

Styrets balansering av selskapsinteressen mot kreditorinteressen når aksjeselskapet har økonomiske problemer

Kandidatnummer:

124

Antall ord:

14054



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstillingen.....	4
1.2 Utgangspunkter for balansering av interessene	5
1.3 Selskapsinteressen	6
1.4 Aksjeloven § 17-1.....	8
1.5 Erstatningsansvar for underfinansiering av aksjeselskaper	9
1.6 Veien videre.....	10
2 Styrets plikt til å skaffe seg kunnskap om selskapets økonomiske situasjon.....	11
2.1 Innledning	11
2.2 Krav om forsvarlig forvaltning av selskapet	11
2.3 Nødvendig kunnskap for å ivareta selskapets og kreditors interesser	12
3 Styrets handlingsrom.....	16
3.1 Innledning.....	16
3.2 Rom for feilvurderinger.....	16
3.3 Handlingsrommets grenser	18
3.3.1 Innledning.....	18
3.3.2 Urealistisk håp.....	18
3.3.3 Grensen mellom optimisme basert i konkrete forhold og generell optimisme ..	20
3.3.4 En glidende overgang.....	27
3.3.5 Avgrensning i tid.....	28
4 Styrets adgang til å holde tilbake informasjon overfor kreditorer og medkontrahenter ..	31
4.1 Innledning	31
4.2 Styrets erstatningsbetingende tilsidesettelse av hensynet til kreditor.....	31
4.3 Rettsavklaring som følge av Blålid-dommen	36
5 Betydningen av kreditors kunnskap for styrets balansering av interessene	38
5.1 Innledning	38
5.2 Risikoen for egne forutsetninger	38
5.3 Betydningen av culpanormens relativitet for balanseringen av interessene	41
5.4 Forflytning av ansvaret for kreditorinteressen.....	42
5.4.1 Innledning.....	42

5.4.2	Selskapets regnskaper	42
5.4.3	Hva slags kreditt som ytes.....	43
5.4.4	Forhold ved den enkelte kreditor	44
5.4.5	Andre konkrete omstendigheter der kreditor aksepterer risikoen	44
6	Oppsummerende råd til styret	46
	Kilderegister	48

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 6-1 krever at ethvert aksjeselskap skal ha et styre. Det er viktig at den som innehar eller planlegger å påta seg et slikt verv kjenner til de risikoene dette innebærer. Som styremedlem skal du først og fremst fremme selskapets interesser, men etter aksjeloven § 17-1 risikerer du å bli personlig erstatningsansvarlig dersom du neglisjerer andre interesser du er pliktig å ivareta. Denne balansegangen kan være vanskelig, særlig dersom økonomien i selskapet er svak, og konsekvensene av valgene dine er usikre.

Styremedlemmer havner lett i skvis når selskapet får økonomiske problemer. Hensynet til kreditorene kan tilsi at styret melder oppbud og avverger ytterligere tap, mens hensynet til selskapet, aksjonærene, ansatte mv. (selskapsinteressen) kan tilsi at styret må jobbe for en løsning som snur utviklingen og sikrer selskapets videre drift.

Avveiningen av disse interessene reiser flere spørsmål. Skal styret annonsere selskapets økonomiske problemer, og dermed risikere at leverandører tilbakeholder betaling eller påberoper seg feil og mangler for å sikre sine interesser, slik at situasjonen forverres ytterligere? Eller skal styremedlemmene jobbe i det stille for å snu utviklingen i selskapet med et potensielt personlig erstatningsansvar hengende over seg?

For ytterligere å komplisere situasjonen er det ikke alltid lett for styret å identifisere hvilke situasjoner som eksponerer styremedlemmene for personlig ansvar. I løpet av de siste årene har det blitt en betydelig økning i antall saker knyttet til styreansvar.¹ Årsaken til dette er antakelig sammensatt. Økningen kan skyldes at aksjeloven har gjort det lettere å ansvarliggjøre styremedlemmer, eller det kan ha bakgrunn i at forventningene til styremedlemmers profesjonalitet har økt. En annen mulig årsak er at selskapskreditorer og andre i større grad enn tidligere søker tapet sitt dekket hos styremedlemmer, samt at

¹ Olav Fr. Perland, "Styremedlemmers erstatningsansvar", *Praktisk økonomi & finans*, 02/2013 s. 21-32 (s. 21-22).

kreditorene hyppigere har lidt tap som følge av økonomiske nedgangstider.² Utbredelsen av styreansvarsforsikringer har i tillegg gjort det lettere for kreditorene å få dekket kravene sine.³

Uavhengig av hva som er årsaken(e) til økningen i antall saker er risikoen for styreansvar i dag høyst reell. Denne oppgaven skal undersøke styrets rettslige plikt til å balansere selskapets interesse i å snu en negativ utvikling i et selskap med økonomiske problemer mot kreditorenes interesse i å få dekning for sine krav. Styrets uforsvarlige balansering av disse interessene kan resultere i erstatningsansvar. Ledelsens plikter må derfor sees i lys av erstatningsbestemmelsen i aksjeloven § 17-1. Dette har betydning for den metodiske tilnærmingen i oppgaven. Lovteksten er utformet som en rettslig standard og er en presisering av den alminnelige culpanormen.⁴ En lovtekst uten et entydig innhold medfører at verken lov eller forarbeider er spesielt godt egnet til å besvare problemstillingen. Rettslige standarder kan utvikle seg over tid og den eneste måten å holde følge med utviklingen på er å studere rettspraksis. Videre er den alminnelige culpanormen utviklet gjennom rettspraksis, og lovgiver har i aksjelovgivningens i stor grad overlatt ansvaret for hva som i forskjellige sammenhenger er forsvarlig til domstolene.⁵ På grunn av lovtekstens utforming og uttalelsene i forarbeidene om at utviklingen er overlatt til domstolene blir derfor rettspraksis en spesielt relevant rettskilde. I nyere tid har Høyesterett tatt stilling til styrets balansering av selskapsinteressen og kreditorinteressen i et aksjeselskap med økonomiske problemer i særlig to tilfeller – Rt. 1991 s. 119 (Normount) og HR-2016-1440-A (Håheller). Disse dommene vil derfor være helt sentrale rettskilder for å besvare problemstillingen. For delene av problemstillingen som Høyesterett ikke har berørt, vil underrettspraksis ha argumentasjonsverdi. Med det som er sagt ovenfor er det være mest hensiktsmessig å besvare problemstillingen gjennom en analyse av rettspraksis fra de siste tiår.

1.2 Utgangspunkter for balansering av interessene

² Perland, s.22

³ Magne Strandberg, Arnt Skjefstad, "Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse", *Tidsskrift for forretningsjus*, 02/2017, s. 135-166 (s.157).

⁴ NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper s. 210

⁵ Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) s. 83

Når aksjeselskaper kontraherer med andre rettssubjekter, gjelder det alminnelige formuerettslige prinsippet om at partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger. Imidlertid gjør aksjeselskapsformen det vanskelig å anvende dette prinsippet uten modifikasjoner. I aksjeloven er dette løst ved å gi selskapet en viss plikt til å ivareta kreditorinteressen, og ved å knytte erstatningsansvar til brudd på denne plikten. Grunnen til at prinsippet ikke kan anvendes direkte for et aksjeselskap er det grunnleggende aksjerettslige prinsippet om aksjeeiernes begrensede heftelse. Aksjeeierne kan i utgangspunktet ikke bli ansvarlig for selskapsgjelden ut over det beløpet som eierne har tegnet eller kjøpt aksjer for. Dette fremgår av aksjeloven § 1-2 første og andre ledd:

«(1) Aksjeeierne hefter ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser.

(2) Aksjeeierne plikter ikke å gjøre innskudd i selskapet eller i tilfelle i selskapets konkursbo i større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen.»

Selskapskreditorene er derfor henvist til å søke dekning for sine krav i selskapskapitalen. Aksjeselskapet har følgelig, i utgangspunktet, få økonomiske incentiver til å verne om kreditorenes interesser. Lovgiver har løst dette ved å oppstille plikter for selskapsledelsen med tilhørende erstatningsansvar der pliktene brytes. Som nevnt i aksjelovens forarbeider er denne løsningen begrunnet i ønsket om å motivere styret til å ivareta kreditors interesser:

«Ingen lovregler kan hindre at et aksjeselskap gjennom driften taper sin egenkapital. Derimot er det gjennom ansvarsregler og sanksjonsregler for ledelsen i selskapet, mulig å motivere disse til å drive selskapet forsvarlig slik at kreditorene ikke utsettes for en uakseptabel risiko for tap.»⁶

Styret får dermed et personlig incentiv i å ivareta kreditors interesser på en tilfredsstillende måte. Dette må avveies og balanseres mot pliktene styret har overfor selskapet.

