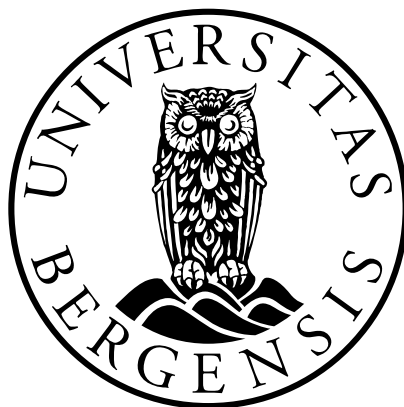


Styrets handleplikt

Med et særlig fokus på situasjonen der styret har fremsatt forslag til tiltak eller oppløsning, uten å få medhold av generalforsamlingen

Kandidatnummer: 168

Antall ord: 14 990



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2024

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Oppgavens problemstilling	4
1.2 Aktualitet	5
1.3 Metode og rettskilder	6
1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre	7
2. Hvorfor har vi regler om beskyttelse av selskapskapitalen?	8
3. Aksjeloven § 3-4: Kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet	10
3.1 Innledning	10
3.2 Begrepsavklaring	11
3.2.1 Egenkapital	11
3.2.2 Likviditet	13
3.3 Forsvarlighetsvurderingen	13
3.3.1 Momenter i forsvarlighetsvurderingen	14
4. Styrets handleplikt	17
4.1 Innledende om handleplikten	17
4.2 Når utløses handleplikten?	18
4.3 Styrets plikter etter aksjeloven § 3-5 første ledd	19
4.3.1 Styrebehandlingsplikten	19
4.3.2 Plikten til å innkalle generalforsamlingen	20
4.3.3 Redegjøringsplikten	23
4.3.4 Plikten til å foreslå tiltak	23
4.3.5 Har styret en plikt til å påse at tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen?	27
4.4 Aksjeloven § 3-5 annet ledd: plikten til å foreslå oppløsning	30
4.4.1 Når inntreffer oppløsningsplikten?	30
4.4.2 Forholdet til plikten til å begjære oppbud	31
5. Hva skjer når styrets forslag blir nedstemt av generalforsamlingen?	32
5.1 Generalforsamlingens behandling av styrets forslag	32
5.2 Når styrets forslag til tiltak for å gi selskapet en forsvarlig egenkapital blir nedstemt ..	33
5.3 Når styrets forslag om oppløsning blir nedstemt	35
5.3.1 Kan styret fortsette i sitt verv?	35
5.3.2 Kan styremedlemmene bli erstatningsansvarlige?	36

5.3.3 Kan aksjeeierne bli erstatningsansvarlige?	39
5.3.4 Har styret en varslingsplikt?	41
5.3.5 Øvrige konsekvenser.....	43
6. Avsluttende betraktninger	44
Kildeliste.....	45

1. Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling

Aksjeselskap er en selskapsform med begrenset deltakeransvar. I dette ligger at kreditor ikke kan kreve aksjeeierne for aksjeselskapets forpliktelser, og at aksjeeierne ikke plikter å gjøre innskudd i selskapet utover det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, jf. aksjeloven § 1-2.¹ Selskapskapitalen er med andre ord kreditors eneste dekningsgrunnlag. Den som påtar seg en kreditorrolle overfor et aksjeselskap, risikerer dermed å lide et tap dersom selskapets kapitalgrunnlag ikke er tilstrekkelig stort til å dekke selskapets forpliktelser. Det er derfor viktig at det oppstilles regler til beskyttelse av selskapskapitalen. Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 er sentrale i denne sammenheng.

Aksjeloven § 3-4 oppstiller et krav om at aksjeselskaper skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet. Dersom kravet etter § 3-4 ikke er tilfredsstilt, trer styrets handleplikt etter § 3-5 inn. Aksjeloven § 3-5 oppstiller en rekke ulike plikter for styret. En sentral del av styrets handleplikt, er plikten til å foreslå tiltak som kan gi selskapet et forsvarlig kapitalgrunnlag, eller eventuelt foreslå selskapet oppløst dersom dette ikke er mulig. Styrets handleplikt er imidlertid på dette punktet nettopp begrenset til å *foreslå* tiltak eller oppløsning. Kompetansen til å avgjøre om styrets forslag skal vedtas, ligger hos generalforsamlingen.

Dette aktualiserer en særskilt problemstilling. Hva skjer når styret har fremsatt forslag til tiltak eller oppløsning i tråd med § 3-5, uten å få medhold av generalforsamlingen? Formålet med denne fremstillingen er å kaste lys over det nærmere innholdet i styrets handleplikt, og undersøke hva som skjer der styret ikke får medhold i sine forslag.

¹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven – asl.).

1.2 Aktualitet

Temaets aktualitet henger sammen med at det i løpet av de siste tiårene har skjedd en markant økning i antall saker om styreansvar i aksjeselskaper.² Utviklingen kan skyldes at styrets ansvar og plikter har blitt skjerpet og presisert ved ikrafttredelsen av aksjeloven av 1997, blant annet ved innføringen av §§ 3-4 og 3-5. Brudd på aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 er nemlig blant de bestemmelsene som oftest påberopes i domstolene.³ For den som påtar seg et styreverv i et aksjeselskap, er det med andre ord viktig å sette seg inn i hvilke plikter og ansvar som medfølger vervet, og da særlig etter §§ 3-4 og 3-5.

Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 er imidlertid skjønnsmessig utformet. Hvilke plikter styret har etter bestemmelsene, og omfanget av disse, kan med andre ord ikke utledes av lovteksten alene. Dette kan være en viktig årsak til at §§ 3-4 og 3-5 er blant de bestemmelsene som oftest påberopes. Med tanke på at brudd på bestemmelsene nettopp kan resultere i ansvar for styremedlemmene etter aksjeloven §§ 17-1 og 19-1, gjør forutberegnelighetshensyn det særlig aktuelt å sammenfatte rettskildene og gi en fremstilling av gjeldende rett på dette området.

Opgavens særskilte problemstilling om hva som skjer når styret har handlet i tråd med § 3-5 og fremsatt forslag overfor generalforsamlingen uten å få medhold, har dessuten aldri vært stilt for domstolene. Så vidt meg bekjent har problemstillingen heller ikke blitt behandlet i teorien. Hva som skjer i en slik situasjon, er med andre ord foreløpig uavklart. I påvente av en avklaring fra domstolene, er det derfor aktuelt å undersøke hva det foreløpige rettskildebildet tilsier er gjeldende rett.

² Se Schwenke (2023) s. 17 der det fremgår at det har vært 238 styreansvarsaker til behandling i lagmannsretten og Høyesterett fra 1999 og frem til 1. januar 2023. Bare fra 2018 har det vært over 70 saker til behandling i disse instansene. Se også Dahlum (2021) s. 12 og 20 som har foretatt en tilsvarende gjennomgang der også styresaker til behandling i tingrettene har blitt medregnet. Dahlums gjennomgang viser at ca. 400 styresaker har vært til behandling i domstolene fra 1999 til 2017.

³ Dahlum (2021) s. 24 under fotnote nr. 64.

1.3 Metode og rettskilder

Masteravhandlingen vil ta utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode, med grunnlag i den alminnelige rettskildelæren slik denne er beskrevet av Eckhoff.⁴

Lovteksten i aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 utgjør det sentrale utgangspunktet for drøftelsene i denne avhandlingen. Bestemmelsenes skjønsmessige utforming gjør det imidlertid nødvendig å ta et dypdykk inn i de øvrige rettskildene for å klargjøre innholdet i styrets plikter.

Forarbeidene vil gi viktige tolkningsbidrag når det gjelder hvilke krav som stilles til aksjeselskapers kapitalgrunnlag og innholdet i styrets handleplikt. Aksjeloven av 1997 har en spesiell bakgrunn ettersom den bygger på to sett med forarbeider. Før aksjeloven av 1997 ble vedtatt, ble det nemlig først utarbeidet et forslag om en felles lov for aksje- og allmennaksjeselskaper. Lovgiver landet imidlertid etter hvert på at det skulle utarbeides to separate lover for de to selskapsformene, og dette var blant annet begrunnet i et ønske om en lettere tilgjengelig lovgivning.⁵ Forarbeidene til aksjeloven av 1997 bygger likevel i stor grad på forarbeidene til den tidligere foreslåtte fellesloven.⁶ Dette innebærer at begge settene med forarbeider er relevante ved vurderingen av hva som inngår i aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital og den tilhørende handleplikten for styret. Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 har dessuten også vært gjenstand for endringer i senere tid, noe som innebærer at det også foreligger ulike forarbeider knyttet til lovendringene som vil være relevante for drøftelsene.

Videre vil Høyesteretts avgjørelse i HR-2016-1440-A blant annet bidra ved tolkningen av hvilke krav som stilles til aksjeselskapers egenkapital og likviditet etter § 3-4. Når det gjelder analysen av styrets handleplikt etter § 3-5, reiser det seg en særskilt metodisk utfordring knyttet til bruken av rettspraksis. Høyesterett har per dags dato ikke avsagt noen avgjørelser om styrets handleplikt. Lagmannsrettene og tingrettene har derimot behandlet en rekke saker. Underrettspraksis er i motsetning til høyesterettspraksis ikke tillagt konstitusjonell autoritet som rettskilde etter Grunnloven § 88.⁷ Det oppstår derfor spørsmål om hvilken vekt underrettspraksis kan tillegges.

⁴ For en nærmere beskrivelse av rettskildelæren se Eckhoff og Helgesen (2001) s. 15-36.

⁵ For en oppsummering av opptakten til vedtakelsen av aksjeloven av 1997, se Bråthen (1997) s. 516-517.

⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 7.

⁷ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).

Høyesterett har uttalt at underrettspraksis har «betydelig vekt som rettskildefaktor» der den gir uttrykk for en fast og langvarig praksis.⁸ Underrettspraksis vil dermed først og fremst bli brukt der den gir uttrykk for en slik festnet praksis. Enhver avgjørelse fra underrettene brukt i denne fremstillingen kan imidlertid ikke sies å representere en fast og langvarig praksis. Der det ikke finnes høyesterettspraksis, må underrettspraksis likevel ha betydning for forståelsen av gjeldende rett.⁹ Praksis fra underrettene vil derfor også benyttes som en tolkningsfaktor der avgjørelsene underbygger argumenter som er forankret i de øvrige rettskildene, og ellers for å belyse hvordan § 3-5 er tolket og anvendt i praksis.

Juridisk teori og reelle hensyn er ytterligere rettskilder med begrenset vekt som vil bli brukt gjennomgående i drøftelsen. Disse vil først og fremst bli brukt til å støtte opp under argumenter som allerede følger av autorative rettskilder, og som et supplement ved mangel av slike kilder. Ellers vil juridisk teori også brukes der den gir uttrykk for en festnet oppfatning.

1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre

Det er mange likheter mellom reglene for aksjeselskap og allmennaksjeselskap.

Allmennaksjeselskaper plikter blant annet også å ha en forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. allmennaksjeloven § 3-4.¹⁰ Dette kravet svarer fullt ut til aksjeloven § 3-4. Videre oppstiller allmennaksjeloven § 3-5 dessuten også en handleplikt for styret når selskapets egenkapital synker under nærmere angitte minstemål. Handleplikten i allmennaksjeselskap skiller seg derimot noe fra den handleplikten som fremgår av aksjeloven § 3-5. Denne avhandlingen vil imidlertid kun ta for seg aksjeloven §§ 3-4 og 3-5, og det avgrenses derfor mot de tilsvarende bestemmelsene i allmennaksjeloven. Det er likevel en rekke likheter mellom disse bestemmelsene i de to aksjeselskapslovene, og mye av det som kommer frem i gjennomgangen av aksjeloven §§ 3-4 og 3-5, vil derfor være relevant for allmennaksjeloven også.

Brudd på aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 kan først og fremst medføre erstatningsansvar etter § 17-1. Det avgrenses imidlertid mot en dyptgående behandling av erstatningsregelen. Fokuset vil rettes på *hvem* som kan komme i ansvar, fremfor en analyse av hva ansvaret nærmere går ut på. Brudd på bestemmelsene kan også få strafferettslige konsekvenser, jf. aksjeloven § 19-1.

⁸ Se Rt. 2003 s. 713 avsnitt 64. Se også Rt. 2013 s. 769 avsnitt 48 der underrettspraksis ble tillagt betydelig vekt.

⁹ Nygaard (2004) s. 210.

¹⁰ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Det må imidlertid avgrenses mot en nærmere behandling av et eventuelt straffansvar av hensyn til ordgrensen.

Når det gjelder fremstillingen videre, vil jeg i kapittel 2 starte med å se på hvorfor det foreligger et behov for å beskytte selskapskapitalen i aksjeselskaper. I kapittel 3 vil det foretas en analyse av hvilke krav aksjeloven § 3-4 oppstiller med hensyn til selskapers egenkapital og likviditet, da dette kravet er avgjørende for handlepliktens inntreden. Deretter vil det i kapittel 4 foretas en analyse av aksjeloven § 3-5, med sikte på å klarlegge det nærmere innholdet i styrets plikter.

I kapittel 5 vil oppgavens særskilte problemstilling behandles: Hva skjer når styret har handlet i tråd med § 3-5, uten å få medhold av generalforsamlingen? Her vil det sondres mellom situasjonen der det ikke oppnås flertall for tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital, og situasjonen der styret har fremmet forslag om oppløsning uten å få medhold av generalforsamlingen.

Til slutt vil jeg samle trådene og komme med noen avsluttende betraktninger i kapittel 6.

2. Hvorfor har vi regler om beskyttelse av selskapskapitalen?

Før aksjeloven av 1997 fantes det ikke et lovfestet krav om forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper. Mye tyder imidlertid på at det gjaldt en tilsvarende ulovfestet norm. Høyesterett ga iallfall uttrykk for dette i Rt. 1996 s. 672. Selskapet i saken hadde en aksjekapital på kr. 50 000, og Høyesterett uttalte at som «eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig». ¹¹ Høyesterett synes her å gi uttrykk for at det gjaldt visse minstekrav til egenkapitalens størrelse, i form av at et aksjeselskap kan være nødt til å ha mer enn lovens minste tillatte aksjekapital som eneste egenkapital. ¹²

Selv om det kan argumenteres for at det gjaldt et visst ulovfestet krav om en forsvarlig egenkapital før aksjeloven av 1997, var det enighet om at gjeldende rett på denne tiden ikke ga kreditorene tilstrekkelig vern der aksjeselskap gikk med tap. ¹³ Med aksjeloven av 1997 ble

¹¹ Se Rt. 1996 s. 672 på s. 680.

