglig leders plikter og ansvar, *Revisjon og regnskap*, nr. 7 1997 s. 331-334

Mack Løvdal, Elin, *Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3.4 [asa 3-4, asal 3-4] og 3.5 [asa 3-5, asal 3-5]*, *Tidsskrift for Forretningsjus* 2003 nr. 4, s. 472-569

http://www.aftenposten.no/okonomi/innland/Norwegian-vokser-i-forrykende-tempo-6763555.html#.T8PK_3g4muw

<http://www.ssb.no/konkurs/tab-2011-07-22-02.html>

<http://www.forskning.no/artikler/2008/august/190437>

<http://arsmelding.brreg.no/downloads>

http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2012/01/fr-statistikk_n.html

<http://no.wikipedia.org/wiki/Egenkapital>

<http://jura.karnovgroup.dk/document/7000491144/3?versid=197-1-2001>

www.zumrevisorer.no/filestore/Vurderingavforsvarligegenkapital.doc

translate.google.com

http://juridik.karnovgroup.se/document/531649/12?versid=146-1-2005#SFS2005-0551_K25_P13

<http://jura.karnovgroup.dk/document/7000491144/3?versid=197-1-2001>

<http://abo.retttsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19970613z2D44z2EK17#gN19970613z2D44z2E2518>

http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2012/01/fr-statistikk_n.html