1.3 Selskapsinteressen

Styret skal først og fremst fremme selskapets interesser. Hva som ligger i begrepet selskapsinteresse er imidlertid ikke entydig og innholdet må derfor klarlegges.

⁶ NOU 1992: 29 s. 38

Selskapsinteressen peker fortrinnsvis på interessen til selskapet, men den utgjør også en samlebetegnelse for flere interesser.

I HR-2018-570-A redegjør Høyesterett for selskapsinteressen i aksjeselskap. Spørsmålet i saken var om et selskap kunne kreve fradrag for et tilretteleggingshonorar til selskapets finansielle rådgiver og et termingebyr betalt til tilbyder.

«Selskapsinteressen er et mindre entydig begrep. Et selskap skal naturligvis ivareta aksjonærinteressen, men har også ansvar for de ansatte, for selskapets medkontrahenter og kreditorer, og for oppfyllelse av andre forpliktelser det måtte ha overfor omgivelsene og samfunnet for øvrig. Dermed kan det være en del av selskapsinteressen å sikre selskapets videre drift.»⁷

I denne oppgaven vil imidlertid selskapsinteressen forstås noe snevrere enn sitatet ovenfor. Nærmere bestemt slik Høyesterett definerte selskapsinteressen i HR-2017-2375-A (Blålid). Saken gjaldt erstatningsansvar for daglig leder i et aksjeselskap, og er relevant fordi daglig leder vurderes etter samme ansvarshjemmel som styret:

«Hensynet til kreditorerne kan tilsi at ledelsen kaster kortene for å avverge ytterligere tap. For aksjeeierne, ansatte, samarbeidspartnere, lokalsamfunnet og samfunnsøkonomien, vil det imidlertid kunne være om å gjøre at ledelsen kan fortsette å arbeide for å få bedriften over kneiken og sikre fortsatt drift.»⁸

Høyesterett skiller mellom samarbeidspartnere og kreditorer, selv om disse i praksis kan overlappe. Det er naturlig å forstå det slik at Høyesterett anser samarbeidspartnere som aktører som primært har langsiktig interesse i at selskapet overlever, mens kreditorer er aktører som primært har interesse i å få dekket sine krav og unngå tap. Høyesteretts definisjon av selskapsinteressen i Blålid-dommen får i større grad enn HR-2018-570-A frem at kreditorinteressen og selskapsinteressen kan stå i et motsetningsforhold. Oppgaven vil på bakgrunn av dette sondre mellom kreditorinteressen på den ene siden og selskapsinteressen bestående av aksjeeierne, ansatte, samarbeidspartnere, lokalsamfunnet og samfunnsøkonomien på den andre siden.

⁷ HR-2018-570-A avsnitt 41

⁸ HR-2017-2375-A avsnitt 37

1.4 Aksjeloven § 17-1

Det er primært aksjeloven § 17-1 som anvendes for å holde styremedlemmer erstatningsansvarlige for tap som de i utførelsen av sitt verv har påført kreditor. Det følger av bestemmelsen, som er en kodifisering av det ulovfestede culpaansvaret, at:

- «1) Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem at bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende.
- 2) Selskapet, aksjeeier eller andre kan også kreve erstatning av den som forsettlig eller uaktsomt har medvirket til skadevolding som nevnt i første ledd. Erstatning kan kreves av medvirkeren selv om skadevolderen ikke kan holdes ansvarlig fordi han eller hun ikke har utvist forsett eller uaktsomhet.»

For at erstatningsansvar skal være aktuelt må det foreligge ansvarsgrunnlag, tap og årsakssammenheng mellom den erstatningsbetingende handlingen eller unnlåtelsen og tapet. Oppgaven vil ikke problematisere hvorvidt det foreligger tap eller årsakssammenheng mellom den erstatningsbetingende handlingen eller unnlåtelsen og tapet. Det er en forutsetning for erstatningskravet at tapet rammer én eller flere konkrete kreditor(er). Tap som rammer selskapet generelt eller andre gir ikke grunnlag for erstatningskrav for en enkelt kreditor. Dette er uproblematisk i tilfellene der kreditor har et særkrav. Det vil si at styrets ansvarsbetingende handling eller unnlåtelse retter seg direkte mot kreditor, uten at det foreligger erstatningsgrunnlag overfor selskapet.⁹ Flere kreditorer kan imidlertid pådras tap som følge av den samme uaktsomme handlingen, og det vanligste er tap som har oppstått for én kreditor, også er et tap som selskapet har lidt og på den måten rammer samtlige aksjeeiere og kreditorer. Dersom det er selskapsledelsens uaktsomme handlinger som er årsaken til tapet, kan selskapet kreve tapet erstattet etter § 17-1. Konsekvensen av dette er at kreditor ikke lenger har noe særkrav mot selskapsledelsen fordi ledelsens uaktsomme handling har påført selskapet tap.¹⁰ Det er derfor viktig å skille mellom tap påført enkeltkreditor(er) som følge av selskapsledelsens uaktsomme handlinger og tap påført kreditorfellesskapet som følge av at selskapet går konkurs. I sistnevnte er kreditorfellesskapet påført et tap ved at selskapet har

⁹ Geir Woxholth, *Selskapsrett i et nøtteskall*, 3.utgave, Oslo 2018, s. 174

¹⁰ Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 5.utgave, Oslo 2014, s. 305

gått konkurs, ikke som en direkte følge av selskapsledelsens uaktsomme handlinger. Når selskapet går konkurs kan det oppstå spørsmål om konkursboet fremmer selskapets eller kreditorenes krav. Som selskapets rettsetterfølger kan konkursboet kun fremme selskapets krav. Spørsmålet ble først diskutert i Rt. 1992 s. 987 (Stiansen), før Høyesterett la til grunn en annen oppfatning i Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes) som gir uttrykk for dagens rettstilstand. Det følger av Ytternes-dommen at dersom ansvarsgrunnlaget er knyttet til selskapet og erstatningen skal inngå i boet til fordeling blant kreditorene etter konkurs- og dekningslovens regler, er det selskapets krav.

Opgaven vil drøfte tilfellene hvor kreditor har lidt tap som følge av at styret (u)aktsomt har underfinansiert selskapet.

1.5 Erstatningsansvar for underfinansiering av aksjeselskaper

Dersom styret skal holdes ansvarlig for å ha påført enkeltkreditor(er) tap som følge av underfinansiering av selskapet, vil det som regel bedømmes på grunnlag av styrets plikt til å sørge for at selskapet til enhver tid skal ha forsvarlig egenkapital etter aksjeloven § 3-4 og plikten til å gjøre tiltak når kapitalen går under forsvarlig nivå etter aksjeloven § 3-5. Pliktene er innført for å verne kreditors interesse i å ha et søkegodt dekningsgrunnlag. Etter forarbeidene til aksjeloven skal § 3-4 «sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene»¹¹, og brudd på normen vil derfor være fremtredende i en ansvarsvurdering. Det er likevel slik at dersom styret skal holdes ansvarlig for underfinansiering:

«må egenkapitalen rent faktisk være uforsvarlig lav, og i tillegg må ledelsens vurdering av situasjonen anses uaktsom. De usikkerhetsfaktorer som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om kapitalen er forsvarlig, tilsier at ledelsen får et visst spillerom og at ansvar bare fastsettes i noe grovere tilfeller.»¹²

Når erstatningsansvar er forbeholdt «noe grovere tilfeller», er det utslag av en avveining av hensynet til kreditorinteressen mot hensynet til skadevolder. Det var blant annet det høye antall konkurser i aksjeselskaper med lav dekningsgrad for kreditorene som fikk lovgiver til å

¹¹ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68

¹² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 51

etablere regler for å bedre kreditorenes stilling og skjerpe styrets plikter.¹³ Terskelen for ansvar må på den ene siden være lav nok til at styret oppfyller pliktene sine og på den måten verner kreditorinteressen. På den andre siden kan ikke styreansvaret være så strengt at det hindrer kompetente kandidater å påta seg styreverv, og hindrer styret i å foreta handlinger som potensielt kan redde selskapet.

1.6 Veien videre

Når det skal tas stilling til hvordan styret i et selskap med svak økonomi skal balansere selskapsinteressen på den ene siden mot kreditorinteressen på den andre siden, er det først nødvendig å redegjøre for omfanget av styrets plikt til å skaffe seg kunnskap om selskapets økonomiske situasjon. Med dette som bakgrunn er det naturlig å se på hvilket handlingsrom styret har til å foreta forretningsmessige beslutninger og ivareta selskapsinteressen basert på den kunnskapen styret og selskapet plikter å inneha. Det tredje oppgaven skal undersøke er i hvilken grad styret har mulighet til å holde tilbake informasjon om selskapets økonomiske situasjon overfor kreditorer. Det er imidlertid ikke bare styrets kunnskap som er av betydning for ansvarsgrunnlaget – også kreditors kunnskap vil virke inn på vurderingen. Derfor skal det undersøkes hvordan kreditors kunnskap om selskapets økonomiske situasjon påvirker styrets balansering av interessene.