¹² Bråthen (2009) s. 186.

¹³ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74.

det derfor innført flere bestemmelser som skulle øke beskyttelsen av selskapskapitalen, og på denne måten gi bedre vern til selskapskreditorene.¹⁴ Det lovfestede kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet i aksjeloven § 3-4 og den korresponderende handleplikten etter § 3-5, var blant de viktigste nyvinningene som ble vedtatt.¹⁵

Den tradisjonelle oppfatningen har vært at hensynet til kreditorene ivaretas gjennom aksjelovgivningens krav om minste tillatte egenkapital.¹⁶ Kravet til minste tillatte aksjekapital har imidlertid blitt sterkt redusert i nyere tid.¹⁷ Aksjelovgivningen stiller dessuten heller ingen krav om at aksjekapitalen skal stå i forhold til det enkelte aksjeselskapets faktiske kapitalbehov. Det er i dag derfor enighet om at aksjelovgivningens krav til minste tillatte egenkapital har begrenset betydning for selskapskreditorenes dekningsmuligheter.¹⁸ Aksjekapitalens reduserte betydning for kreditors dekningsmuligheter, har dermed gjort det desto viktigere å ha regler som beskytter den løpende egenkapitalen, slik §§ 3-4 og 3-5 gjør.

Kreditorenes behov for beskyttelse henger sammen med ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper. Plikten til å påse at selskapet er forsvarlig kapitalisert kan slikt sett ses på som motstykket til at lovgivningen godtar en selskapsform med begrenset deltakeransvar.¹⁹ Ansvarsbegrensningen gir nemlig aksjeeierne lite insentiv til å verne kreditorene mot tap dersom selskapet får økonomiske problemer.²⁰ Dette ble imidlertid endret ved innføringen av §§ 3-4 og 3-5, idet både styret og selskapets aksjeeiere nå kan risikere å komme i ansvar dersom disse pliktene ikke overholdes, jf. aksjeloven §§ 17-1 og 19-1. Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 bidrar på denne måten til at det er større sannsynlighet for at selskapets midler forvaltes på en slik måte at kreditorene ikke utsettes for tap.²¹ Bestemmelsene gir dessuten økt kreditorbeskyttelse i form av at det ved brudd på disse bestemmelsene vil være lettere for kreditor å vinne frem med erstatningskrav mot ledelsen.²²

Selv om aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 primært skal verne selskapskreditorenes interesser, ivaretar bestemmelsene også aksjeeiernes interesser. Formålet med deltakelse i et aksjeselskap er normalt sett at selskapet skal gi aksjeeierne økonomisk utbytte på sin investering i selskapet,

¹⁴ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 49.

¹⁵ Perland (1999) s. 136.

¹⁶ Prop. 148 L (2010-2011) s. 11.

¹⁷ Se endringslov 16. desember 2011 nr. 63 der kravet ble redusert fra 100 000 norske kroner til 30 000 norske kroner.

¹⁸ Prop. 148 L (2010-2011) s. 19.

¹⁹ NOU 1996: 3 s. 38.

²⁰ Løvdal (2003) s. 475.

²¹ Bråthen (2022) s. 159.

²² Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

jf. aksjeloven § 2-2 annet ledd. Ved at det oppstilles regler til beskyttelse av selskapskapitalen minimeres risikoen for at selskapets midler blir disponert på en måte som vil stride med aksjeeiernes rett og mulighet til økonomisk utbytte. Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 bidrar dessuten til å sikre at selskapet opprettholder en sunn økonomi, som igjen gir grunnlag for fortsatt drift som vil kunne sikre aksjeeierne avkastning på sin investering i fremtiden.²³

Selv om det både er i kreditorenes og aksjeeiernes interesse at selskapets økonomi er god, oppstår det en interessemotsetning mellom disse gruppene der aksjeselskapet kommer i et økonomisk uføre.²⁴ Mens hensynet til kreditorene kan tilsi at selskapsledelsen burde kaste kortene for å forhindre tap, vil det for aksjeeierne være «om å gjøre at ledelsen kan fortsette å arbeide for å få bedriften over kneiken og sikre fortsatt drift».²⁵ Aksjeloven § 3-5 skal slikt sett forhindre at aksjeeierne kun ivaretar sine egne interesser i en presset økonomisk situasjon.

3. Aksjeloven § 3-4: Kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis, har aksjeloven § 3-4 stor betydning for styrets handleplikt etter § 3-5. Aksjeloven § 3-4 krever at «selskapet» til «enhver tid» skal ha en «egenkapital og likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Hovedformålet med bestemmelsen er å gi «selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak».²⁶ Bestemmelsen har med andre ord en preventiv funksjon.²⁷

Det er «selskapet» som plikter å påse at selskapets egenkapital og likviditet holder et forsvarlig nivå. Bestemmelsen utpeker ikke et klart pliktsubjekt, og oppstiller i praksis plikter for alle selskapets organer.²⁸ Det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet er imidlertid tillagt styret etter aksjeloven § 6-12. Det er derfor først og fremst styret som har

²³ Løvdal (2003) s. 475.

²⁴ NOU 1996: 3 s. 39.

²⁵ Se HR-2017-2375-A avsnitt 37.

²⁶ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

²⁷ Prop. 111 L (2012-2013) s. 77.

²⁸ Løvdal (2003) s. 474.

ansvaret for at kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet er oppfylt.²⁹ Dette harmonerer også godt med at det er styret som plikter å handle etter aksjeloven § 3-5 når selskapets kapital situasjon er uforsvarlig i henhold til § 3-4. Ordlyden stenger likevel ikke for at andre organer også har et ansvar for at kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet er oppfylt.

Kravet gjelder «til enhver tid». Dette tilsier at styret må rette kontinuerlig oppmerksomhet mot selskapets kapitalgrunnlag. Plikten til å påse at selskapets egenkapital og likviditet er forsvarlig, må imidlertid ses i lys av aksjeloven § 6-15 om daglig leders plikt til å jevnlig underrette styret om «selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling». Underrettelsen fra daglig leder skal bidra til å sette styret i stand til å utføre sine plikter i forbindelse med forvaltningen av selskapet, herunder å vurdere om kravet etter § 3-4 er oppfylt.³⁰

Det vil likevel ikke være tilstrekkelig å kun forholde seg til daglig leders underrettelse. I kraft av § 3-4 har styret en selvstendig plikt til å vurdere om selskapets egenkapital og likviditet er forsvarlig.³¹ Hvor ofte og grundige kontroller som kreves, beror på omstendighetene i det konkrete selskapet. Dersom det siste årsregnskap viser at selskapets egenkapital er tilfredsstillende, og det ikke inntreffer forhold som må antas å ha «vesentlig betydning» for selskapets egenkapitalsituasjon i løpet av året, er det ifølge forarbeidene ikke «nødvendig for styret å foreta hyppige kontroller av egenkapitalen».³²

3.2 Begrepsavklaring

Det er selskapets «egenkapital» og «likviditet» som skal måles opp mot forsvarlighetsstandarden i § 3-4. Det er derfor hensiktsmessig å klarlegge hva som ligger i disse betegnelsene før innholdet i selve forsvarlighetskravet analyseres.

3.2.1 Egenkapital

Aksjeloven inneholder ingen legaldefinisjon av betegnelsen «egenkapital». Det er likevel generelt lagt til grunn at ordlyden «egenkapital» peker hen på nettoverdien av selskapets formue, altså selskapets eiendeler, minus selskapets gjeld.³³

²⁹ Aarbakke mfl. (2023) s. 178.

³⁰ NOU 1992: 29 s. 151.

³¹ Bråthen (2009) s. 192.

³² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 55.

³³ Bråthen (2022) s. 158.

Når det gjelder hvilke eiendeler og gjeldsposter man skal ta utgangspunkt i, gir ordlyden ingen veiledning. Her kan det være naturlig å ta utgangspunkt i selskapets balanse slik den fremgår av regnskapsloven § 6-2 bokstav C og D.³⁴ For et selskap som er i drift vil egenkapitalen imidlertid være i stadig bevegelse, og selskapets balanse vil slikt sett kun gi et øyeblikksbilde over egenkapitalsituasjonen på et gitt tidspunkt.³⁵

Forarbeidene angir derfor at det er den reelle egenkapitalen, og ikke den balanseførte egenkapitalen som skal legges til grunn for forsvarlighetsvurderingen.³⁶ Det vil altså ikke være tilstrekkelig å legge selskapets sist godkjente balanse til grunn for vurderingen. Styret blir dermed nødt til å foreta en bred undersøkelse av hvilke eiendeler og gjeldsforpliktelser selskapet har på det konkrete tidspunktet for forsvarlighetsvurderingen.

At det er den reelle egenkapitalen som er utgangspunktet for vurderingen, innebærer for det første at det kan tas hensyn til merverdier i selskapets eiendeler uavhengig av om disse kunne ha vært balanseført. Slike merverdier kan eksempelvis foreligge der selskapet har valgt å kostnadsføre en utgift i et tilfelle der det også foreligger rett til balanseføring.³⁷ Dersom selskapet mener det har en egenkapital som er høyere enn den balanseførte, må dette ha grunnlag i en nøye vurdering.³⁸ Videre kan det også tas hensyn til goodwill som ikke fremgår av selskapets balanse. Verdien av goodwill kan imidlertid være vanskelig å beregne, og dermed gjelder det trolig særlig strenge krav til sannsynliggjøring av verdien for at slik goodwill skal kunne inngå i vurderingen av selskapets egenkapitalgrunnlag.³⁹

På den andre siden innebærer den reelle egenkapitalen at eventuelle forpliktelser som ikke fremgår av selskapets balanse, også må medregnes i vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig. Dette kan eksempelvis være tilfellet dersom selskapet har pådratt seg kausjonsansvar eller stilt garantier.⁴⁰

Videre kan ordlyden «egenkapital» tilsi at det kun skal foretas en vurdering av egenkapitalen isolert sett. Forarbeidene slår imidlertid fast at det skal foretas en helhetlig vurdering av selskapets reelle økonomiske stilling, og ikke bare av egenkapitalen.⁴¹ Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig å klarlegge selskapets egenkapital og gjeldsforpliktelser isolert sett, disse

³⁴ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

³⁵ Meyer-Myklestad (2017) s. 54.

³⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 50.

³⁷ Bråthen (2022) s. 161.

³⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

³⁹ Bråthen (2022) s. 161.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ NOU 1996:3 s. 102.

størrelsene må også ses i sammenheng med hverandre. Det er med andre ord selskapets samlede, reelle kapitalgrunnlag som skal vurderes opp mot forsvarlighetsstandarden.

3.2.2 Likviditet

Aksjeloven § 3-4 krever også at selskapets «likviditet» skal være «forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

Ordlyden «likviditet» peker etter en alminnelig språklig forståelse på selskapets betalingsevne. Denne tolkningen underbygges av forarbeidene, der det presiseres at det er tale om «selskapets evne til å betale sine forpliktelser ved forfall».⁴²

Likviditetsdelen ble tatt inn aksjeloven § 3-4 ved endringslov av 14. juni 2013 nr. 40. Før endringen var det likevel ikke bare egenkapitalen, men selskapets totale økonomiske stilling som skulle vurderes etter forsvarlighetsstandarden. Det kan dermed diskuteres om ikke hensynet til likviditet allerede ble hensyntatt her, da det er vanskelig å vurdere selskapets økonomiske stilling uten å ta hensyn til selskapets evne til å bære sine forpliktelser. Plikten til å sørge for at selskapet er i stand til å innfri sine betalingsforpliktelser til forfall, kan dessuten sies å allerede følge av selskapsledelsens plikt til å påse at selskapet forvaltes på en forsvarlig måte.⁴³ Derfor er det i forarbeidene presisert at formålet med å tilføye «likviditet» i bestemmelsen var å tydeliggjøre at likviditet inngår i forsvarlighetsvurderingen av selskapets økonomiske stilling, og at endringen dermed først og fremst skulle ha en «pedagogisk betydning».⁴⁴

3.3 Forsvarlighetsvurderingen

Aksjeloven § 3-4 oppstiller ingen bestemte krav til egenkapitalen og likviditetens størrelse, utover at disse skal være «forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet er med andre ord utformet som en rettslig standard, og dette var et bevisst valg fra departementets side.⁴⁵ Det innebærer at det ikke kan fastsettes et konkret og allment krav til aksjeselskapers kapitalgrunnlag, og at hvilke

⁴² Prop. 111 L (2012-2013) s. 77.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid. s. 77-78.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 68.

krav som stilles vil kunne endres over tid. Det gjelder likevel noen viktige utgangspunkter for vurderingen.

Bedømmelsen av om et aksjeselskap har en forsvarlig egenkapital og likviditet, skal for det første ta utgangspunkt i en forutsetning om fortsatt drift, med mindre det fremstår som mest sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet.⁴⁶ Hvor lang tidsperiode som skal anlegges for vurderingen av om fortsatt drift eller avvikling fremstår som mest sannsynlig, er ikke avklart. I juridisk teori er det likevel tatt til orde for at det må anlegges en tidshorisont på minst tolv måneder.⁴⁷

Videre må vurderingen av om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig, skje med utgangspunkt de konkrete forholdene slik de fremstår på vurderingstidspunktet.⁴⁸ Det innebærer likevel ikke at forsvarlighetsvurderingen er en rent statisk vurdering. Styret har både en rett og en plikt til å ta forventet fremtidig utvikling i betraktning ved vurderingen av om egenkapitalen og likviditeten holder et forsvarlig nivå eller ei.⁴⁹ Det innebærer at en egenkapital som på vurderingstidspunktet er lav eller negativ, nødvendigvis ikke vil være uforsvarlig lav i henhold til § 3-4 dersom det foreligger klare forventninger om at den økonomiske situasjonen vil bedre seg innen rimelig tid. Det vil typisk være aktuelt dersom selskapet har en lønnsom kontrakt som skal inntre i nærmeste fremtid, eller dersom selskapet gjennom salg av egenproduserte varer vil bli tilført nødvendig likviditet i nærmeste fremtid.⁵⁰ Den forventede fremtidige utviklingen må imidlertid bygge på en nøye og forsvarlig vurdering, og fremtidsutsiktene må være realistiske.⁵¹

3.3.1 Momenter i forsvarlighetsvurderingen

Når det gjelder hvilke momenter som inngår i forsvarlighetsvurderingen, følger det uttrykkelig av lovteksten at det særlig skal legges vekt på «risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Jo høyere risiko som er knyttet til virksomheten, og jo større omfanget av virksomheten er, desto strengere krav bør stilles til selskapets kapitalgrunnlag.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

⁴⁷ Se Løvdal (2003) s. 484, og Bråthen (2022) s. 160. Det er også lagt til grunn i regnskapsrettslig teori at det gjelder en vurderingshorisont på tolv måneder i fortsatt drift-vurderingen etter regnskapsloven § 4-5: se Rødssæteren og Gøbel (2010) s. 14.