¹³ NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper s. 37

2 Styrets plikt til å skaffe seg kunnskap om selskapets økonomiske situasjon

2.1 Innledning

Aksjeloven § 2-2 andre ledd forutsetter at selskaper skal ha gevinst for aksjonærene som sitt formål, dersom annet ikke blir fastsatt i vedtektene. Det forutsettes i det videre at det ikke er avtalt noe annet formål. I aksjeloven er det styret som er tillagt ansvaret for forvaltningen av selskapet, jf. aksjeloven § 6-12, og gjennom dette forvaltningsansvaret har styret plikt til å ivareta aksjonærenes interesser i gevinstmaksimering. Selskapsinteressen – i første rekke interessen til aksjonærene – er derfor den primære interessen styret skal fremme ved utøvelsen av sitt verv.

2.2 Krav om forsvarlig forvaltning av selskapet

Kravene til forsvarlig forvaltning av selskapet er tydelig definert i aksjeloven, og styrets viktigste plikter når det gjelder forvaltningen av virksomheten fremgår av § 6-12.¹⁴ Det følger av bestemmelsens første og tredje ledd at:

«(1) Forvaltningen av selskapet hører under styret. Styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten.»

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

Å forvalte et selskap innebærer en plikt til å forstå hvordan man skal lede selskapet og dets virksomhet. Det gjelder et ulovfestet krav om at forvaltningen av virksomheten må være forsvarlig.¹⁵ Dette kan for så vidt også sluttet fra aksjeloven § 17-1 som vil aktualiseres i tilfellene hvor uforsvarlig drift av virksomheten har resultert i tap. Plikten til forsvarlig forvaltning er gjeldende for alle aspekter ved utføringen av styrevervet. For å være i stand til å

¹⁴ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 136

¹⁵ Perland, s. 24–25

ivareta selskapets (og kreditorenes) interesser, må styret ha tilstrekkelig kunnskap om virksomhetens økonomiske situasjon. Dette er konkretisert i bestemmelsens tredje ledd som pålegger styret å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og etablere gode rutiner for å oppnå dette.

Det følger av forarbeidene at omfanget av plikten til å orientere seg, kan variere etter omstendighetene. Her trekkes det særlig frem at kravene til styret i en økonomisk vanskelig situasjon kan være helt andre enn i en situasjon der økonomien i selskapet blomstrer.¹⁶ Det indikerer i sin tur at de kravene som stilles til styret for å ivareta selskapsinteressen, etter omstendighetene ikke er de samme kravene som stilles for å ivareta kreditorinteressen. Det betyr at styret plikter å tilegne seg informasjon som kan ivareta de ulike interessene og at plikten må avpasses etter hvor utsatt en interesse er. Kreditorinteressen er særlig utsatt når egenkapitalen i selskapet reduseres fordi kreditors dekningsgrunnlag blir svekket. Derfor er det nær sammenheng mellom aksjeloven § 6-12 tredje ledd og aksjeloven § 3-5. Sistnevnte bestemmelse regulerer situasjonen der egenkapitalen i selskapet antas å være lavere enn forsvarlig og pålegger styret handleplikter for å gjenopprette egenkapitalen til forsvarlig nivå. Bestemmelsen innebærer at styret må vurdere situasjonen, samt foreslå og iverksette tiltak som kan bidra til å snu utviklingen i selskapet.¹⁷ Styrets ansvar skjerpes og presiseres gjennom aksjeloven § 3-5 når økonomien i selskapet er utsatt og ikke lenger befinner seg i en normalsituasjon.

2.3 Nødvendig kunnskap for å ivareta selskapets og kreditors interesser

Hvis vi ser for oss en situasjon der det hersker totalt kaos i et aksjeselskap. Ledelsen har mistet oversikten over selskapets økonomiske situasjon. Spørsmålet blir da hvordan ledelsen i et slikt scenario kan vite om deres handlinger og unnlater bidrar til å fremme selskapsinteressen, eller om disse utgjør et sjansespill med kreditorenes interesser.

I Blålid-dommen var det nettopp manglende kunnskap om den økonomiske situasjonen i selskapet som førte til at daglig leder ble holdt personlig erstatningsansvarlig. Et aksjeselskap

¹⁶ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 137

¹⁷ Magnus Aarbakke mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 4.utgave, Oslo 2017. Hentet fra kommentarutgaver.no under aksjeloven § 3-5, punkt 1.3 (mai 2018)

hadde mottatt varer og tjenester fra en underleverandør på kreditt frem til selskapet gikk konkurs. Høyesterett la avgjørende vekt på at daglig leder ikke hadde oppfylt sin plikt etter aksjeloven § 6-14 til å sikre tilfredsstillende regnskaps- og rapporteringsrutiner. En enstemmig Høyesterett uttaler at:

«As forsømmelser av sine plikter som daglig leder i så måte, satte i neste omgang ham og den øvrige ledelsen ut av stand til å forvalte selskapets interesser på en forsvarlig måte, og gjorde det i realiteten umulig for dem å ivareta hensynet til selskapets kreditorer i forbindelse med [Firma1]s insolvens. Jeg finner det riktig at As forsømmelser møtes med personlig ansvar etter aksjeloven § 17-1.»¹⁸

At saken omhandlet daglig leders ansvar, og ikke styremedlemmers ansvar, er av underordnet betydning fordi daglig leder er underlagt styrets myndighet, jf. aksjeloven § 6-15, og ansvarshjemmelen er den samme for daglig leder som for styret. Dommen uttaler seg generelt om forvaltningsansvaret av selskapet som styret har hovedansvar for, jf. aksjeloven § 6-12 første ledd. Uttalelsene i dommen har derfor betydning for styreansvar.

Når styret setter seg selv i en posisjon der det ikke er i stand til ivareta verken selskapets eller kreditorenes interesser, er det naturlig at dette også påvirker styrets mulighet til å ivareta andre plikter. Plikten til å holde seg orientert om selskapets økonomi henger derfor tett sammen med plikten til å sørge for at selskapet til enhver tid har forsvarlig egenkapital etter aksjeloven § 3-4 og faren for personlig ansvar. For å sette styret i en posisjon der de er i stand til å ivareta plikten etter aksjeloven § 3-4 og § 3-5, må styret ha tilstrekkelig informasjon om selskapets økonomi.

Hvor langt styret må gå for å skaffe seg nødvendig informasjon om selskapets økonomiske stilling er situasjonsbetinget. En dom fra Gulating lagmannsrett, publisert i RG 2007 s. 1625, er illustrerende. Her hadde et selskap drevet med store underskudd og tapt aksjekapital frem til konkurs ble åpnet. Styret ble holdt personlig ansvarlig overfor boet for tapene som boet ble påført ved å ikke begjære oppbud på et tidligere tidspunkt. Styremedlemmene anførte at de ikke hadde klart å skaffe seg oversikt over selskapets økonomi fordi økonomiansvarlig ikke hadde lagt frem regnskapsmateriale på en måte som styremedlemmene forsto.

Lagmannsretten avviste anførselen og pekte på at det ikke var tilstrekkelig for å fri seg fra ansvar å forsøke å ta opp problemet med økonomiansvarlig, sett i lys av selskapets

¹⁸ HR-2017-2375-A avsnitt 44

bekymringsfulle utvikling. I stedet burde styremedlemmene selv funnet de nødvendige regnskapstallene eller fått det gjort på en annen måte. Avvisning av styrets unnskyldningsgrunn i et slikt tilfelle indikerer at det er en streng norm og tilsier at manglende oversikt over selskapets økonomiske situasjon som regel vil være uaktsom opptreden av styret. Det hører derfor til sjeldenhetene at styret kan fri seg fra ansvar på grunn av manglende oversikt over selskapets økonomiske situasjon, og kun vil være aktuelt der styret blir lurt eller lignende. Et eksempel på dette er at regnskapsmedarbeiderne forfalsker regnskapene og styret ikke har noen grunn til å ikke stole på at regnskapene representerer de reelle forholdene.

Dommen viser også at kravene til styrets aktsomme overvåkning av selskapets økonomiske situasjon skjerpes når selskapet går dårlig i form av at det stilles krav til at styret skaffer mer presis informasjon.

Et skjerpet krav til aktsom opptreden kan også innebære at styret må møtes hyppigere for å vurdere den økonomiske situasjonen i selskapet.¹⁹ I en styreansvarssak fra Bergen tingrett tok retten utgangspunkt i at styret bør kartlegge selskapets økonomi, finne årsakene til de økonomiske problemene, vurdere fremtidsutsiktene og legge en strategi for å få hevet egenkapitalen til forsvarlig nivå når selskapet er i en økonomisk utfordrende situasjon.²⁰ Styret i selskapet ble erstatningsansvarlige for kreditors tap som følge av at styret ikke hadde ivaretatt plikten til å sørge for at egenkapitalen i selskapet var forsvarlig etter aksjeloven § 3-4 eller overholdt handlepliktene etter aksjeloven § 3-5. For å opptre aktsomt og gjennomføre disse tiltakene er styret avhengig av presis informasjon om selskapets tilstand i sanntid. I en økonomisk vanskelig situasjon vil styrets plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomi bli omfattende fordi aktsomhetskravet til presis og oppdatert informasjon skjerpes.

At styret eller det enkelte styremedlem ikke er i stand til å sette seg inn i selskapets økonomiske situasjon på grunn av utilstrekkelige kvalifikasjoner eller andre individuelle forhold er sjelden noen ansvarsfritaksgrunn. Dette er i samsvar med utgangspunktet om at culpanormen skal være objektiv og at vurderingen skal knyttes til den rolle vedkommende opptre i.²¹ Dersom styremedlemmet vet at han ikke er i stand til utføre det som kreves av

¹⁹ Elin Mack Løvdal, "Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5", *Tidsskrift for forretningsjus*, 04/2003, s. 472-569 hentet fra idunn.no under kapittelet "handlepliktene etter asl/asal § 3-5", punkt 2

²⁰ Bergen tingrett 24. januar 2017 15-069325TVI-BERG/01 under punkt 6.2.3.

²¹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6.utgave, Oslo 2009 s. 155.

ham bør han trekke seg eller søke kvalifisert hjelp. Som dommen fra Gulating lagmannsrett – publisert i RG 2007 s.1625 – viser hviler ansvaret for forvaltningen av virksomheten på den som påtar seg vervet. Det skal derfor mye til for at det foreligger relevante unnskyldningsgrunner.²² Selv om det kan tenkes unntakstilfeller vil disse sjelden kunne gjøres gjeldende overfor kreditor og tredjemann.²³ Det kan begrunnes med at culpanormen også er relativ.²⁴ Med det menes at en handling kan være uaktsom overfor noen, mens den samme handlingen er forsvarlig overfor andre. Imidlertid kan styremedlemmets særlige kvalifikasjoner etter omstendighetene skjerpe ansvaret, slik særlige omstendigheter også kan skjerpe vurderingen etter den alminnelige culpanormen på andre områder. Synspunktet har støtte i rettspraksis, jf. blant annet Rt. 1926 s. 471, Rt. 1930 s. 533 og Rt. 1975 s. 198. Kunnskap forplikter og vil inngå i vurderingen av hva styremedlemmet kunne og burde gjort i en gitt situasjon.

²² Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, Oslo 1994, s. 221.

²³ Aarum, s. 225

²⁴ Lødrup, s. 157

3 Styrets handlingsrom

3.1 Innledning

I en ideell verden kan man se for seg at styret har full innsikt om selskapets økonomi og utsikter, og at alle aktører i markedet handler rasjonelt. I en slik verden vil balanseringen av selskapsinteressen og kreditorinteressen sjeldent komme på spissen fordi styret vil være i stand til å se når videre drift av virksomheten er håpløs og vil begjære oppbud før kreditors interesser blir utsatt for uforsvarlig risiko. Motsatt vil kreditors interesser reelt sett ikke bli utsatt for fare dersom styret beslutter videre drift, fordi styret med rimelig visshet vet at selskapet er i stand i snu utviklingen i selskapet.

En slik idealverden eksisterer imidlertid ikke. Mennesker fatter i alle livets faser valg som ikke er basert verken på full innsikt om situasjonen eller rasjonalitet, og et krav om dette vil være uholdbart. Culpanormen er imidlertid utformet slik at man må gjøre det som etter omstendighetene kreves for å nærme seg denne idealverdenen. Når ledelsen i et selskap fatter forretningsmessige beslutninger gjøres dette uten kjennskap til fremtiden. Usikkerhet knyttet til hvordan fremtidige hendelser utspiller seg vil alltid representere en risiko. Det betyr at vi må akseptere at feil begås. Styremedlemmene er derfor ikke pålagt et objektivt ansvar, men det kreves at man opptrer så aktsomt som situasjonen krever for å forhindre at kreditorvernet blir illusorisk. Når det gjelder feilvurderinger er det derfor naturlig å snakke om styrets handlingsrom.

3.2 Rom for feilvurderinger

For å avgjøre hvor stort rom styret har for feilvurderinger, er særlig Høyesteretts dom i Rt. 1991 s. 119 (Normount) relevant. Saken gjaldt et befrakterselskap som hadde mottatt varer og tjenester på kreditt fra en leverandør, men var ikke i stand til å gjøre opp for seg.

Leverandøren hadde sjøpanterett i skipet befrakterselskapet brukte, og tok arrest i dette. Rederiet som eide skipet måtte innfri kravene fra leverandøren for å få frigitt skipet, og krevde tapet som følge av frigivelsen, erstattet av befrakterselskapets styre. Spørsmålet for Høyesterett var om styret i befrakterselskapet skulle ha forhindre at selskapet pådro seg forpliktelser som det ikke var i stand til å oppfylle, fordi økonomien i selskapet var så dårlig.

Erstatningskravet ble avvist av en enstemmig, og Høyesterett henviser til den danske teoretikeren Gomard i sin begrunnelse:

«En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet frifundet, også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk.»²⁵

Sitatet viser at Høyesterett tilkjenner virksomhetens ledelse et ganske vidt handlingsrom i en økonomisk krise. For å kunne påberope seg dette handlingsrommet forutsetter imidlertid Høyesterett at selskapet og dets tillitsmenn, gjennom sine disposisjoner, har som formål å unngå betalingsstans og konkurs. I dette formålskravet må det også være et krav til styret om kunnskap om den økonomiske situasjonen.

Dommen fra Gulating lagmannsrett – inntatt i RG 2007 s.1625 – illustrerer sammenhengen mellom styrets handlingsrom til å redde selskapet og kunnskapen som kreves for å kunne påberope seg dette handlingsrommet:

«Vel er det så at et styre må ha god margin for feilvurderinger når det gjelder muligheten for å snu en negativ utvikling, og at de innskudd som ble gjort i sluttfasen og som har ført til store tap for aksjonærene, viser at de selv hadde tro på at selskapet kunne reddes. Lagmannsretten er også innforstått med at det må ha veid tungt for de som var involvert i driften at det var tale om å redde arbeidsplasser i et lite lokalsamfunn. Slik lagmannsretten ser det, er det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere annerledes enn at styrets vurderinger når det gjaldt muligheten for fortsatt drift, lå godt utenfor det som kunne forsvares, og de valg som ble foretatt, kan ikke forklares på annen måte enn ved at styret manglet den oversikt over selskapets økonomi og likviditet som det skulle ha hatt.»

Uttalelsen viser at det er nær sammenheng mellom styrets rom for feilvurderinger og styrets plikt til å skaffe seg kunnskap fordi det er kunnskapen som setter styret i posisjon til å ivareta selskapsinteressen. Som lagmannsretten påpeker vil et selskap med tilstrekkelig kunnskap ha god margin for feilvurderinger når det gjelder muligheten for å snu en negativ utvikling. Å gi

²⁵ Rt. 1991 s.119 s. 127

styret et handlingsrom for feilvurderinger må sees i lys av at virksomhetsutøvelse naturlig nok medfører økonomiske risikoer som en ikke vet hvordan vil utspille seg.²⁶

Selv når styret har den nødvendige kunnskapen kan det ofte stå i en situasjon som ikke gir én riktig løsning. Som saken over viser kan flere hensyn som ikke lar seg kombinere måtte avveies mot hverandre. Å kreve erstatning for det som i ettertid viser seg å være en feilvurdering vil derfor fort fremstå som lite rettferdig fordi styrets handlinger eller unnlatelser må vurderes ut fra kunnskapen det hadde på tidspunktet, og denne kan bare suppleres med kunnskap som styret burde hatt. Dersom det viser seg senere at beslutningen slo feil, er ikke dette noe styret kan klandres for. Grensene for det vide handlingsrommet må i det videre undersøkes nærmere.