⁴⁸ Se HR-2016-1440-A avsnitt 49.

⁴⁹ Prop. 111 L (2012-2013) s. 109.

⁵⁰ Bråthen (2022) s. 163.

⁵¹ Se HR-2016-1440-A avsnitt 49 der Høyesterett uttaler at det sentrale er om det foreligger grunnlag for et «realistisk håp» om at selskapet er i stand til å reise inn den kapital som er nødvendig for å kunne å dekke sine forpliktelser.

En rekke forskjellige elementer vil kunne få betydning for selskapets risikograd. Det er for det første knyttet en høy risikograd til bransjer som er sårbare for konjunkturer og markedsmessige svingninger.⁵² Oljebransjen kan her tjene som et eksempel. Selskaper innenfor denne bransjen vil ha et langt større egenkapitalbehov enn selskaper som driver med virksomhet i mer stabile markeder.

Videre kan høy risikograd skyldes prisfastsettelsessystemet bransjen opererer med. Entreprenørbransjen tilbyr eksempelvis stort sett sine tjenester til fastpris, og her er det dermed entreprenøren som bærer risikoen for vederlaget. Det innebærer i sin tur at det må stilles strengere krav til egenkapitalsituasjonen for selskaper med slik prisfastsettelsessystem, enn for andre selskaper som driver virksomhet med stabile bruttoavanser og kostnadsstruktur.⁵³

Om virksomheten er sesongbasert eller om selskapet har normalt drift året rundt, vil dessuten også få betydning for hvilke krav som stilles med hensyn til kapitalgrunnlaget. Sesongbaserte virksomheter må blant annet sørge for at kapitalgrunnlaget er høyt nok til at virksomheten vil overleve lavsesongen.⁵⁴

Hvor stor tapsrisiko selskapet er utsatt for, vil også ha betydning. Hvorvidt selskapet driver virksomhet der det avgis garantier, eller hvor stor risikoen for å bli ilagt erstatningsansvar er, kan spille en stor rolle for kapitalbehovet. Et eventuelt erstatningsansvar kan fort bli svært omfattende, og dette er noe selskapet må ta i betraktning ved vurderingen av om kapitalgrunnlaget er forsvarlig. Selskaper som driver særlig risikoeksponert virksomhet, har imidlertid ofte tegnet en forsikring. Slik forsikringsdekning kan lempe hvilke krav som stilles med hensyn til selskapets egenkapital og likviditet. Forsikringen kan dessuten også eliminere eller minimere selskapets risikograd i seg selv, noe som igjen vil påvirke forsvarlighetsvurderingen.⁵⁵

Når det gjelder momentet «omfanget av virksomheten i selskapet» peker dette på at selskapets størrelse har en betydning for hvilke krav som stilles til selskapets egenkapital og likviditet. Det må eksempelvis normalt stilles strengere krav til egenkapitalen i større selskaper enn i mindre selskaper. Ifølge lovforarbeidene må det dessuten også tas i betraktning hvorvidt en eventuell utvidelse av selskapet kan påvirke kravene til egenkapital og likviditet. Det må blant

⁵² Bråthen (2022) s. 163.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

annet vurderes om selskapets egenkapitalsituasjon tillater at en utvidelse baseres på ren lånekapital, eller om det vil oppstå et behov for å styrke egenkapitalen.⁵⁶ Normalt sett bør nok en ekspansjon følges opp med en styrkelse av egenkapitalen.⁵⁷

Forsvarlighetsvurderingen er imidlertid ikke begrenset til risikoen ved og omfanget av virksomheten. Aksjeloven § 3-4 forutsetter som nevnt en helhetlig vurdering av selskapets samlede økonomiske stilling. Det er derfor ikke tilstrekkelig å foreta en skjematisk utregning av selskapets egenkapital fratrukket selskapets gjeldsforpliktelser. Disse størrelsene må også ses i forhold til hverandre, og det innebærer at man ved forsvarlighetsvurderingen også se på gjeldens sammensetning, og de vilkårene som er knyttet til selskapets forpliktelser.⁵⁸ At man kan ta hensyn til vilkårene som er knyttet til gjeldsforpliktelsene, innebærer blant annet at det kan stilles lempeligere krav til egenkapitalsituasjonen i selskaper som har gunstig og langsiktig finansiering. En ellers lav egenkapital kan eksempelvis fortsatt anses for å være forsvarlig dersom selskapet har finansiering ved ansvarlig lån.⁵⁹ Lån som gis som «krisehjelp» kan derimot ikke medregnes i vurderingen av hvorvidt selskapets egenkapitalsituasjon er forsvarlig.⁶⁰

Hvilken fase selskapet befinner seg i, har også betydning for den skjønnsmessige vurderingen. Normalt sett vil det ta noe tid før et nyetablert selskap blir lønnsomt og går med overskudd. Det vil derfor være lettere å forsvare underskudd og synkende egenkapital i selskaper som befinner seg i en oppstartsfase, enn for selskaper som kommet seg over i en normal driftssituasjon.⁶¹ Dette synspunktet må imidlertid ikke dras for langt, da man heller ikke kan godta at kreditorer utsettes for en unødvendig tapsrisiko, kun fordi selskapet befinner seg i en oppstartsperiode. Hensynet bak bestemmelsen taler dermed for at underskudd og synkende egenkapital i et selskap i oppstartsfasen kun unntaksvis kan godtas, og kun i en overgangsperiode.

⁵⁶ NOU 1996: 3 s. 102.

⁵⁷ Ibid. s. 146.

⁵⁸ NOU 1996: 3 s. 102.

⁵⁹ Se Rt. 1996 s. 672 på s. 680.

⁶⁰ Se HR-2016-1440-A avsnitt 59.

⁶¹ NOU 1996: 3 s. 146.

4. Styrets handleplikt

4.1 Innledende om handleplikten

Aksjeloven § 3-5 første ledd pålegger styret en plikt til å handle dersom selskapets egenkapital er «lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Ordlyden samsvarer her med formuleringen i § 3-4. Det innebærer at styret plikter å handle dersom kravet § 3-4 oppstiller med hensyn til aksjeselskapets egenkapital, ikke er oppfylt.

Handleplikten er altså knyttet til aksjeselskapers egenkapital. Aksjeloven § 3-5 inneholder i motsetning til § 3-4, ingen henvisning til aksjeselskapers likviditet. Departementet uttaler i lovforarbeidene at det var et bevisst valg at utvidelsen av § 3-4 ikke skulle medføre noen tilsvarende utvidelse av handleplikten etter § 3-5.⁶² All den tid tilføyelsen av likviditetsbegrepet i § 3-4 uansett kun skulle fungere som en påminnelse om at forsvarlighetskravet innebar en helhetsvurdering av selskapets samlede økonomiske stilling, spiller denne forskjellen neppe noen rolle i praksis.⁶³

Styrets handleplikt må ses i sammenheng med aksjeloven § 6-12 om styrets overordnede ansvar for forvaltningen av selskapet. Aksjeloven § 3-5 fungerer som en presisering og skjerping av «styrets ansvar når selskapet ikke lenger er i en normalsituasjon, men er i et økonomisk uføre slik at risikoen for at en slik økonomisk krise kan oppstå er reell».⁶⁴

Handlepliktens formål er å forhindre at en slik krise skal inntreffe, ved at det skal iverksettes tiltak for å redde selskapet eller redusere tapet for selskapets kreditorer.⁶⁵ Mens aksjeloven § 3-4 har en preventiv funksjon, har § 3-5 således både en gjenopprettende og en skadebegrensende funksjon. Bestemmelsen innebærer dermed at styret plikter å holde seg fortløpende orientert om selskapets økonomiske stilling.⁶⁶

⁶² Prop. 111 L (2012–2013) s. 78.

⁶³ Woxholth (2021) s. 146.

⁶⁴ NOU 1996: 3 s. 146.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s. 52.

4.2 Når utløses handleplikten?

Handleplikten utløses «hvis det må antas» at selskapets egenkapital er uforsvarlig i henhold til § 3-4, jf. § 3-5 første ledd første setning. Ordlyden «hvis det må antas» er uklar med hensyn til om det skal legges en objektiv eller en subjektiv norm til grunn for handlepliktens inntreden.

I NOU 1996: 3 synes aksjelovutvalget å legge en subjektiv norm til grunn for vurderingen. Her uttales det at det etter «utvalgets syn [...] først og fremst [er] en slik antakelse fra styrets side som bør utløse aktivitetsplikt for styret».⁶⁷ Denne uttalelsen kan tale for at handleplikten først utløses når styret rent faktisk har oppdaget svikten i egenkapitalgrunnlaget. Det kan imidlertid reises en rekke innvendinger mot en slik tolkning.

For det første vil det være unaturlig å legge en subjektiv norm til grunn for vurderingen med tanke på at aksjeloven § 3-4 slår fast at selskapet «til enhver tid» skal ha en forsvarlig egenkapital og likviditet. Når det anlegges en objektiv norm til grunn for vurderingen, samsvarer derimot tidspunktet for når handleplikten inntreer med tidspunktet for når forsvarlighetskravet etter § 3-4 er overtrådt.⁶⁸

En subjektiv norm for vurderingen vil dessuten harmonere dårlig med handlepliktens formål om å verne kreditorene mot tap. Dersom handleplikten ikke utløses før styret faktisk oppdager svikten i egenkapitalgrunnlaget, vil dette kunne føre til at et styre som verken overholder plikten sin til å overvåke selskapets økonomiske stilling, og som dermed heller ikke oppdager en eventuell kapitaltapssituasjon, uansett ikke vil havne i en situasjon der det plikter å reagere.⁶⁹ Denne tolkningen vil med andre ord øke risikoen for at selskapet driftes videre på kreditors regning over en lengre periode. Videre vil en slik tolkning føre til at handleplikten kun vil anses overtrådt i et tilfelle der styremedlemmene faktisk har oppdaget kapitalsvikten, men likevel velger å ikke handle.⁷⁰ Dette vil ikke bare stride mot målsettingen om å gjøre det enklere for kreditor å vinne frem med et erstatningskrav mot styret, men også mot styrets plikt til å kontinuerlig overvåke selskapets økonomi.

Lovens formål blir derimot bedre ivaretatt når det anlegges en objektiv norm for vurderingen, slik at handleplikten utløses på det tidspunktet der egenkapitalen faktisk synker under ett

⁶⁷ NOU 1996: 3 s. 44.

⁶⁸ Dahlum (2021) s. 43.

⁶⁹ Løvdal (2003) s. 504.

⁷⁰ Ibid.

forsvarlig nivå i henhold til § 3-4. På denne måten er risikoen for ansvar for styret større, og styret får dermed et langt sterkere insentiv til å holde seg løpende orientert om selskapets økonomiske stilling.

I rettspraksis og juridisk teori er det dessuten klart lagt til grunn at det skal legges en objektiv norm til grunn for vurderingen, slik at handleplikten inntre «på det tidspunkt man etter en bevisvurdering kommer til at egenkapitalen faktisk blir lavere enn forsvarlig».⁷¹

På bakgrunn av dette må det legges til grunn at styrets handleplikt utløses når selskapets kapitalgrunnlag objektivt sett blir lavere enn forsvarlig etter § 3-4.

4.3 Styrets plikter etter aksjeloven § 3-5 første ledd

4.3.1 Styrebehandlingsplikten

Dersom selskapets egenkapital blir lavere enn forsvarlig, innebærer styrets handleplikt for det første en plikt til å «straks behandle saken», jf. aksjeloven § 3-5 første ledd første punktum. Loven tvinger på denne måten styret til å sette søkelys på selskapets økonomiske problemer.⁷²

De alminnelige reglene om styrets saksbehandling etter aksjeloven kapittel 6, gjelder også ved styrebehandlingsplikten etter § 3-5. Dette innebærer blant annet at det hovedsakelig er styrelederen som skal sørge for styrebehandling, jf. aksjeloven § 6-20.

Styrebehandlingsplikten er likevel en individuell plikt, slik at ethvert styremedlem kan kreve at styret skal behandle saken om egenkapitalen er uforsvarlig lav, jf. § 6-20 annet ledd.

Ordlyden «straks» tilsier at styret plikter å behandle saken så raskt det lar seg gjøre. Det gjelder ingen absolutt innkallingsfrist for styremøter. Hvorvidt styret «straks» har behandlet saken, beror dermed på en skjønnsmessig vurdering. Det avgjørende må være at saken tas opp til behandling i styret uten unødig opphold.

Når det gjelder at styret skal «behandle saken», gir ordlyden ingen nærmere veiledning om hva styret konkret skal foreta seg. I rettspraksis og teorien er det derimot lagt til grunn at styret bør gjøre fire ting på styremøtet: «kartlegge selskapets økonomi, finne årsakene til de

⁷¹ Se TBERG-2015-69325 punkt 6.2.2 og LA-2007-37537. Tilsvarende er lagt til grunn i både Andenæs mfl. (2016) s. 409, Aarbakke mfl. (2023) s. 183 og Løvdal (2003) s. 505.

⁷² Bråthen (2009) s. 192.