3.3 Handlingsrommets grenser

3.3.1 Innledning

Selv et vidt handlingsrom har sine naturlige begrensninger. Høyesteretts uttalelser fra Normount-dommen bidrar til å avklare hvor grensene går for aktsom opptreden. Høyesterett uttalte i dommen at det må aksepteres at styremedlemmene kan fatte forretningsbeslutninger ut fra «en noe høy grad av optimisme»,²⁷ såfremt det kan sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for disposisjonen. Spørsmålene i det videre blir hva som ligger i dette, og hvilke begrensninger det setter for en selskapsledelse som ønsker å snu utviklingen under en økonomisk krise.

3.3.2 Urealistisk håp

Å handle ut fra «en noe høy grad av optimisme», er en såpass vag formulering at den vanskelig kan anvendes i praksis uten at den klarlegges nærmere. Andre uttalelser i Normount-dommen kan imidlertid vise til hva som ligger i formuleringen og hva den avgrenser mot:

²⁶ Perland, s. 25

²⁷ Rt. 1991 s.119 s. 127

«I vår sak kan jeg ikke se at Høyesterett har grunnlag for å betegne som urealistisk styrets håp om at man ved befraktningen av MS “ARAO” skulles lykkes i å snu utviklingen, eller i alle fall ikke lide større tap enn Normount kunne bære. Noen uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes regning kan jeg ikke se foreligger.»²⁸

Når håpet om å snu utviklingen går over til å bli urealistisk, settes det en grense for styrets handlingsrom og for hva som utgjør aktsom opptreden. Å avgrense mot urealistisk håp, er senere fulgt opp i HR-2016-1440- A (Håheller):

«Avgjørende for vurderingen av om det foreligger underkapitalisering i vår sak er om det på tidspunktet for overdragelsen av kontrakten fra Lærdals til selskapet var grunnlag for et realistisk håp om at selskapet kunne reise den kapitalen som var nødvendig for å dekke forpliktelsene etter avtalen.»²⁹

Selv om Normount-dommen ble avsagt før dagens aksjelov ble innført, har rettssetningene gyldighet i dag. Dette kan blant annet begrunnes med at dommen er henvist til i forarbeidene³⁰ og at Høyesterett har tilsluttet seg resonnementet etter innføringen av dagens lov i Håheller-dommen.

Etter Høyesteretts syn må styret kunne stå relativt fritt for at det skal kunne foreta handlinger som kan forbedre den økonomiske situasjonen uten at styret risikerer personlig erstatningsansvar. Selv om grensen er vid er den likevel reell. I en situasjon der styret pådrar selskapet forpliktelser det ikke har noe realistisk håp om å innfri vil styret være ansvarlig for tap som følge av dette. I Rt. 2011 s. 562 var spørsmålet i saken om styreformannen i en stiftelse hadde opptrådt uaktsomt ved å opprettholde en innskuddsordning etter at økonomien i stiftelsen var svært svekket. Styreformannen ble kjent erstatningsansvarlig overfor innskyterne. Høyesterett påpekte at konsekvensene for stiftelsen var irrelevante dersom innskuddsordningen ble stoppet og innskyterne ville be om tilbakebetaling. Det viser at når stiftelsen var i en situasjon der det ikke hadde noe realistisk håp om å snu utviklingen gjorde kreditorinteressen seg så sterkt gjeldende at selskapsinteressen ikke kunne begrunne en annen

²⁸ Rt. 1991 s.119 s. 127

²⁹ HR-2016-1440- A avsnitt 49

³⁰ NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper s. 44

løsning. Selv om saken gjaldt styreformann i en stiftelse, har den også relevans i denne sammenheng fordi saken omhandler forsvarlig virksomhetsforvaltning.

For at håpet om at utviklingen skal snu skal være realistisk ligger det en forutsetning om at styret bygger på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag. Hva som utgjør forsvarlig handlemåte på beslutningstidspunktet må naturligvis avgjøres på bakgrunn av det kunnskapsgrunnlaget som var tilgjengelig for styret, og som styret plikter å kjenne til når den aktuelle beslutningen blir tatt. Å fatte beslutninger på ren magesfølelse vil ikke være forsvarlig og det vil heller ikke være realistisk å tro at utviklingen vil snu basert på dette. Forutsetningen om at styret bygger på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag vil dermed utgjøre både en forutsetning for styrets handlingsrom og en begrensning på styrets handlingsrom fordi handlemåten blir bedømt opp mot kunnskapen styret plikter å ha. Et eksempel på dette er at styret pådrar selskapet større utgifter når styret vet at utviklingen i selskapet er forverret. Det er en forutsetning at styret vet om utviklingen i selskapet for at det skal tilkjennes handlingsrommet som kan hjelpe selskapet ut av den vanskelige situasjonen. Samtidig vil kunnskapen om situasjonen begrense styrets handlingsrom fordi kunnskapen vil avdekke at en rekke handlingsalternativer er urealistiske for å snu utviklingen i selskapet, og som da ikke kan foretas fordi disse ikke vil være forsvarlige sett i lys av aktsomhetsnormen i aksjeloven § 17-1.

En avgrensning mot urealistiske håp indikerer at styret er gitt en nokså vid adgang til å prioritere selskapsinteressen foran kreditorinteressen også i økonomisk vanskelige situasjoner der risikoen for at kreditor påføres tap er høy. En annen side av dette kravet er at styret plikter å skaffe seg og basere avgjørelser på forsvarlig kunnskapsgrunnlag. Det innebærer at alle tilfeller der selskapet tar beslutninger uten basis i et forsvarlig kunnskapsgrunnlag vil være uaktsomme, selv om disse ikke skulle materialisere seg i tap. Kravet til aktsom opptreden gir dermed styret ingen mulighet til å fri seg fra kravet om at avgjørelser skal basere seg på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag.

3.3.3 Grensen mellom optimisme basert i konkrete forhold og generell optimisme

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å avgrense mot det urealistiske. Aarum skriver at:

«Det bør gis rom for en viss optimisme, men denne må ha grunnlag i konkrete forhold. En generell optimisme hos styret er ikke tilstrekkelig.»³¹

Skillet mellom generell optimisme og optimisme basert i konkrete forhold synes åpenbar, men kan likevel reise problemer ved anvendelsen på et konkret faktum. Mennesker har ulik oppfatning av risiko og begrepet må derfor operasjonaliseres. Et eksempel er langvarige forhandlinger der siktemålet er en løsning som kan redde selskapet, men der fremgangen bremses eller stopper opp. Spørsmålet blir hvor og når grensen mellom optimisme basert på konkrete og generelle forhold skal trekkes.

I Normount-dommen var spørsmålet om styret skulle forhindre avtaleinngåelse og dermed unnlatt å pådra selskapet forpliktelser det ikke var i stand til å innfri. Høyesterett kom her frem til at styrets håp om å snu utviklingen eller ikke lide større tap enn selskapet kunne bære ved den aktuelle avtaleinngåelsen, ikke var urealistisk. I tillegg til utsiktene for overskudd og risikoen for tap i det konkrete tilfellet, la Høyesterett vekt på at selskapet hadde interessenter på tidspunktet som var villige til å stille kapital dersom det skulle bli nødvendig. Det ble videre lagt vekt på at det ble skutt inn kapital i ettertid, og Høyesterett tolket dette i retning av at interessentene fortsatt hadde tro på prosjektet.

Det er av interesse her at Høyesterett vektla selskapsinteressentene. Spesielt for saken var at flere av styremedlemmene i selskapet også hadde styreverv i selskapsinteressentene. Av dette kan man trekke ut to poenger. For det første hadde selskapsinteressentene full innsikt i selskapets økonomi og valgte likevel å støtte avtaleinngåelsen. For det andre hadde styret konkrete holdepunkter for at selskapet ville bli tilført kapital dersom risikoen skulle realisere seg. Her hadde derfor styrets optimisme basis i konkrete forhold som styret hadde kontroll over, i motsetning til en generell tro på at utviklingen ville snu.

Mens styremedlemmene i Normount-dommen ikke handlet uaktsomt overfor kreditor, ble utfallet motsatt i Håheller-dommen. Saken gjaldt erstatningsansvar etter aksjeloven § 3-4, jf. § 17-1. Rettigheter og plikter etter en leiekontrakt ble overført fra leierne til et selskap leierne hadde opprettet. Leierne hadde pådratt seg økonomiske forpliktelser i et slikt omfang at Høyesteretts flertall kom frem til at egenkapitalen i selskapet ikke var forsvarlig, og det forelå heller ingen realistisk forventning om at dette ville endre seg i overskuelig fremtid, gitt

³¹ Aarum, s. 500

forpliktelsene som selskapet pådro seg ved overføringen av leiekontrakten. Dommen ble avsagt ved skarp dissens (3-2).