økonomiske problemene, vurdere fremtidsutsiktene, og legge en strategi for å få hevet egenkapitalen over et forsvarlig nivå».⁷³

Formålet med styrebehandlingsplikten er med andre ord å klarlegge den økonomiske situasjonen, og vurdere hvorvidt det er mulig å bringe kapitalgrunnlaget opp til et forsvarlig nivå. I denne forbindelsen oppstår det spørsmål om styrets handleplikt er begrenset til å foreslå tiltak overfor generalforsamlingen, eller om styret også kan iverksette tiltak på egenhånd.

Slik § 3-5 er formulert, kan det tyde på at handleplikten er begrenset til å vurdere situasjonen, innkalle generalforsamlingen og fremme forslag til tiltak for denne. Det finnes også uttalelser i forarbeidene som kan trekke i denne retningen. Her uttales det at styret, før det innkaller generalforsamlingen må få «klarlagt og vurdert selskapets stilling og på dette grunnlag utarbeidet en redegjørelse med de forslag styret mener at generalforsamlingen bør tiltre».⁷⁴ Forarbeidene kan imidlertid ikke tas på ordet her. Handleplikten må som nevnt ses i sammenheng med at styret har det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet etter aksjeloven § 6-12. Dersom styret selv er i stand til å iverksette tiltak som kan bedre selskapets kapitalstatus, har det i kraft av § 6-12 derfor både en rett og en plikt til å gjøre dette.⁷⁵

For at styret skal kunne gjennomføre tiltak på egenhånd, må de aktuelle tiltakene være av en slik art at de ikke krever godkjenning fra generalforsamlingen. Et typisk tiltak styret kan iverksette på egenhånd, er å inngå forhandlinger med nye eller gamle kreditorer med sikte på å oppnå bedre lånebetingelser, for eksempel i form av lengre nedbetalingstid, lavere rentenivå eller lignende. Styret kan også foreta omorganiseringer, beslutte nedbemanning og generelt sett iverksette tiltak for å øke selskapets omsetning eller redusere selskapets kostnader.

Styrets adgang til å håndtere situasjonen på egen hånd begrenses imidlertid av plikten til å innkalle generalforsamlingen «innen rimelig tid» etter § 3-5 første ledd annet punktum. Styret har følgelig kun anledning til å avhjelpe situasjonen innenfor sitt eget myndighetsområde dersom dette kan gjøres «innen rimelig tid».

4.3.2 Plikten til å innkalle generalforsamlingen

Når egenkapitalen er uforsvarlig lav, krever aksjeloven § 3-5 første ledd annet punktum videre at styret skal «innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen». Innkallingsplikten er

⁷³ Se TBERG-2015-69325 punkt 6.2.3, som har hentet de fire retningslinjene fra Løvdal (2003) s. 507.

⁷⁴ NOU 1996: 3 s. 44.

⁷⁵ Prop. 112 L (2016-2017) s. 59.

begrunnet i det antas at selskapet har så store økonomiske vanskeligheter at saken bør forelegges aksjeeierne, dersom kapitalgrunnlaget «etter rimelig tid» fortsatt er uforsvarlig lavt.⁷⁶

Plikten til å innkalle generalforsamlingen kan både oppfylles ved at det innkalles til en ekstraordinær generalforsamling etter aksjeloven § 5-6, eller ved at styret tar opp selskapets økonomiske problemer på en nær fremtidig ordinær generalforsamling.⁷⁷

Hva som er «innen rimelig tid» kan ikke fastsettes konkret. En slik skjønnsmessig frist gir styret anledning til å avvende situasjonen for å se om forholdene bedrer seg på egenhånd.⁷⁸ Det kan eksempelvis tenkes at en endring i konjunktorene kan medføre at egenkapitalen blir forsvarlig igjen. Dersom en slik endring er ventet i overskuelig fremtid, har styret anledning til å se an situasjonen før generalforsamlingen må innkalles. Hvilken fase selskapet befinner seg i, har også betydning for hvor lenge styret kan vente før generalforsamlingen må innkalles. Ifølge lovforarbeidene kan eksempelvis selskaper som befinner seg i en oppstartingsfase operere med en noe lengre innkallingsfrist.⁷⁹

Når det ikke fastsettes en konkret innkallingsfrist, er det dessuten tatt hensyn til styrets behov for tilstrekkelig tid til å klarlegge de økonomiske problemene, og vurdere om det er mulig å iverksette tiltak for å bedre situasjonen.⁸⁰ Hvor kompleks situasjonen er, og hva som er årsaken til problemene, vil også spille en rolle for hvor lang tid styret har til disposisjon. Oppstår de økonomiske problemene akutt, vil styret trolig være pliktet til å innkalle generalforsamlingen raskere enn om selskapet har vært i en stabilt dårlig økonomisk periode over tid.⁸¹

Et spørsmål som reiser seg i forbindelse med plikten til å innkalle generalforsamlingen, er om den også gjelder der styret er i stand til å håndtere selskapets økonomiske problemer på egenhånd. Ordlyden om at styret «skal» innkalle generalforsamlingen, trekker i retning av at plikten er absolutt.

Hensynet til selskapsaksjonærene kan også tale for en slik løsning. Ved at generalforsamlingen innkalles vil aksjonærene få informasjon om selskapets økonomiske

⁷⁶ NOU 1996: 3 s. 44.

⁷⁷ Bråthen (2022) s. 167.

⁷⁸ Aarbakke mfl. (2023) s. 184.

⁷⁹ NOU 1996: 3 s. 146.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Løvdal (2003) s. 511.

situasjon, og får på denne måten mulighet til å ivareta sin investering i selskapet på best mulig måte. En åpen og ærlig dialog vil dessuten også bidra til at aksjonærene får god tillit til selskapsledelsen.

Innkallelse og avholdelse av en ekstraordinær generalforsamling kan imidlertid være både kostnads- og tidkrevende. Verken selskapet selv, aksjonærene eller kreditorene, vil dra nytte av at selskapets ressurser blir brukt til å avholde en ekstraordinær generalforsamling i en presset økonomisk situasjon. I en slik situasjon vil alle parter være mest tjent med at styret nettopp håndterer situasjonen på egenhånd der dette er mulig. Dette taler mot at loven tolkes dithen at styret plikter å innkalle generalforsamlingen der styret selv er i stand til å bedre situasjonen.

Videre kan det også påvirke selskapets omdømme om det blir kjent for omverdenen at det avholdes en ekstraordinær generalforsamling på grunn av selskapets økonomiske stilling.⁸² Dette kan skremme både eksisterende og potensielle nye kunder fra å forhandle med selskapet, og kan dermed forverre selskapets økonomiske problemer. Hensynet til selskapets omdømme taler dermed også mot at plikten til å innkalle generalforsamlingen skal gjelde der styret er i stand til å håndtere situasjonen på egenhånd.

Plikten til å kalle inn generalforsamlingen må dessuten ses i sammenheng med styrets selvstendige plikt til å «behandle» situasjonen. Der styret selv er i stand til å iverksette tiltak som bedrer situasjonen, og dette skjer «innen rimelig tid», foreligger nettopp ikke vilkårene for handleplikten lengre. I et slikt tilfelle vil det altså ikke være nødvendig å innkalle generalforsamlingen.⁸³ Lovens system taler dermed for at styret bør kunne unnlate å innkalle generalforsamlingen i slike tilfeller.

På bakgrunn av dette må konklusjonen bli at plikten til å innkalle generalforsamlingen i praksis kun inntreffer der styret alene ikke er i stand til å rette opp i selskapets økonomiske problemer.⁸⁴ Dette gjelder imidlertid kun så langt styret klarer å bedre situasjonen «innen rimelig tid». Slik lovteksten er formulert, plikter styret å kalle inn generalforsamlingen uavhengig av om styret er i stand til å håndtere situasjonen, dersom dette ikke kan skje «innen rimelig tid». Så lenge situasjonen ikke er bedret innenfor dette tidsperspektivet, gjelder det med andre ord en ubetinget plikt til å innkalle generalforsamlingen.

⁸² Bråthen (2022) s. 168.

⁸³ Aarbakke mfl. (2023) s. 184.

⁸⁴ Ibid.

4.3.3 Redegjørelsesplikten

Når generalforsamlingen er innkalt, skal styret gi generalforsamlingen «en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling», jf. aksjeloven § 3-5 første ledd annet punktum.

Redegjørelsesplikten gjelder overfor «generalforsamlingen» som helhet, og ikke overfor enkeltaksjonærer.

Redegjørelsesplikten må ses i lys av at generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, jf. asl. § 5-1. Siden styret har det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet, er det likevel styret som er det organet som har best oversikt over forhold knyttet til dette. For at generalforsamlingen skal kunne utøve sin myndighet, er det derfor avhengig av en underrettelse fra styret vedrørende selskapets forhold. Formålet bak redegjørelsesplikten er slikt sett å gjøre generalforsamlingen i stand til å føre kontroll med selskapet og ivareta sine eierinteresser, og på denne måten gi aksjonærene tilstrekkelig grunnlag til å fatte en informert beslutning på.⁸⁵

Styret skal redegjøre for «selskapets økonomiske stilling». Det innebærer at det er årsaken til selskapets økonomiske problemer og fremtidsutsiktene det skal redegjøres for.⁸⁶ Ved vurderingen av hva redegjørelsen nærmere skal inneholde, må styret imidlertid veie aksjonærenes behov for informasjon opp mot selskapets behov for at visse forhold hemmeligholdes.⁸⁷

4.3.4 Plikten til å foreslå tiltak

Når egenkapitalen er uforsvarlig lav i henhold til aksjeloven § 3-4, krever handleplikten videre at styret på generalforsamlingen skal «foreslå tiltak for å rette på dette», jf. § 3-5 første ledd siste punktum.

Ordlyden «tiltak» tilsier etter en naturlig språklig forståelse at det må være tale om en handling som innebærer en form for endring. Dersom styret foreslår at driften skal fortsette som før, vil dette altså ikke være et «tiltak» i lovens forstand.⁸⁸ Dette underbygges videre av at styret, gjennom «rimelig tid»-tidsfristen, allerede har fått tid til å se an situasjonen for å se om den bedrer seg. Når generalforsamlingen derimot har blitt innkalt, forutsettes det nettopp

⁸⁵ Løvdal (2003) s. 517.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 173.

⁸⁷ Løvdal (2003) s. 512.

⁸⁸ I Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) på s. 34 uttales det at et forslag om fortsatt drift «neppe kan anses som et forslag om tiltak». Uttalelsen knytter seg riktignok til styrets handleplikt ved tap av halve aksjekapitalen i allmennaksjeselskap etter den tidligere aksjeloven. Etter mitt syn må det samme gjelde etter aksjeloven § 3-5. Andenæs mfl. (2016) s. 409 argumenterer også for at fortsatt drift ikke er et tiltak i lovens forstand.

at selskapet har store problemer, som så langt ikke har vist seg å være forbigående. Å avvente situasjonen og fortsette driften som før, vil derfor ikke være aktuelt på dette stadiet. Det kreves tvert imot at det skjer en eller annen form for endring, som kan bidra til å snu den økonomiske trenden eller eventuelt redusere konsekvensene av den. Det legges etter dette til grunn at fortsatt, uendret drift, ikke er et «tiltak» i henhold til § 3-5.

Videre tilsier ordlyden «for å rette på dette» at formålet med tiltakene må være å gi det aktuelle selskapet en forsvarlig egenkapital. Det er derfor kun tiltak som er egnet til å oppnå dette formålet som er relevante for handleplikten. Dette underbygges av RG-2007-1625. Saken gjaldt erstatningsansvar for styremedlemmer etter at det ble åpnet konkurs i et selskap som hadde blitt drevet med store underskudd. Styret hadde riktignok foreslått tiltak, og disse hadde blitt vedtatt av generalforsamlingen. Tiltakene gikk blant annet ut på å øke omsetningen og kutte kostnader. Videre ble det også skutt inn midler i selskapet. De foreslåtte tiltakene kunne imidlertid ikke gi selskapet en forsvarlig egenkapital i henhold til § 3-4. Selskapet var svært underkapitalisert, og det var «åpenbart» et behov for tilføring av «kapital i betydelig omfang». Midlene som ble tilført selskapet var langt fra tilstrekkelig. Styret hadde følgelig ikke klarlagt selskapets faktiske kapitalbehov, og dermed ei heller foreslått tilført nødvendig kapital. Lagmannsretten kom derfor enstemmig til at styremedlemmene ikke hadde oppfylt de pliktene som § 3-5 jf. § 3-4 oppstiller.

Saken i LG-2019-52883 underbygger videre at tiltakene som iverksettes må kunne redde det konkrete selskapet. I et konsern som befant seg i en prekær økonomisk situasjon, hadde styret iverksatt ulike restruktureringstiltak. Det ble blant annet inngått en avtale med konsernets bankforbindelse om lån med forlenget løpetid og tilleggskreditt. I tillegg stilte styrelederen sikkerhet i sin egen private eiendom for konsernets lån. Tiltakene som ble iverksatt innebar dermed en økning av konsernets gjeld, samt. økt sikkerhet for bankens engasjement. Selskapet var imidlertid avhengig av kapitaltilførsel. Det ble likevel ikke iverksatt konkrete tiltak for å styrke egenkapitalen. Restruktureringstiltakene alene var dermed ikke egnet til å gjenopprette en forsvarlig kapitalsituasjon i konsernet, og styrelederen ble holdt erstatningsansvarlig for brudd på handleplikten.

Oppfyllelse av handleplikten krever dessuten at tiltakene må være egnet til å rette opp i selskapets økonomiske situasjon ut fra en forutsetning om fortsatt drift.⁸⁹ Kortsiktige løsninger vil med andre ord ikke være tilstrekkelig. Her kan LE-2009-97686 tjene som

⁸⁹ Schwenke (2023) s. 252.

eksempel. Også selskapet i denne saken var avhengig av kapitaltilførsel for å overleve. Styreleder/daglig leder ytte derfor et personlig lån til selskapet på kr. 200 000. Lånet var kun stort nok til å dekke allerede forfalte regninger, og medførte dermed ikke at selskapet fikk en forsvarlig egenkapital. Lagmannsretten konkluderte derfor med at det forelå brudd på § 3-5.