Flertallets votum tar opp flere momenter som også ble tatt opp i Normount-dommen. Det mente at selskapets ledelse, som også var leierne, opptrådte uaktsomt overfor utleier ved å pådra selskapet forpliktelser det ikke var realistisk at selskapet kunne oppfylle. Mindretallet hadde en annen tilnærming til spørsmålet, og kom frem til at kreditoren hadde akseptert den konkrete risikoen for tap slik at overdragelsen ikke var uaktsom overfor ham. En anførsel flertallet for øvrig avviste. Forskjellene i flertallet og mindretallets votum vil bli nærmere diskutert nedenfor i kapittel 5.2.

I Høyesteretts vurdering av om det var et realistisk håp for selskapet å reise kapitalen som var nødvendig for å dekke forpliktelsene etter avtalen, trakk flertallet frem flere relevante momenter. I selskapets forretningsplan var budsjettet på 27 millioner kroner. Finansieringen var forutsatt å skje gjennom ulike offentlige støtteordninger med 7 millioner kroner, sponsorstøtte på 12,5 millioner kroner, egeninnsats på 2 millioner kroner og udekket/egenfinansiering med 5,3 millioner kroner.³² Kort tid etter den første budsjetteringen ble budsjettet oppjustert til 35–40 millioner kroner. Det viste seg også at det var vanskeligere å skaffe midler i tilstrekkelig omfang fra det offentlige enn først antatt og det forelå heller ikke sponsorstøtte fra konkrete aktører. Driften ble derfor i stor grad finansiert av lån fra egne familieselskaper, men det ble ikke på noe tidspunkt gitt bindende tilsagn om større lånebeløp som kunne sikre selskapets fremtid.

Førstvoterende uttalte at finansieringsplanen var lite gjennomarbeidet og for generell. Når styret bygget sin optimisme på planer som man i liten grad visste om reflekterte virkeligheten, fikk optimismen også en mer generell karakter fordi det var umulig å vite hvor realistisk planen faktisk var. Førstvoterende fortsatte i samme avsnitt:

«Forventningene om støtte fra offentlige og private kilder i et slikt omfang som forutsatt, var lite realistiske. Før Lærdals engasjerte seg i prosjektet var det riktignok gitt signaler om støtte fra offentlige myndigheter, som ønsket at gården skulle bli satt i stand før det var for seint å berge bygningene. Gården var svært verdifull

³² HR-2016-1440-A avsnitt 50

kulturhistorisk, og hadde på grunn av dette og beliggenheten ned mot Lysefjorden, ikke langt fra Prekestolen, åpenbart et potensiale som turiststed.»³³

Videre ble det pekt på at Lærdals ikke tilpasset planene som følge av signalene, men valgte å fortsette i samme spor:

«De undersøkelser som var gjort, hadde som nevnt gitt temmelig nedslående resultater. Det var derfor helt urealistisk at selskapet skulle motta støtte i den størrelsesorden som forretningsplanen budsjetterte med.»³⁴

Dette dannet grunnlag for konklusjonen til førstvoterende:

«Det går fram av det jeg har sagt så langt at Kirsti og Sjur Lærdal overdro sine forpliktelser etter kontrakten med Njål Egeland til et selskap som var uten realistiske muligheter for å kunne oppfylle avtalen. Basert på ekteparets egne estimater for hva prosjektet ville koste, og gitt de løse og hypotetiske planene for finansiering og inntektsmuligheter, var det etter min mening klart uaktsomt av Kirsti Lærdal som styreleder å pådra selskapet en slik forpliktelse. Ved dette ble også Njål Egeland påført et potensielt tap.»³⁵

Førstvoterende mente for øvrig at Kirsti Lærdal også var erstatningsansvarlig for tapet gjennom sin rolle som aksjonær. Etter flertallets syn medførte overdragelsen til aksjeselskapet misbruk av aksjeselskapsformen ved å kvitte seg med det personlige ansvaret.³⁶ At vedkommende hefter for to ulike grunnlag med ulik begrunnelse kan reise problemstillingen om grunnlagene hver for seg var tilstrekkelig for å utløse erstatningsansvar. Støtte for et slikt syn finnes i uttalelsen:

«I vurderingen av om det er grunnlag for ansvar legger jeg også en viss vekt på at avtaleoverdragelsen ikke ble foretatt i henhold til aksjelovens regler.»³⁷

³³ HR-2016-1440-A avsnitt 61

³⁴ HR-2016-1440-A avsnitt 62

³⁵ HR-2016-1440-A avsnitt 79

³⁶ HR-2016-1440-A avsnitt 80 og 81

³⁷ HR-2016-1440-A avsnitt 64

Førstvoterende konkluderte imidlertid for grunnlagene i ulike avsnitt, i tillegg til å ha en delkonklusjon i et eget avsnitt knyttet til forventningene en kunne ha til å snu utviklingen. Det tilsier at momentene som fremkommer i avsnittene sitert ovenfor var tilstrekkelige for å holde styret personlig erstatningsansvarlig på grunnlag av at det på overdragelsestidspunktet ikke var et realistisk håp om å skaffe til veie den nødvendige kapitalen for å oppfylle forpliktelsene som selskapet pådro seg.

Dommene omtalt ovenfor er avsagt med 25 års mellomrom, og utfallet ble ulikt. Det neste spørsmålet blir derfor hvilke faktiske og rettslige faktorer som kan ha spilt inn for at resultatene ble ulikt i de to sakene.

For det første kan lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) som avløste lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper fremheves. Ved innføringen av loven ble flere av styrets plikter konkretisert og presisert. En konkretisert lovfestet norm setter en klarere ramme for vurderingen, sammenlignet med en uklar ulovfestet regel som er vanskeligere for domstolene å operasjonalisere. Til forskjell fra i Normount fra 1991 kunne derfor Høyesterett i Håhellerdommen ta utgangspunkt i aksjeloven § 3-4 som stiller krav om at selskapet til enhver tid skal ha forsvarlig egenkapital ut fra risikoen ved og omfanget av selskapets virksomhet. I aksjeloven § 3-4 er det nå også inntatt et krav om at selskapets likviditet til enhver tid skal være forsvarlig.³⁸ Vilkåret er en ytterligere presisering av plikten, jf. forarbeidene³⁹, og skal etter det som er sagt ovenfor innebære en skjerpelse av styrets ansvar for å forhindre underfinansiering av selskapet.

Når egenkapitalen i selskapet faller under et forsvarlig nivå, utløses styrets handleplikter etter aksjeloven § 3-5. Styret må på dette tidspunktet foreta seg noe for å gjenopprette egenkapitalen til forsvarlig nivå og sikre videre drift av selskapet. Dersom slike tiltak ikke lar seg gjennomføre eller det ikke finnes relevante tiltak som kan snu utviklingen, skal styret foreslå selskapet oppløst, jf. aksjeloven § 3-5 andre ledd. Vurderingen av om selskapets egenkapital er forsvarlig må skje med utgangspunkt i selskapets kapitalgrunnlag og økonomiske stilling.⁴⁰ Dette innebærer at det ikke bare er egenkapitalens størrelse som er av betydning; også andre faktorer er relevante. Aarbakke bruker blant annet forholdet mellom

³⁸ Loven ble endret ved lov 14. juni 2013 nr. 40

³⁹ Prop. 111 L (2012-2013) Endringer i aksjelovgivning mv. (forenklinger) side 78

⁴⁰ NOU 1996:3 s.44

egenkapital og gjeld, gjeldens sammensetning og vilkår knyttet til selskapets forpliktelser som eksempler.⁴¹ Presiseringen gir domstolene en oppfordring til å foreta en mer nyansert vurdering av hvilke midler som kan regnes med i selskapets kapitalgrunnlag.

Nyanseringer og presiseringer i rettspraksis kan også ha virket inn på Høyesteretts vurdering. Det kan illustreres med Høyesteretts dom i Rt. 1996 s.672 (Kongeparken), hvor Høyesterett presiserte at krisehjelp ikke kunne regnes med i selskapets kapitalbase.⁴² Høyesterett tok her utgangspunkt i resonnetet fra Normount-dommen om lånene som var gitt som ansvarlig lånekapital, og uttalte at situasjonen i dette tilfellet sto seg noe annerledes. Selv om lånene ville stå tilbake for kreditors krav, var lånet gitt i en akutt likviditetskrise og bar derfor ikke preg av tilførsel til selskapets kapitalgrunnlag. Når Høyesterett valgte å skille mellom ansvarlig lånekapital og krisehjelp, synes forskjellen å være at krisehjelp gis med sikte på å løse et kortsiktig og midlertidig likviditetsbehov. Krisehjelp vil derfor ikke alene være egnet til å snu utviklingen i selskapet eller være i stand til å redde selskapet på lang sikt.

Sondringen mellom ansvarlige lån og krisehjelp ble anvendt av flertallet i Håheller-dommen. Her ble lånene selskapet mottok karakterisert som krisehjelp og utelatt ved beregningen av selskapets kapitalgrunnlag.

I tillegg til presiseringer og nyanser viser flertallet i Håheller-dommen til at der styrets plikter i aksjeloven objektivt sett er overtrådt, foreligger det en presumsjon for at vedkommende har opptrådt i uaktsomt.⁴³ Dermed vil fokuset i styreansvarssaker lettere flyttes fra spørsmålet om styret har handlet uaktsomt overfor den konkrete kreditoren, til spørsmålet om styret har brutt en av pliktene i aksjeloven.

Disse to momentene gjør det lettere for domstolen å påvise uaktsomhet. I tillegg fremhever førstvoterende at:

«Formålet med bestemmelsen er primært å verne selskapets kreditorer. I Ot.prp.nr.36 (1993-1994) skriver departementet på side 68 at bestemmelsen må “sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene”, og at “en slik klarere betoning av at det er en

⁴¹Aarbakke, hentet fra kommentarutgaver.no under aksjeloven § 3-4, punkt 1.1 (mai 2018)

⁴² Rt. 1996 s. 672 s. 676

⁴³ HR-2016-1440-A avsnitt 41

del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig [vil] gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen».»⁴⁴

Lovgivers intensjoner med innføringen av den nye aksjeloven har vært å skjerpe ansvaret og presisere styrets objektive plikter, og har dermed senket terskelen for å holde styremedlemmer personlig ansvarlig. Dette kan ha bidratt til at utfallet ble ulikt i de to sakene.

For det andre kan det pekes på at i Normount-dommen hadde styret mer kontroll over finansieringen enn det som var tilfellet i Håheller-dommen. Styret i Normount-dommen hadde tett tilknytning til selskapsinteressentene gjennom styreverv hos disse, og dermed også rimelig kontroll på finansieringen av selskapet. Styret i Håheller-dommen handlet derimot kun i tillit til at offentlige innskudd ville tilføres selskapet, uten å ha kontroll over denne prosessen. Det tilsier også at planene i Normount-dommen var mer realistiske. I Håheller-dommen var finansieringen i stor grad basert på offentlige og private tilskudd uten at man hadde bindende tilsagn eller konkrete holdepunkter.

Det er også et moment at flertallet i Håheller-dommen krevde bindende tilsagn om ytterligere og større lånebeløp fra familieselskapene, mens det i Normount-dommen var ansett tilstrekkelig at styret handlet i tillit til at «ytterligere kapital ville bli stillet til disposisjon dersom dette skulle bli nødvendig» sammenholdt med at senere kapitaltilførsel ble tolket som «at man hadde tro på prosjektet». At Høyesterett ikke stilte høye krav til at styret i Normount-dommen på vurderingstidspunkt hadde tilstrekkelige holdepunkter om kapitaltilførsel, mens styret i Håheller-dommen var avkrevd mer formelle bevis på at dette var en del av beslutningsgrunnlaget på vurderingstidspunktet, kan ha spilt inn på resultatene. Aarum skriver at så lenge styret har «et velbegrunnet håp» om at støtte vil bli gitt, må det kunne vente med å inngi oppbudsbegjæring.⁴⁵ Sett hen til Håheller-dommen kan mye tyde på at det i dag stilles strengere krav til hvorvidt styrets forutsetning om videre drift objektivt sett var forsvarlig sammenlignet med tidligere, ved at løfter om finansiering i større utstrekning må være formalisert og etterprøvbare.

Utover lovendringen er det derfor i alle fall to momenter som kan hevdes å være av betydning for at utfallet i sakene ble forskjellig. For det første hadde styret i Normount-dommen en

⁴⁴ HR-2016-1440-A avsnitt 43

⁴⁵ Aarum s. 501

større kontroll over finansieringen av selskapet på det aktuelle tidspunktet sammenlignet med Håheller-dommen. For det andre ble den etterfølgende kapitaltilførselen tolket ulikt ved at det ble vektlagt at styret i Håheller-dommen ikke kunne påvise at de hadde en berettiget forventning om at slik kapitaltilførsel ville bli gitt på vurderingstidspunktet. Sistnevnte moment kan uttrykkes som et spørsmål om styret kan begrunne sine forventninger om å snu utviklingen i konkrete forhold på beslutningstidspunktet.

3.3.4 En glidende overgang

Grensedragningen mellom generell optimisme og optimisme med basis i konkrete forhold kan i noen situasjoner være glidende. I en dom fra Borgarting lagmannsrett – LB-2012-204471 – ble daglig leder og et styremedlem personlig ansvarlig overfor en medkontrahent, for tapet som medkontrahenten hadde blitt påført som følge av salg av transporttjenester på kreditt til selskapet. Selskapet gikk senere konkurs. Et av spørsmålene som var oppe for retten var hvorvidt selskapets forhandlinger om overtakelse eller samarbeid med andre aktører kunne danne grunnlag for en berettiget forventning om å snu utviklingen i selskapet.

Lagmannsretten avviste at forhandlingene i det konkrete tilfellet kunne danne et slikt grunnlag. Forhandlingene hadde ikke kommet til et stadium hvor det forelå konkrete tall eller tidspunkt for eventuell overtakelse. På vurderingstidspunktet var derfor forhandlingene så langt unna en konkret løsning at det ikke kunne gi selskapet en forventning om at det kunne gjøre opp sine forpliktelser overfor medkontrahenten ved forfall.

Det har gode grunner for seg at styret kan innlede forhandlinger med sikte på et samarbeid eller overtakelse som med sikkerhet vil gi tilstrekkelig kapital til selskapet før kreditorinteressen må prioriteres. Likevel må en på et tidspunkt kunne stille krav til fremgang eller avklaring for å sikre at kreditorvernet ikke blir illusorisk ved at forhandlinger brukes til å snike seg unna forpliktelsene overfor kreditor. Ved fraværet av progresjon kan en derfor si at over tid går optimisme med grunnlag i konkrete forhandlinger over til å bare bli en generell optimisme som ikke gir styret den samme friheten til å prioritere selskapsinteressen over kreditorinteressen.

I den konkrete saken kom lagmannsretten frem til at den alternative handlingen styret burde foretatt var å informere medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon. Informasjon om selskapets økonomiske situasjon kan derfor være tilstrekkelig for å ivareta

kreditorinteressen, så lenge kreditor har mulighet til å områ seg. Styrets uaktsomme handling var altså ikke den manglende fremgangen i forhandlingene med andre aktører, men unnlåtelsen av å informere medkontrahenten, når selskapet kun hadde en generell optimisme om å snu utviklingen. Dette aktualiserer en problemsstilling som skal undersøkes i kapittel 4 der spørsmålet er i hvilken grad styret kan tilbakeholde informasjon om selskapets situasjon fra medkontrahenter og kreditorer.

3.3.5 Avgrensning i tid

Grensen mellom optimisme basert i konkrete forhold om å snu den negative trenden i selskapet og generell optimisme må trekkes i tid. I Håheller-dommen trakk flertallet frem at styret ikke hadde noen rimelig forventning om at situasjonen i selskapet ville bedre seg innen rimelig tid.⁴⁶ Magnus Aarbakke skriver i tilknytning til aksjeloven § 3-4 at selskapet har rett og plikt til å hensynta forventet fremtidig utvikling, slik at selv om egenkapitalen på et tidspunkt er lav, så betyr ikke dette nødvendigvis at den er uforsvarlig lav, dersom selskapet forventer at den økonomiske situasjonen vil endre seg til det bedre innen rimelig tid.⁴⁷ Hva som utgjør rimelig tid, må avgjøres konkret i den enkelte sak. Avgrensningen i tid har betydning for hvilke forhold styret kan basere optimismen sin på. Anlegges det et kort tidsperspektiv kan optimismen om å snu utviklingen lett karakteriseres som for generell og uforsvarlig fordi det ikke er noen konkrete holdepunkter innenfor tidsrammen som tilsier at utviklingen skal snus.

I Håheller-dommen tok mindretallet til orde for at kontraktperioden på 30 år sammenholdt med partenes konkrete forutsetninger, avtalens formål og spesielle bakgrunn måtte avspeiles i kapitaliseringskravene i den innledende fasen i prosjektet.⁴⁸ Dette kan tolkes som at selv om styret ikke kunne ha realistiske forventninger om at selskapet vil kunne dekke sine forpliktelser på kort sikt, vil det kunne stille seg annerledes dersom man utvider tidshorisonten.