Siden styret har en selvstendig plikt til å iverksette tiltak på egenhånd, vil de aktuelle tiltakene under forslagsplikten stort sett bare være tiltak som uansett krever godkjenning fra generalforsamlingen. Ordlyden «tiltak» er imidlertid nøytral, og stenger dermed ikke for at styret også kan fremme forslag som det er i stand til å iverksette på egenhånd. Det kan eksempelvis være aktuelt der styrets tiltak krever et lengre tidsperspektiv enn det loven åpner opp for før generalforsamlingen må innkalles, eller der styret anser det som hensiktsmessig å la generalforsamlingen avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes.⁹⁰ Styret kan dermed foreslå omorganiseringer, nedbemanning, kostnadsutt, reforhandling av avtaler og liknende overfor generalforsamlingen, selv om dette er tiltak styret i praksis kunne ha iverksatt uten generalforsamlingens godkjenning.

Når det gjelder tiltak som krever godkjenning fra generalforsamlingen, kan styret blant annet foreslå at det innhentes ny egenkapital for å bringe selskapets kapitalgrunnlag opp til et forsvarlig nivå. Innhenting av ny egenkapital skjer som regel etter reglene i aksjeloven kapittel 10 om kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer, og må vedtas av generalforsamlingen, jf. asl. § 10-1. Tilførsel av ny egenkapital ble blant annet fremhevet som et aktuelt tiltak som kunne ha gitt selskapet i saken i RG-2007-1625 en forsvarlig egenkapital. Dersom styret hadde klarlagt selskapets egenkapitalsituasjon og på bakgrunn av dette foreslått tilført tilstrekkelig egenkapital, ville styremedlemmene trolig gått fri fra styreansvar.⁹¹

Selskapet kan imidlertid også tilføres egenkapital ved at aksjonærene yter innskudd som ikke gir dem aksjonærrettigheter. Det rettslige grunnlaget for adgangen til å yte slike innskudd kan forankres i Rt. 2001 s. 851. Saken gjaldt riktignok en skatterettslig problemstilling, nærmere bestemt den skattemessige behandlingen av såkalt «preferansekapital». Under bankkrisen på 90-tallet hadde tre banker blitt tilført støtte fra ulike fond, uten at denne støtten ga fondene noen eierrettigheter. Denne støtten ble kalt «preferansekapital», og ble hos bankene etter hvert nedskrevet til null. Et av de sentrale spørsmålene for Høyesterett var hvorvidt

⁹⁰ Aarbakke mfl. (2023) s. 184.

⁹¹ Lagmannsretten konkluderer her med at styremedlemmene ikke har «ivaretatt plikten til å foreslå nødvendige tiltak ved å avklare behovet for tilførsel av egenkapital, og heller ikke, når situasjonen utviklet seg som den gjorde, foreslått tilført slik kapital i nødvendig omfang».

kapitaltilførselen utgjorde gjeld eller egenkapital for bankene. Høyesterett konkluderte med at preferansekapitalen utgjorde en del av bankenes egenkapital, selv om den var eid av fondene og ikke av selskapets aksjonærer. Dommen bidro dermed til en viktig selskapsrettslig avklaring, ettersom den avgjorde at et selskap kan tilføres egenkapital på andre måter enn gjennom aksjekapital og overkurs, herunder gjennom innskudd som ikke gir aksjonærrettigheter.⁹²

Det må imidlertid bemerkes at aksjonærene ikke har noen plikt til å yte ytterligere innskudd, jf. aksjeloven § 1-2 annet ledd. Det er likevel ingenting i veien for at aksjonærene selv kan velge å skyte inn midler i selskapet. Styret kan dermed fritt fremme forslag om dette, men det er altså ikke noe aksjonærene kan pålegges å gjøre. Beslutning om å yte slike innskudd krever dessuten tilslutning fra samtlige aksjonærer, jf. asl. § 5-20.

For å gi selskapet en forsvarlig egenkapital, kan styret videre foreslå fusjon. En fusjon har riktignok den konsekvens at det overdragende selskapet blir oppløst, jf. asl. § 13-16 første ledd nr. 1. For et selskap som befinner seg i en prekær økonomisk situasjon, er fusjon likevel et godt alternativ fordi det gjør en videreføring av selskapets virksomhet mulig. Reglene om fremførbart underskudd gjør dessuten at et aksjeselskap med uforsvarlig lav egenkapital kan fremstå som en attraktiv fusjonspartner.⁹³

At fusjon er et egnet tiltak for et underkapitalisert selskap, fremgår blant annet av LB-2008-704. Saken gjaldt spørsmål om hvorvidt det var ansvarsbetingende for styrelederen at oppbud ikke var begjært på et tidligere tidspunkt. Lagmannsretten konkluderte med at styrelederen ikke hadde opptrådt uaktsomt, og et viktig moment var at styrelederen inntil oppbud ble begjært, hadde vært i forhandlinger med potensielle investorer med sikte på å inngå en avtale om fusjon. Det ble lagt vekt på at forhandlingene var «realistiske», og at motpartene var «seriøse aktører» som dessuten hadde «økonomisk styrke til en eventuell inntreden på eiersiden». Dommen illustrerer således at for at fusjon skal være et godt tiltak, må det overtakende selskapet ha en egenkapital som er stor nok til å dekke underkapitaliseringen i det overdragende selskapet. Dersom fusjonen vil kunne medføre at det overtakende selskapet får en uforsvarlig lav egenkapital, vil det ikke være særlig hensiktsmessig å gjennomføre

⁹² Se Rt. 2008 s. 851 på s. 863. Se også Veum og Kristiansen (2002) s. 134 for en omtale av den selskapsrettslige avklaringen.

⁹³ Løvdal (2003) s. 523.

fusjonen. I et slikt tilfelle vil fusjonen nettopp ikke ivareta hensynet til kreditorenes mulighet til å få dekning for sine krav.

Styret kan også foreslå fisjon etter reglene i kapittel 14 i aksjeloven. Dersom en del av selskapets virksomhet er særlig tapsbringende eller risikoutsatt på andre måter, kan det være aktuelt å utfisjonere denne delen. Den utfisjonerte delen kan så legges ned eller selges. Fisjon kan på denne måten bidra til å gi selskapet en forsvarlig egenkapital både ved at selskapet får redusert sine tapsbringende poster, og ved at selskapet tilføres midler ved et eventuelt salg.

Til slutt kan styret overfor generalforsamlingen også foreslå tiltak som går ut på en omlegging av virksomheten som forutsetter en vedtektsendring. Det kan blant annet foreslås at selskapet endrer sin virksomhet til fordel for en mindre risikoeksponert virksomhet, eller eventuelt avvikler deler av allerede eksisterende virksomhet. Hvor risikoeksponert virksomhet selskapet driver, har som nevnt ovenfor stor betydning for hvilke krav som stilles med hensyn til egenkapitalen.⁹⁴ En omlegging til en mindre risikoeksponert virksomhet kan dermed bidra til at selskapets kapitalgrunnlag anses for å være forsvarlig i henhold til §§ 3-4 og 3-5.

4.3.5 Har styret en plikt til å påse at tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen?

Det kan hende at styrets forslag blir vedtatt av generalforsamlingen, uten at tiltaket blir fulgt opp. Styrets forslag kan eksempelvis gå ut på tilførsel av egenkapital ved at aksjeeierne yter innskudd som ikke gir dem aksjonærrettigheter. Det kan så tenkes at slik kapitaltilførsel blir vedtatt av generalforsamlingen, men at enkelte aksjeeiere likevel unnlater å yte sin vedtatte del. Selskapet blir dermed ikke tilført tilstrekkelig kapital, og egenkapitalen blir følgelig ikke brakt opp til et forsvarlig nivå. I et slikt tilfelle kan det stilles spørsmål ved om styret har en plikt til å påse at de foreslåtte tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen.

Ordlyden i aksjeloven § 3-5 tilsier at styrets handleplikt er begrenset til å *foreslå* tiltak overfor generalforsamlingen. En plikt til å sørge for at tiltakene blir gjennomført kan dermed ikke utledes direkte av ordlyden. I kraft av aksjeloven § 3-4 har styret derimot en plikt til å påse at selskapet «til enhver tid» har en forsvarlig egenkapital. Formålet med handleplikten er nettopp å bringe egenkapitalen opp til et forsvarlig nivå i henhold til § 3-4. Dersom styret foreslår tiltak i tråd med § 3-5 og disse blir vedtatt av generalforsamlingen, vil selskapets egenkapital imidlertid ikke bli brakt opp til et forsvarlig nivå dersom tiltakene ikke følges opp. I en

⁹⁴ Se punkt 3.3.1.

handlepliktsituasjon vil styret dermed ikke være i stand til å sørge for at selskapet får en forsvarlig egenkapital uten å påse at de foreslåtte tiltakene faktisk blir satt til verks. Når § 3-5 tolkes i lys av § 3-4, taler dette for at handleplikten også innebærer en plikt til å påse at tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen.

Dersom styrets forslag til tiltak ikke blir gjennomført, og situasjonen heller ikke bedres på egenhånd, foreligger dessuten vilkårene for handleplikten fortsatt. I et slikt tilfelle vil det være lite hensiktsmessig om styret skal måtte innkalle generalforsamlingen med sikte på å fremsette forslag til tiltak atter en gang. Handleplikten vil i en slik situasjon fungere mer effektivt om styret heller sørger for at de allerede vedtatte tiltakene blir satt ut i livet. Effektivitetshensyn trekker dermed også i retning av at styret har en plikt til å se til at tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen.

Videre kan det også tenkes at en plikt til å påse at de foreslåtte tiltakene blir fulgt opp, kan utledes av styrets overordnede ansvar for forvaltningen av selskapet etter aksjeloven § 6-12. Styret kan vanskelig sies å forvalte selskapet på en forsvarlig måte om det sitter passivt på sidelinjen og ser at de foreslåtte tiltakene ikke blir satt ut i livet. På bakgrunn av dette synes det å foreligge en enighet i teorien om at styret, i kraft av § 6-12, er forpliktet til å følge opp utfallet av forslagene sine.⁹⁵

Lagmannsretten har dessuten, i to saker fra 2007, uttalt at det ikke er «tvilsomt at styret – dersom de øvrige vilkår er oppfylt – også kan bli holdt ansvarlig dersom de tiltak som blir foreslått ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen».⁹⁶ Retten synes her å gi uttrykk for at handleplikten, til tross for ordlyden, også innebærer en plikt til å sørge for at tiltakene blir gjennomført, og at brudd på denne plikten kan medføre erstatningsansvar etter § 17-1.

På bakgrunn av dette kan det ikke anses tvilsomt at styret har en plikt til å påse at de foreslåtte tiltakene blir fulgt opp av generalforsamlingen. Rekkevidden av en slik plikt må imidlertid ikke strekkes for langt. Det er generalforsamlingen som er selskapets øverste myndighet, jf. aksjeloven § 5-1. Styret har følgelig ikke autoritet til å tvinge aksjonærene til å foreta seg noe. I det ovenfor tenkte scenarioet kan styret med andre ord ikke tvinge aksjonærene til å skyte midler inn i selskapet. Styret kan derimot purre på de aksjonærene som ikke har ytt sin del, og oppfordre dem til å gjøre dette. Siden styret ikke kan tvinge aksjonærene til å gjennomføre tiltakene, har styret ingen reell mulighet til å faktisk sikre at tiltakene blir fulgt opp. Styrets

⁹⁵ Schwenke (2023) s. 264. Slik forstår jeg også Aarbakke mfl. (2023) s. 185.

⁹⁶ LA-2007-37537 og RG-2007-1625.

plikt til å følge opp de vedtatte tiltakene går dermed trolig ikke lenger enn til å oppfordre aksjonærene til å iverksette tiltakene.

Det innebærer likevel ikke at en påminnelse fra styret vil ha ansvarsbefriende virkning der gjennomføring av tiltakene fortsatt uteblir. Som nevnt ovenfor, synes det å foreligge en oppfatning i både rettspraksis og teorien om at styremedlemmene likevel kan risikere erstatningsansvar dersom tiltakene ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen. Det foreligger imidlertid ulike oppfatninger når det gjelder *hva* styret bør gjøre i en slik situasjon.

Lagmannsretten har blant annet uttalt at styret, for å gå klar av erstatningsansvar i en slik situasjon, må «begjære oppbud, eller styremedlemmene må frasi seg sine verv».⁹⁷ Denne uttalelsen fremstår imidlertid noe uheldig. Lagmannsretten forholder seg for det første ikke til ordlyden i § 3-5, og hopper tilsynelatende over bestemmelsens annet ledd. Videre har uttalelsen heller ikke blitt fulgt opp i senere praksis, og har dessuten blitt kritisert i teorien.⁹⁸ På bakgrunn av dette kan uttalelsen fra lagmannsretten vanskelig tillegges særlig vekt på dette punktet. Synspunktet om at styret ikke kan forholde seg passiv i en slik situasjon står seg likevel, spørsmålet er imidlertid hvilke handlinger som kreves.

Handlepliktens primære formål er å iverksette tiltak for å redde selskapet så langt det lar seg gjøre.⁹⁹ Dersom vedtatte tiltak ikke blir gjennomført, bør styret dermed først og fremst få anledning til å vurdere hvorvidt det er mulig å iverksette andre tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital.¹⁰⁰ Foreligger det ingen alternative tiltak, må styret, for å gå klar av erstatningsansvar, videre fremme forslag om oppløsning etter aksjeloven § 3-5 annet ledd, eller, dersom selskapets økonomiske situasjon tilsier det, begjære oppbud etter § 6-18.¹⁰¹ I motsetning til lagmannsrettens uttalelse i de to sakene fra 2007, er denne løsningen både i tråd med aksjelovgivningens system og ordlyden i § 3-5, og ivaretar dessuten hensynene bak styrets handleplikt. Når det gjelder oppløsnings- og oppbudsplikten, vil disse bli behandlet nærmere nedenfor. Så langt får vi nøye oss med å slå fast at styret ikke kan slå seg til ro med å bare *foreslå* tiltak, så lenge tiltakene ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen.

⁹⁷ LA-2007-37537. Tilsvarende er også uttalt i RG-2007-1625.

⁹⁸ Se Bråthen, Tore, *Norsk lovkommentar: Aksjeloven*, note 278, Rettsdata.no (lest 3. april 2024). Bråthen er skeptisk til lagmannsrettens uttalelse, og uttaler at løsningen er «diskutabel».

⁹⁹ NOU 1996: 3 s. 146.

¹⁰⁰ Bråthen (2022) s. 169.

¹⁰¹ Schwenke (2023) s. 264.

4.4 Aksjeloven § 3-5 annet ledd: plikten til å foreslå oppløsning

Dersom selskapets kapitalgrunnlag er uforsvarlig, kan styret etter omstendighetene dessuten være pliktet til å foreslå selskapet oppløst. Oppløsningsplikten fremgår av aksjeloven § 3-5 annet ledd. Styret plikter å foreslå oppløsning når det «ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak» som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital, og når «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre». Oppløsningsplikten utgjør med dette handlepliktens skadebegrensende side. Når styret finner at selskapets økonomiske problemer er så store at det ikke er mulig å gjenopprette en forsvarlig egenkapital, skal det altså søke å begrense det økonomiske tapet ved å foreslå selskapet oppløst. På grunn av ansvarsbegrensningen har selskapets aksjonærer som nevnt ikke incitament til å oppløse selskapet når det har økonomiske problemer. Det skyldes nettopp at ved en eventuell oppløsning, har selskapets kreditorer prioritet foran aksjeeierne.¹⁰² Styrets plikt til å foreslå oppløsning er derfor viktig for å forhindre at selskapet drives videre på kreditorenes regning.

4.4.1 Når inntreer oppløsningsplikten?

Styrets plikt til å foreslå oppløsning inntreer for det første dersom det «ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd tredje punktum». Bestemmelsen forutsetter at styret har behandlet saken etter første ledd, og at den på grunnlag av denne saksbehandlingen har kommet frem til at det ikke foreligger grunnlag for å foreslå tiltak overfor generalforsamlingen som vil gi selskapet en forsvarlig egenkapital.¹⁰³ Det vil eksempelvis være aktuelt dersom styret vurderer selskapets økonomiske situasjon dithen at den ikke vil kunne bedres gjennom iverksettelse av tiltak. I en slik situasjon plikter styret heller å fremme forslag om oppløsning overfor generalforsamlingen. Kravene etter asl. § 3-5 første ledd om at generalforsamlingen skal innkalles innen rimelig tid, og om at styret skal redegjøre for selskapets økonomiske stilling, gjelder tilsvarende når styret skal fremme forslag om oppløsning overfor generalforsamlingen.¹⁰⁴

Plikten til å foreslå selskapet oppløst inntreer for det andre dersom «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre». Ordlyden omfatter for det første situasjonen der generalforsamlingen har vedtatt et tiltak som det i etterkant viser seg at ikke er mulig å gjennomføre. Det kan eksempelvis tenkes at en vedtatt kapitalforhøyelse ikke følges opp med nødvendig

¹⁰² Løvdal (2003) s. 524.

¹⁰³ Aarbakke mfl. (2023) s. 185.

¹⁰⁴ Ibid.

aksjetegning. I en slik situasjon kan det oppstå spørsmål om styret har en plikt til å foreslå selskapet oppløst direkte, eller om det kan foreslå andre tiltak for å bedre egenkapitalen.

Siden handleplikten først og fremst skal søke å gjenopprette egenkapitalen og på denne måten sikre videre drift, er det i teorien lagt til grunn at styret fritt bør kunne vurdere om det skal foreslå nye tiltak eller oppløsning overfor generalforsamlingen i en slik situasjon.¹⁰⁵ Loven kan med andre ord ikke forstås slik at oppløsningsplikten inntreer umiddelbart om et vedtatt tiltak ikke er gjennomførbart, dersom det foreligger andre tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital. En slik tolkning ville nettopp stride imot handlepliktens formål. Oppløsning er nettopp forbeholdt de tilfellene der styret ikke anser det som mulig å gjenopprette en forsvarlig egenkapital og på denne måten sikre videre drift, uten at det går på bekostning av selskapets kreditorer.

Videre omfatter ordlyden «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre» også situasjonen der styrets forslag til tiltak ikke blir vedtatt av generalforsamlingen. Dette alternativet danner grunnlag for deler av oppgavens problemstilling, og vil bli behandlet i kapittel 5.2.

4.4.2 Forholdet til plikten til å begjære oppbud

Ved siden av plikten til å foreslå selskapet oppløst etter asl. § 3-5 annet ledd, har styret også en straffesanksjonert plikt til å begjære oppbud. Denne plikten fremgår av straffeloven § 407 sammenholdt med aksjeloven § 6-18.¹⁰⁶ Når det gjelder forholdet mellom oppbudsplikten og plikten til å foreslå selskapet oppløst, er det på det rene at plikten til å foreslå selskapet oppløst etter aksjeloven § 3-5 annet ledd inntreer på et tidligere tidspunkt. Det skyldes nettopp at formålet med selve handleplikten er å unngå at selskapet skal havne i en situasjon.¹⁰⁷

For den straffesanksjonerte oppbudsplikten er det sentrale hvorvidt selskapets økonomiske situasjon tilsier at kreditorerne vil kunne få dekning «innen rimelig tid», jf. straffeloven § 407 første ledd bokstav b. Det innebærer at den straffesanksjonerte plikten til å begjære oppbud inntreer dersom det avdekkes så store økonomiske problemer at fortsatt drift vil innebære at selskapskreditorerne ikke vil kunne få dekning for sine krav innen rimelig tid.¹⁰⁸ Plikten til å begjære oppbud forutsetter med andre ord at selskapet er i en så dårlig økonomisk situasjon at det ikke er mulig å redde det gjennom handleplikten. I et slikt tilfelle har styret en selvstendig

¹⁰⁵ Løvdal (2003) s. 524. Tilsvarende er lagt til grunn i Bråthen (2022) s. 169.

¹⁰⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹⁰⁷ NOU 1996: 3 s. 146.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

rett og plikt til å melde oppbud uten å forelegge spørsmålet for generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 6-18.¹⁰⁹

5. Hva skjer når styrets forslag blir nedstemt av generalforsamlingen?

5.1 Generalforsamlingens behandling av styrets forslag

Handleplikten etter aksjeloven § 3-5 retter seg bare direkte mot styret, og oppstiller kun en plikt med hensyn til hva styret skal *foreslå* overfor generalforsamlingen. Når det gjelder hva generalforsamlingsbeslutningen skal gå ut på, står generalforsamlingen fritt.¹¹⁰ Aksjeloven inneholder ingen særskilte regler om hvordan generalforsamlingen skal forholde seg til styrets forslag til tiltak eller oppløsning.

Styrets forslag om kapitalforhøyelse, fisjon, fusjon og vedtektsendring må derfor treffes av generalforsamlingen med det samme flertallskravet som normalt kreves. Siden slike tiltak forutsetter en vedtektsendring, krever de tilslutning fra minst to tredeler av både de stemmene og den aksjekapitalen som er representert på generalforsamlingen, jf. asl. § 5-18.

Når det gjelder generalforsamlingens avstemning over styrets forslag om oppløsning, inneholder asl. § 16-1 annet ledd en særregel som slår fast at der aksjeselskap skal oppløses «som følge av bestemmelse i lov», kan beslutningen treffes med alminnelig flertall. At aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital ikke er tilfredsstillt, kan imidlertid ikke anses som en slik situasjon.¹¹¹ Styrets forslag om oppløsning må derfor vedtas av generalforsamlingen etter hovedregelen i aksjeloven § 16-1, og det kreves også her flertall som for vedtektsendring. Beslutning om oppløsning må med andre ord besluttes med minst to tredels flertall av de avgitte stemmene og den aksjekapitalen som er representert på generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 16-1 jf. § 5-18.

Styrets forslag til tiltak eller oppløsning kan med andre ord ikke iverksettes uten tilstrekkelig tilslutning fra generalforsamlingen. Styret kan derfor havne i en posisjon hvor det har handlet

¹⁰⁹ Aarbakke mfl. (2023) s. 186.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

¹¹¹ Se både Andenæs mfl. (2016) s. 412 og Aarbakke mfl. (2023) s. 186.

i tråd med aksjeloven § 3-5 og fremsatt forslag overfor generalforsamlingen, uten at det oppnås tilstrekkelig flertall for noen av forslagene. Den videre fremstillingen tar sikte på å undersøke hva som skjer i en slik situasjon. Det vil sondres mellom situasjonen der det ikke oppnås tilstrekkelig flertall for styrets forslag til tiltak etter § 3-5 første ledd, og der styrets forslag om oppløsning etter annet ledd blir nedstemt av generalforsamlingen.

5.2 Når styrets forslag til tiltak for å gi selskapet en forsvarlig egenkapital blir nedstemt

Når generalforsamlingen nedstemmer styrets forslag til tiltak, kan det stilles spørsmål ved om plikten til å foreslå selskapet oppløst etter § 3-5 annet ledd inntreer umiddelbart, eller om styret har anledning til å foreslå nye tiltak. Det må trolig forutsettes at styret vil foreslå de tiltakene det har størst tro på at vil kunne gi selskapet en forsvarlig egenkapital. Hvorvidt styret har andre forslag til tiltak der det første forslaget ikke fører frem, vil nok derfor variere. Det kan likevel hende at forholdene endrer seg slik at tiltak som i første omgang ble vurdert som urealistiske, nå fremstår som gjennomførbare. Styret og generalforsamlingen kan dessuten også ha ulike syn på hvilke tiltak som bør iverksettes.

Det kan eksempelvis tenkes at en kapitalforhøyelse ved nytegning fremstår som et tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital, men at styret anser det som lite sannsynlig at kapitalforhøyelsen vil medføre tilstrekkelig aksjetegning. Styret går dermed mer drastisk til verks, og fremmer forslag om fusjon på generalforsamlingen. Generalforsamlingen ønsker imidlertid ikke å fusjonere, og stemmer mot forslaget. I etterkant av generalforsamlingen viser det seg at det er flere mulige aksjetegnere på banen enn tidligere antatt. Kan styret da fremsette forslag om kapitalforhøyelse, eller medfører avslaget fra generalforsamlingen at plikten til å foreslå oppløsning inntreer direkte?

Det kan også tenkes en situasjon der styret fremmer forslag om kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer, men at selskapets aksjonærer ikke er interessert i nye inntredener på eiersiden, og derfor stemmer mot forslaget. Selskapet er imidlertid avhengig av kapitaltilførsel for å overleve. Kan styret i en slik situasjon fremme et nytt forslag om at selskapet tilføres egenkapital som ikke gir aksjonærrettigheter?

Plikten til å foreslå oppløsning etter § 3-5 annet ledd inntreer når «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre». Ordlyden «slike tiltak ikke lar seg gjennomføre» omfatter som nevnt i kapittel

4.1.1, situasjonen der styrets forslag til tiltak ikke blir vedtatt av generalforsamlingen. Dette kan tale for at styret er avskåret fra å fremme nye forslag til tiltak i en slik situasjon, og at det plikter å foreslå oppløsning direkte.

På den andre siden peker ordlyden «slike tiltak» hen på tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital etter bestemmelsens første ledd. Dette tilsier at plikten til å foreslå oppløsning først inntreder der styret ikke klarer å finne forslag som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital. Tolket på denne måten, taler ordlyden for at styret, der generalforsamlingen forkaster dets forslag, må få anledning til å vurdere om det er mulig å foreslå andre tiltak, før plikten til å foreslå oppløsning inntreder.

Denne tolkningen underbygges av forarbeidene, der aksjelovutvalget presiserer at plikten til å foreslå selskapet oppløst der generalforsamlingen nedstemmer styrets forslag til tiltak, forutsetter at «andre tiltak etter styrets skjønn ikke er realistiske».¹¹² Utvalget synes her å gi uttrykk for at hvorvidt enkelte tiltak blir nedstemt av generalforsamlingen er uten betydning for oppløsningsplikten. Ved avslag må styret følgelig få mulighet til å vurdere om det finnes andre «realistiske» tiltak som kan redde selskapet.

I teorien er det dessuten lagt til grunn at styret fritt bør kunne vurdere om det skal foreslå nye tiltak eller oppløsning, i en situasjon der et vedtatt tiltak ikke lar seg gjennomføre.¹¹³ Det er vanskelig å se at løsningen skal være en annen i en situasjon der styrets forslag blir nedstemt, idet samme hensyn gjør seg gjeldende. Handlepliktens primære formål er nettopp å redde selskapet så langt det lar seg gjøre. Lovens formål blir best ivaretatt dersom styret får anledning til å vurdere om det foreligger øvrige tiltak som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital, før det eventuelt må foreslå selskapet oppløst.

Forholdene kan som nevnt også endre seg slik at tiltak som styret tidligere vurderte som urealistiske, nå fremstår som gjennomførbare. Det ovenfornevnte tilfellet der kapitalforhøyelse ved nytegning går fra å være et urealistisk tiltak til å bli høyst aktuelt siden flere mulige aksjetegnere plutselig dukker opp, er et eksempel på dette. I slike tilfeller vil det være lite rimelig om styret kun har én sjanse til å foreslå tiltak før oppløsningsplikten inntreder.

Samlet sett taler rettskildene for at et avslag fra generalforsamlingen ikke medfører en umiddelbar plikt til å foreslå oppløsning. I slike tilfeller må styret få anledning til å vurdere om det er mulig å foreslå nye forslag. Plikten til å foreslå selskapet oppløst i en slik situasjon

¹¹² NOU 1996: 3 s. 147.

¹¹³ Se kapittel 4.4.1.

inntretr følgelig først der styret ikke er i stand til å finne og få medhold i andre realistiske forslag som kan gi selskapet en forsvarlig egenkapital.

5.3 Når styrets forslag om oppløsning blir nedstemt

Det er heller ingen selvfølge at styret vil få medhold av generalforsamlingen der det har sett seg nødt til å foreslå selskapet oppløst etter § 3-5 annet ledd. Dersom styrets forslag om oppløsning ikke vedtas av generalforsamlingen, lever selskapet videre til tross for at det befinner seg i en prekær økonomisk situasjon. Dette reiser spørsmål om hvilke konsekvenser en slik situasjon vil kunne medføre, både for styret og for selskapets aksjeeiere.

5.3.1 Kan styret fortsette i sitt verv?

Der generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning, oppstår det for det første et spørsmål om styremedlemmene kan fortsette i sitt verv.

Styremedlemmers tjenestetid er i utgangspunktet to år, og den opphører ved «avslutningen av den ordinære generalforsamlingen i det året tjenestetiden utløper», jf. aksjeloven § 6-6 første og annet ledd. Dette gjelder imidlertid kun så langt «ikke noe annet er bestemt».

Aksjeloven § 3-5 sier ingenting om at styret må fratruke sitt verv før tjenestetiden er opphørt der styrets forslag om oppløsning blir forkastet av generalforsamlingen. Spørsmålet er heller ikke berørt i lovens forarbeider eller drøftet av Høyesterett.

Den generelle hjemmelen for styremedlemmers tilbaketreden før tjenestetiden er opphørt, finnes i aksjeloven § 6-7. Bestemmelsen slår imidlertid kun fast at et styremedlem har «rett» til tilbaketreden. Tilbaketreden før tjenestetiden er opphørt, er med andre ord kun en rettighet det enkelte styremedlem har. Styremedlemmene har etter aksjeloven følgelig utvilsomt rett til, men ingen plikt til, å tre ut av styret der generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning.

I to saker fra 2007, har lagmannsretten likevel uttalt at styremedlemmene «må frasi sine verv» for å gå klar av erstatningsansvar der styrets forslag ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen.¹¹⁴ Det må imidlertid bemerkes at uttalelsen nettopp er knyttet til styrets risiko for erstatningsansvar i en slik situasjon. Det oppstilles således ikke noen ubetinget plikt for styremedlemmene til å frasi sine verv før tjenestetiden har opphørt. Som nevnt i kapittel

¹¹⁴ Se RG-2007-1625 og LA-2007-37537.

4.3.5 har uttalelsen dessuten heller ikke blitt fulgt opp i senere praksis, og er blitt møtt med kritikk. Lagmannsrettens uttalelse på dette punktet kan derfor ikke tas til inntekt for at det foreligger en plikt for styremedlemmene til å tre ut av styret før tjenestetiden er opphørt i gitte situasjoner.

Siden «ikke noe annet er bestemt», gjelder utgangspunktet etter § 6-6. Det er med andre ord opp til det enkelte styremedlemmet selv å velge om vedkommende vil bli sittende etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning.

At styremedlemmene *bør* trekke seg i en slik situasjon, er imidlertid en annen sak. Styret har det overordnede ansvaret for at selskapet forvaltes på forsvarlig vis, jf. aksjeloven § 6-12. Når styret foreslår selskapet oppløst etter § 3-5 annet ledd, er det nettopp fordi selskapet, etter styrets oppfatning, ikke kan fortsette sin drift uten at det tas en uakseptabel risiko på kreditorenes vegne. Der generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning, drives selskapet med andre ord videre på en måte som etter styrets oppfatning ikke er forsvarlig. Med tanke på at styret nettopp har det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet, tilsier dette at styremedlemmene bør trekke seg når det finner at fortsatt drift ikke er forsvarlig.

I juridisk teori synes det dessuten også å foreligge en oppfatning om at styret, der det ikke får gjennomslag for sitt forslag om oppløsning, bør trekke seg etter § 6-7.¹¹⁵ Teorien underbygger imidlertid at dette bare er noe styret *burde* gjøre, og altså ikke noe det er forpliktet til.

For å konkludere, har styret utvilsomt en god grunn til å trekke seg der generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning. Det gjelder imidlertid ingen plikt til tilbaketreden i en slik situasjon. Etter gjeldende rett er det dermed opp til det enkelte styremedlemmet selv å vurdere hvorvidt vedkommende anser det som forsvarlig å fortsette i sitt verv i en slik situasjon.

5.3.2 Kan styremedlemmene bli erstatningsansvarlige?

For styremedlemmer som velger å bli sittende etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning, kan det oppstå spørsmål om styremedlemmene kan ilegges erstatningsansvar for eventuelle skader som oppstår ved selskapets videre drift.

¹¹⁵ Se Aarbakke mfl. (2023) s. 185 og Bråthen (2022) s. 169. Også Løvdal (2003) s. 563 og Aarum (1994) s. 239 gir uttrykk for at styremedlemmene bør trekke seg ved brudd på aksjelovgivningen for å unngå ansvar.

Aksjeloven inneholder en særskilt regel om erstatningsansvar i § 17-1. Denne bestemmelsen angir hvem som kan være skadelidte, hvem som er ansvarssubjekter, og på hvilke vilkår erstatningsansvar kan idømmes. Felles for dem som er listet opp som ansvarssubjekter, er at de har ulike lovpålagte plikter overfor selskapet eller andre. Blant disse finner man «styremedlem», jf. § 17-1 første ledd. Ordlyden «styremedlem» viser at erstatningsansvaret er et individuelt ansvar. Det innebærer at det ikke er «styret» som helhet som blir erstatningsansvarlig, men at vilkårene for erstatning må være oppfylt for hvert enkelt styremedlem. Der vilkårene er oppfylt for to eller flere styremedlemmer, hefter disse solidarisk, jf. skadeserstatningsloven § 5-3.¹¹⁶

Når det gjelder vilkårene for såkalt styreansvar, må det foreligge en erstatningsrettslig «skade» som styremedlemmet i «egenskap» av å være styremedlem, «forsettlig eller uaktsomt» har voldt vedkommende skadelidte, jf. § 17-1 første ledd. Ordlyden «uaktsomt» viser at erstatningsregelen i § 17-1 er en presisering av det ulovfestede culpaansvaret.¹¹⁷ Culpaansvaret består av en objektiv og en subjektiv side. Det innebærer at det må foreligge et objektivt brudd på en plikt som er pålagt vedkommende skadevolder, og det må ved pliktbruddet ha vært utvist subjektiv skyld i form av uaktsomhet.¹¹⁸

Ved vurderingen av om det foreligger erstatningsansvar for et styremedlem, må det altså først og fremst vurderes om styremedlemmet har overtrådt de plikter som er pålagt vedkommende etter aksjeloven. Der slike plikter er overtrådt, gjelder det en presumpsjon for at styremedlemmet har opptrådt uaktsomt.¹¹⁹

Spørsmålet blir følgelig om fortsatt drift etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning etter § 3-5 annet ledd, utgjør et pliktbrudd for selskapets styremedlemmer.

Aksjeloven § 3-5 oppstiller kun en plikt for styret med hensyn til hva det skal *foreslå* overfor generalforsamlingen. Ordlyden tilsier dermed at styrets handleplikt er oppfylt der styret har fremmet forslag om oppløsning på generalforsamlingen. Forarbeidene trekker i samme retning, der det uttales at handleplikten ikke går «lenger enn til å vurdere situasjonen og

¹¹⁶ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 76.

¹¹⁸ Se Aarum (1994) s. 187-188.

¹¹⁹ Ibid.

foreslå mulige tiltak» og at det så er opp til «generalforsamlingen å avgjøre hva som skal gjøres».¹²⁰

Når styret har foreslått oppløsning, har det altså overholdt de plikter som § 3-5 annet ledd oppstiller. Hvordan generalforsamlingen reagerer på styrets forslag om oppløsning, er utenfor styrets kontroll. Der generalforsamlingen forkaster styrets forslag til tiltak, har styret altså gjort det som kreves etter handleplikten, og det foreligger dermed ikke brudd på § 3-5.

Det kan imidlertid vurderes om fortsatt drift i en slik situasjon vil medføre et brudd på andre plikter som er pålagt styremedlemmene.

Når handleplikten er inntrådt, og styret har fremmet forslag om tiltak eller oppløsning, er det nettopp fordi kravet § 3-4 oppstiller med hensyn til selskapets egenkapital og likviditet, ikke er oppfylt. Dersom verken tiltak eller oppløsning etter § 3-5 blir iverksatt, og situasjonen heller ikke bedres på egenhånd, drives selskapet videre med et kapitalgrunnlag som er i strid med § 3-4. For styremedlemmenes vedkommende, innebærer dette at de ikke vil kunne oppfylle plikten sin til å sørge for at selskapet «til enhver tid» har en forsvarlig egenkapital og likviditet etter § 3-4. Fortsatt drift etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning, vil med andre ord innebære et brudd på § 3-4 for de styremedlemmene som velger å bli sittende.

Brudd på § 3-4 vil utvilsomt kunne utløse erstatningsansvar etter 17-1 for eventuelle tap som måtte oppstå som følge av dette.¹²¹ Når styret har foreslått oppløsning i tråd med § 3-5, er det nettopp fordi styret er av den oppfatning at selskapet ikke kan drives videre uten at det tas en uakseptabel risiko på kreditorenes vegne. Et styremedlem vil dermed vanskelig høres med at det likevel vil være aktsomt å fortsette driften i strid med § 3-4. Presumsjonen for at vedkommende styremedlem har opptrådt uaktsomt, vil derfor trolig stå seg.

Konklusjonen er følgelig at styremedlemmene, ved å bli sittende etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning, kan risikere å bli ilagt erstatningsansvar for eventuelle skader som måtte oppstå som følge av dette, jf. § 3-4 jf. § 17-1.

I forlengelsen av dette oppstår det spørsmål om hvilke handlingsalternativer styret har der det har handlet i tråd med § 3-5, uten å få medhold. Som nevnt ovenfor, har styremedlemmene anledning til å fratse sitt verv. På denne måten vil styremedlemmene kunne gå klar av

¹²⁰ NOU 1996: 3 s. 146.

¹²¹ Prop. 111 L (2012-2013) s. 75. Se også HR-2016-1440-A der erstatningsansvar for brudd på § 3-4 ble idømt.

erstatningsansvar, forutsatt at de ellers har oppfylt sine plikter etter §§ 3-4 og 3-5 forutfor fratredelsen. Fratredelse er imidlertid ikke styrets eneste mulighet til å unngå erstatningsansvar. Styremedlemmene kan også fortsette i sitt verv, og likevel sikre seg mot erstatningsansvar for eventuell skade som måtte oppstå ved fortsatt drift i strid med § 3-4. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.3.4.

5.3.3 Kan aksjeeierne bli erstatningsansvarlige?

Der generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning, kan det dessuten vurderes om det også vil kunne få erstatningsrettslige konsekvenser for aksjeeierne som står bak vedtaket.

Aksjeloven § 17-1 første ledd lister nemlig også opp «aksjeeier» som et potensielt ansvarssubjekt. Et eventuelt erstatningsansvar for aksjeeiere står imidlertid i et spenningsforhold til ansvarsbegrensningen i aksjeselskaper. Dette reiser prinsipielt interessante spørsmål knyttet til diskusjonen om ansvarsgjennombrudd, men det faller utenfor avhandlingens rammer å gå nærmere inn på denne diskusjonen. Som ordlyden i § 17-1 viser, er prinsippet om aksjonærenes begrensede ansvar likevel ikke til hinder for at en aksjeeier kan bli holdt ansvarlig på særskilt grunnlag.¹²²

Ansvarsbegrensningen bidrar derimot til å sette en viktig terskel for vurderingen av når en aksjeeier kan holdes erstatningsansvarlig. Aksjeselskap er en selskapsform med begrenset deltakeransvar, og dette er eventuelle kontraktspartner fullt klar over. Ved å inngå en avtale med et aksjeselskap, aksepterer dermed kontraktspartneren risikoen dette medfører. Dette tilsier at det skal mye til for at erstatningsansvar skal bli aktuelt.¹²³

En «aksjeeier» kan følgelig ilegges erstatningsansvar dersom vilkårene i § 17-1 er oppfylt. I likhet med styreansvaret, viser ordlyden «aksjeeier» at også aksjeeiernes erstatningsansvar er et individuelt ansvar. For at en aksjeeier skal ilegges erstatningsansvar, må det foreligge en erstatningsrettslig «skade» som aksjeeieren i «egenskap» av å være aksjeeier, «forsettlig eller uaktsomt» har voldt vedkommende skadelidte, jf. § 17-1 første ledd.

Spørsmålet blir dermed om en aksjeeier, ved å stemme mot styrets forslag om oppløsning, har brutt en plikt som er pålagt vedkommende som aksjeeier.

¹²² Woxholth (2021) s. 142.

¹²³ Se Rt. 1991 s. 119 på s. 123 der Høyesterett uttaler at det må «kreves noe spesielt» for at det skal være aktuelt for kreditor å skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning på andre grunnlag.

Som nevnt i kapittel 3.1, er det først og fremst styret som plikter å påse at selskapets egenkapital og likviditet er forsvarlig i henhold til § 3-4. Aksjeloven § 3-4 retter seg imidlertid mot «selskapet» i sin helhet, og ikke kun mot styret. Ordlyden «selskapet» omfatter i praksis alle selskapets organer, herunder også generalforsamlingen. Gjennom generalforsamlingen er selskapets aksjeeiere med andre ord også pliktig til å påse at selskapet har et forsvarlig kapitalgrunnlag i henhold til § 3-4. Der handleplikten har inntrådt uten at det iverksettes tiltak for å bedre situasjonen, og styrets forslag om oppløsning dessuten blir forkastet, drives selskapet som nevnt videre i strid med § 3-4. Dette tilsier at det vil utgjøre et brudd på § 3-4 for de aksjeeierne som på generalforsamlingen stemmer mot styrets forslag om oppløsning etter § 3-5 annet ledd.

Forarbeidene synes også å forutsette at aksjeeierne kan bli holdt erstatningsansvarlige for brudd på § 3-4 der de forkaster styrets forslag til oppløsning. Departementet uttaler blant annet at det ikke er «foreslått noen særskilt hjemmel for tvangsoppløsning» fordi «de alminnelige ansvarsreglene må antas å gi aksjeeierne selv en tilstrekkelig oppfordring til å sørge for oppløsning og avvikling dersom det er grunnlag for det».¹²⁴

At overtredelse av § 3-4 vil kunne medføre erstatningsansvar for selskapets aksjeeiere, underbygges ytterligere av HR-2016-1440-A. I denne saken ble styrelederen gjort erstatningsansvarlig for overtredelse av § 3-4 også i egenskap av at han var aksjeeier i selskapet.

Videre synes det dessuten å foreligge en samstemt oppfatning i teorien om at der styrets forslag om oppløsning blir forkastet av generalforsamlingen, kan de aksjeeierne som står bak generalforsamlingens vedtak, holdes erstatningsansvarlige for brudd på § 3-4, jf. § 17-1.¹²⁵

I tillegg til at det må foreligge et objektivt pliktbrudd, er erstatningsansvar etter § 17-1 betinget av at det er utvist uaktsomhet. Som nevnt tidligere, gjelder det en presumsjon for uaktsomhet ved brudd på § 3-4. Det er imidlertid verdt å merke seg at det må være lov å operere med en viss grad av optimisme, uten at det er erstatningsbetingende. Dette illustreres av Rt. 1991 s. 119, som riktignok gjaldt spørsmål om erstatningsansvar for styremedlemmer. Høyesterett konkluderte her med at styremedlemmene nok hadde handlet ut fra «en noe høy grad av optimisme», men at det likevel måtte sies å «ligge en normal forretningsmessig

¹²⁴ NOU 1996: 3 s. 147.

¹²⁵ Se Aarbakke mfl. (2023) s. 938. Tilsvarende er lagt til grunn av Andenæs mfl. (2016) s. 412, og Perland (1999) s. 138.

vurdering til grunn for deres disposisjon».¹²⁶ Det er med andre ord lov å ta feil. For aksjeeiernes vedkommende, innebærer dette at forkastelsen av styrets forslag må bygge på en aktsom og realistisk vurdering av om selskapet er i stand til å drives videre uten at det går på bekostning av selskapets kreditorer. Der aksjeeierne har foretatt en «uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning», vil erstatningsansvar trolig være nærliggende.¹²⁷

Konklusjonen blir følgelig at dersom generalforsamlingen forkaster styrets forslag om oppløsning, kan de aksjeeierne som står bak vedtaket, risikere å bli ilagt erstatningsansvar for brudd på § 3-4 jf. § 17-1.

5.3.4 Har styret en varslingsplikt?

Hvorvidt styret plikter å varsle selskapskreditorene, er enda et interessant spørsmål som reiser seg der selskapet drives videre i strid med § 3-4 etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning.

Aksjeloven oppstiller ingen uttrykkelig varslingsplikt for styret i en slik situasjon. Spørsmålet er heller ikke drøftet i forarbeidene. I HR-2017-2375 avklarte derimot Høyesterett at selskapet har en varslingsplikt overfor kreditorene der selskapet har alvorlige økonomiske problemer. Høyesterett fastslo imidlertid at denne plikten først inntreffer ved insolvens.¹²⁸ Hvordan en slik varslingsplikt stiller seg i relasjon til §§ 3-4 og 3-5 ble ikke drøftet av Høyesterett. På bakgrunn av dette foreligger det ikke rettskildemessig grunnlag for å fastslå at styret *har* en plikt til å varsle kreditorene der selskapet drives videre med uforsvarlig lav egenkapital i henhold til §§ 3-4 og 3-5. Høyesterettsdommen har imidlertid skapt grobunn for en diskusjon om hvorvidt styret *bør* varsle kreditorene i en slik situasjon.¹²⁹

Aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 utgjør en sentral del av ledelsens økonomiske forpliktelser overfor kreditorene, og brudd på disse reglene kan forekomme uten at selskapet er insolvent. Dette innebærer at et selskap ofte er underkapitalisert i henhold til §§ 3-4 før insolvens inntreffer.¹³⁰ Formålet bak kapitalreglene i §§ 3-4 og 3-5 er nettopp å verne kreditorene mot tap, og gjøre det lettere å vinne frem med erstatningsansvar der slik tap har oppstått.¹³¹ Dersom selskapets kapitalgrunnlag først er uforsvarlig, vil kreditorene imidlertid best vernes gjennom å bli

¹²⁶ Se Rt. 1991 s. 119 på s. 127.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ HR-2017-2375-A avsnitt 41.

¹²⁹ Se Wahlen (2022) s. 49 flg.

¹³⁰ Wahlen (2022) s. 61.

¹³¹ Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 68.

varslet om selskapets økonomiske problemer.¹³² På denne måten får kreditorene mulighet til å ta stilling til hvordan de vil forholde seg til risikoen dette innebærer for dem. Hensynet til kreditorvern, som bestemmelsene i §§ 3-4 og 3-5 nettopp bygger på, taler dermed for at styret bør varsle kreditorene der selskapet drives i strid med disse bestemmelsene.

Varsel om brudd på §§ 3-4 og 3-5 kan dessuten være svært gunstig for styremedlemmer som ønsker å bli sittende etter at generalforsamlingen har forkastet dets forslag om oppløsning. Som drøftelsen i kapittel 5.3.2 viser, kan styremedlemmene i en slik situasjon risikere å bli ilagt erstatningsansvar for brudd på § 3-4 jf. § 17-1. Et varsel til selskapets kreditorer om at selskapet drives med uforsvarlig lavt kapitalgrunnlag, kan derimot virke erstatningsmessig reparerende. Dersom kreditor varsles om selskapets økonomiske problemer, kan styret vanskelig bli erstatningsansvarlig dersom kreditor senere skulle påføres et tap som følge av den økonomiske situasjonen de allerede har blitt varslet om.¹³³ Der kreditor har blitt varslet uten å foreta seg noe, vil vedkommende anses for å ha godtatt risikoen situasjonen medfører for ham.

At et varsel vil kunne virke erstatningsmessig reparerende, underbygges dessuten av LB-2008-704. Et avgjørende moment mot at styrelederen hadde opptrådt uaktsomt ved å ikke begjære oppbud på et tidligere tidspunkt, var nettopp at ledelsen hadde holdt banken og øvrige store kreditorer løpende orientert om den økonomiske utviklingen i selskapet. En varslingsplikt vil altså ikke bare bidra til en mer effektiv kreditorbeskyttelse, men vil også være til stor fordel for styremedlemmer som ønsker å fortsette i vervet. Dette taler ytterligere for at styret burde varsle kreditorene ved brudd på §§ 3-4 og 3-5.

Et motargument for en slik varslingsplikt kan derimot være at det er forbundet en viss risiko ved aksjeselskapsformen, noe den som påtar seg en kreditorrolle nettopp er klar over. Tross ansvarsbegrensningen må kreditor likevel kunne forvente at selskapet er lovlig kapitalisert i henhold til § 3-4. Dette underbygges særlig av HR-2016-1440-A, der flertallet gir uttrykk for at det skal sterke holdepunkter til for at kreditor kan sies å ha godtatt at et aksjeselskap drives i strid med §§ 3-4 og 3-5.¹³⁴ Videre uttaler førstvoterende i saken at han finner det «lite trolig» at kreditor ville «unnlatt å kreve bankgaranti eller foreta seg andre ting dersom han var gjort kjent med situasjonen og selskapets kapitalbase».¹³⁵ Førstvoterende synes her å gi uttrykk for

¹³² Wahlen (2022) s. 61.

¹³³ Ibid. s. 53.

¹³⁴ HR-2016-1440-A avsnitt 70.

¹³⁵ Ibid.

at kreditor i saken burde ha blitt varslet om de økonomiske problemene. Dommen har på bakgrunn av dette blitt tatt til inntekt for at det bør inntre en varslingsplikt ved brudd på aksjeloven §§ 3-4 og 3-5.¹³⁶

Selv om gode grunner taler for at styret *bør* varsle kreditor ved brudd på §§ 3-4 og 3-5, foreligger det ikke rettskildemessig grunnlag for å pålegge styret en slik varslingsplikt etter gjeldende rett. På grunn av risikoen for erstatningsansvar, bør styremedlemmer som ønsker å bli sittende etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning, likevel absolutt vurdere å varsle kreditorene om selskapets økonomiske situasjon.

5.3.5 Øvrige konsekvenser

For sammenhengens skyld kan det nevnes at fortsatt drift i strid med § 3-4 etter omstendighetene også kan utløse straffansvar for «medlem av styret» etter aksjeloven § 19-1. Også aksjeeiere risikere straffansvar etter § 19-1 i en slik situasjon, men kun dersom vedkommende også er «stifter» av selskapet.¹³⁷ Straffansvar er betinget av at det foreligger en forsettlig eller uaktsom overtredelse, jf. § 19-1 første ledd. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens rammer å gå nærmere inn på omfanget av et slikt eventuelt straffansvar.

Fortsatt drift etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning, kan dessuten medføre at styrets plikt til å begjære oppbud etter § 6-18 inntre. Handleplikten inntre imidlertid på et tidligere stadium enn plikten til å begjære oppbud.¹³⁸ Det er dermed ikke slik at styret umiddelbart plikter å begjære oppbud der det ikke får medhold i sine forslag etter § 3-5. Forverres selskapets økonomiske situasjon etter at generalforsamlingen har forkastet styrets forslag, kan det imidlertid tenkes at styret plikter å begjære oppbud etter § 6-18. Overtredelse av denne plikten kan både medføre erstatningsansvar etter § 17-1, og straffeansvar etter straffeloven § 407.

¹³⁶ Wahlen (2022) s. 58.

¹³⁷ Andenæs mfl. (2016) s. 412.

¹³⁸ Se kapittel 4.4.2.

6. Avsluttende betraktninger

Som vi har sett, oppstiller aksjeloven § 3-5 en rekke ulike plikter for styret der selskapets kapitalgrunnlag er uforsvarlig i henhold til § 3-4. Oppgaven har blant annet vist at styret har en omfattende plikt til å foreslå tiltak for å rette opp i selskapets økonomi, og der dette ikke er mulig, en plikt til å foreslå selskapet oppløst. Bestemmelsen oppstiller derimot ingen ytterligere plikter for styret der det har fremmet forslag om tiltak og oppløsning, uten å få medhold av generalforsamlingen.

Med mindre den økonomiske situasjonen forverrer seg dithen at styrets plikt til å begjære oppbud etter § 6-18 inntreffer, har oppgaven avdekket at det ikke gjelder noen øvrige plikter for styret etter generalforsamlingen har forkastet styrets forslag om oppløsning. Som vi har sett i kapittel 5.3, kan passivitet i en slik situasjon likevel medføre ansvar for det enkelte styremedlem. For å gå klar av ansvar bør styremedlemmene enten fratse sitt verv eller varsle selskapskreditorene om selskapets økonomiske situasjon. Oppsummert kan man derfor si at aksjeloven § 3-5 i stor grad suppleres av reglene om styreansvar.

Det er imidlertid ikke bare risikoen for erstatningsansvar som taler for en slik løsning. Styrets ansvar for forsvarlig forvaltning og hensynet til kreditor taler også sterkt for at styret burde benytte seg av de nevnte handlingsalternativene der det ikke får medhold i noen av forslagene sine etter aksjeloven § 3-5. Inntil lovgiver eller Høyesterett kommer på banen, er det etter gjeldende rett likevel opp til det enkelte styremedlem selv å avgjøre hva vedkommende anser som forsvarlig å foreta seg i en slik situasjon.

Kildeliste

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v.

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Lov 16. desember 2011 nr. 63 om endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.)

Lov 14. juni 2013 nr. 40 om endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)

Lovforarbeider:

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

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

Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) Om lov om endringer i lov 4 juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m.v (EØS-tilpasning)

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

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

Prop. 148 L (2010-2011) Endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.)

Prop. 111 L (2012–2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger)

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

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1996 s. 672

Rt. 2001 s. 851

Rt. 2003 s. 713

Rt. 2013 s. 769

HR-2016-1440-A

HR-2017-2375-A

Underrettspraksis

LA-2007-37537

RG-2007-1625

LB-2008-704

LE-2009-97686

TBERG-2015-69325

LG-2019-5288

Litteratur:

Aarbakke, Magnus, Aarbakke, Asle, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone og Skåre, Jan, *Aksjeloven og allmennaksjeloven: lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper: lovkommentar*, 5. utg., Universitetsforlaget 2023.

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

Andenæs, Mads Henry, Andenæs, Ole, Berge, Stig og Christoffersen, Margrethe Buskerud, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utg. ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen, Mads Henry Andenæs 2016.

Bråthen, Tore, *Norsk lovkommentar: Aksjeloven*, note 278, Rettsdata.no (lest 3. april 2024).

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 7. utg., Fagbokforlaget 2022.

Bråthen, Tore, *Styremedlem og aksjonær*, 2. utg., Fagbokforlaget 2009.

Bråthen, Tore, «De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper» *Lov og Rett*, (1997) vol. 36, utg. 9, s. 515-561. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3061-1997-09-02>

Dahlum, Andrea, *styreansvar i praksis*, Fagbokforlaget 2021.

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan Erik, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001.

Løvdal, Elin Mack, «Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5» *Tidsskrift for forretningsjus*, (2003) Vol. 9, utg. 4, s. 472-569. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN0809-9510-2003-04-05#sec-4>

Meyer-Myklestad, Johannes, «Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper» *Jussens venner*, (2017) vol. 52, utg. 1, s. 45-66. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/issn.1504-3126-2017-01-02#body-ref-AFN6>

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.

Perland, Olav Fr., «Styreansvar etter de nye aksjelovene – har ansvaret blitt skjerpet?» *Tidsskrift for forretningsjus*, (1999) vol. 5, utg. 2, s. 125-159. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN0809-9510-1999-02-01#body-ref-AFN65>

Rødssæteren, Kåre og Gøbel, Anders, «Revisjon av forutsetningen om fortsatt drift» *Praktisk økonomi og finans*, (2010) vol. 25, utg. 4, s. 13-25. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-2871-2009-04-03>

Schwenke, Kristine Alteren, *Styreleders plikter og erstatningsansvar i aksje- og allmennaksjeselskap*, Gyldendal 2003.

Veum, Harry A. og Kristiansen, Vegard, «Hybridfinansiering av aksjeselskaper – Høyesteretts dom i «banksakene», jf. Rt. 2001 s. 851» *Skatterett*, (2002) vol. 21, utg. 2, s. 115-147. Hentet fra <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-310X-2002-02-02>

Wahlen, Henning Rosenlund, «Ledelsens varslingsplikt grunnet selskapets økonomiske vansker» *Nordisk tidsskrift for Selskapsret*, 2022, s. 49-62.

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 7. utg., Gyldendal 2021.