⁴⁶ HR-2016-1440-A avsnitt 63

⁴⁷ Aarbakke, hentet fra kommentarutgaver.no under aksjeloven § 3-4, punkt 1.7 (mai 2018)

⁴⁸ HR-2016-1440-A avsnitt 91

Et tilsvarende resonnement er lagt til grunn i forarbeidene som trekker frem selskaper i en oppstartsfase som et eksempel.⁴⁹ Her fremgår det at det kan være forsvarlig å akseptere underskudd og synkende egenkapital i en viss tid, frem til virksomhetens driftssituasjon blir normalisert og lønnsom. En nyoppstartet bedrift som skal produsere skjorter, må for eksempel skaffe produksjonslokaler, utstyr, tekstiler, knapper, ansatte og avtaler med butikker før virksomheten kan få inntekter på fast basis. Å kreve at alt skal være på plass fra tidspunktet selskapet opprettes, vil være for strengt. I en slik situasjon må den nyoppstartede skjortefabrikken tillates en optimistisk holdning om at utviklingen skal snu i et lengre tidsperspektiv enn en skjortefabrikk som er i gang med produksjonen og har de nødvendige fasiliteter og avtaler på plass. I motsatt tilfelle vil skjortefabrikken måtte ha stilt med store kapitalreserver på toppen av de nødvendige utgiftene for å komme i gang med virksomheten. For strenge kapitalkrav kan virke som en bremsekloss for innovasjon og utvikling i næringslivet fordi mange stenges ute fra markedet. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er en slik rettstilstand lite heldig.

En dom fra Borgarting lagmannsrett – LB-2013-170795 – illustrerer grensedragningen i tid i praksis. Spørsmålet var om en styreleder i et selskap hadde opptrådt erstatningsbetingende overfor et bilverksted. Selskapet hadde bestilt tjenester på kreditt fra bilverkstedet da det var insolvent og hadde negativ egenkapital. Lagmannsretten kom frem til at handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4 var brutt ettersom styret ikke hadde iverksatt tilfredsstillende tiltak for å sikre et forsvarlig driftsgrunnlag innen rimelig tid. Styrelederen var godt kjent med den negative utviklingen i selskapet og baserte sin forventning på at driften vil sikres gjennom konsernbidrag fra morselskapet.

Forventningen var begrunnet med at selskapet tidligere hadde mottatt konsernbidrag fra morselskapet og styrelederen anførte at det økonomiske interessefellesskapet og morselskapets generelle interesse i å sikre videre drift i selskapet for å få tilgang til transporttjenester på rimelige vilkår, ga selskapet en berettiget forventning om at ytterligere bistand ville bli gitt.

Lagmannsretten avviste dette. Den viste til at partene verken hadde diskutert et mulig konsernbidrag eller at det hadde blitt avgitt løfter om slik bistand. Videre kunne ikke selskapet vise til handlingsplaner som tok høyde for konsernbidrag. Retten påpekte videre at,

⁴⁹ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s. 146

sett i lys av selskapets økonomi, trengte selskapet et større bidrag enn det som tidligere var gitt og morselskapet var selv i en svak økonomisk situasjon på tidspunktet. Alt tatt i betraktning konkluderte retten med at spørsmålet om konsernbidrag burde blitt avklart mye tidligere, når det ikke ble iverksatt andre tiltak for å snu utviklingen.

Dommen viser at tidligere inntrufne hendelser ikke alene er tilstrekkelig konkret for å kunne gi en berettiget forventning om fremtidig utvikling – det må noe mer til. I motsatt fall kunne selskapet vært tjent med ikke å avklare om konsernbidraget ville bli gitt, og dermed gjort handleplikten etter aksjeloven § 3-5 tilnærmet illusorisk. Gjennom å ikke foreta en avklaring i dette tilfellet var selskapets optimisme et generelt håp som det ikke kunne bygges forventninger om fremtidig utvikling på, og styrets rom for feilvurderinger etter aktsomhetsnormen i § 17-1 ble derfor mindre.

4 Styrets adgang til å holde tilbake informasjon overfor kreditorer og medkontraahenter

4.1 Innledning

Styret kan, i et forsøk på å redde selskapet, beslutte om det skal inngås nye låneavtaler, kredittavtaler, eller om det skal reforhandle eksisterende avtaler. Kredittavtaler omfatter både tilfellene der selskapet får betaling for en tjeneste eller vare før levering, og avtaler som innebærer at selskapet mottar en vare eller tjeneste før betaling.

I en slik situasjon må en kunne forutsette at hver av partene ønsker å skaffe seg en best mulig avtale for seg selv. Å holde tilbake informasjon om selskapets økonomiske stilling og slik sett sørge for å ivareta selskapsinteressen, kan være fordelaktig. I denne situasjonen aktualiseres selskapets opplysnings- og lojalitetsforpliktelse; plikten til å ivareta sine medkontraahenter og eksisterende kreditorers interesser, og dermed også spørsmålet om styreansvar. Alminnelige ulovfestede regler om ansvar utenfor kontrakt faller utenfor oppgaven.

I forlengelsen av dette blir spørsmålet om og i hvilken grad styret kan holde tilbake informasjon overfor sin kontraktsmotpart om selskapets økonomiske vansker, uten å handle erstatningsbetingende overfor kontraktsmotparten.

4.2 Styrets erstatningsbetingende tilsidesettelse av hensynet til kreditor

I Normount-dommen vurderer Høyesterett om den konkrete avtalen mellom partene, sett i lys av tilgjengelig kapital og daværende informasjon, innebar en «erstatningsbetingende tilsidesettelse av hensynet til bortfrakteren»⁵⁰. Denne formuleringen illustrerer kjernen i problemet, nemlig at selskapet ved styret har en viss plikt til å verne kontraktsmotpartens interesser, og at det er unnlåtelsen av å ivareta disse interessene som kan medføre erstatningsansvar. Likevel gir uttalelsen ingen indikasjoner på hva som utgjør en

⁵⁰ Rt. 191 s.119 s. 126

erstatningsbetingende tilsidesettelse av kontraktsmotpartens interesser og den sier heller ikke om plikten tar utgangspunkt i selskapsrettslige regler, avtalerettslige regler eller begge deler.

Veiledning kan søkes i Høyesteretts avgjørelse Blålid-dommen. Høyesterett kommer her med prinsipielle uttalelser om aktsomhetsnormen i § 17-1 og styrets handlingsrom i en situasjon der styret har kunnskap om selskapets økonomiske utføre, og hvordan dette handlingsrommet er i relasjon til medkontrahenter.

Det ble her stilt spørsmål om parten hadde krav på å få informasjon om eventuelle fremtidige betalingsproblemer. Førstvoterende viste til det ulovfestede kravet til aktsomhet og lojalitet i kontraktsforhold, og uttalte at «informasjon om at man ikke vil kunne klare å oppfylle sin del av avtalen – for eksempel plikten til å betale ved forfall – ligger nok i et kjerneområde.»⁵¹

Videre gjorde retten det gjeldende at rekkevidden av en slik plikt beror på de konkrete forholdene i saken. Utgangspunktet er at selskapet forventes å gjøre sin kontraktsmotpart oppmerksom på det som i realiteten er tilstrekkelig grunnlag for å konstatere et antesipert mislighold.⁵² Førstvoterende viste også til en tidligere høyesterettsavgjørelse – Rt. 2011 s. 562 – hvor det avgjørende var at kreditorene ble utsatt for «en helt annen risiko enn det som var forutsetningen for ordningen» og hvor det forelå en «åpenbar tapsrisiko».⁵³

I et slikt tilfelle har selskapet åpenbart misligholdt en avtalerettslig plikt. Høyesterett mente imidlertid at slik tilbakeholdelse av informasjon ikke nødvendigvis leder til personlig erstatningsansvar for tillitsperson(er) i et aksjeselskap. Førstvoterende uttalte at:

«Ledelsen i et aksjeselskap som kommer i økonomiske vanskeligheter settes lett under et krysspress: Hensynet til kreditorene kan tilsi at ledelsen kaster kortene for å avverge ytterligere tap. For aksjeeierne, ansatte, samarbeidspartnere, lokalsamfunnet og samfunnsøkonomien, vil det imidlertid kunne være om å gjøre at ledelsen kan fortsette å arbeide for å få bedriften over kneiken og sikre fortsatt drift. Løser det seg, vil dette også komme kreditorfellesskapet til gode.

⁵¹ HR-2017-2375-A avsnitt 34

⁵² HR-2017-2375-A avsnitt 35

⁵³ HR-2017-2375-A avsnitt 35

De kryssende interessene her tilsier at det ikke gjelder et én-til-én-forhold mellom selskapets avtalerettslige informasjonsplikt og ledelsens personlige ansvar overfor den kreditoren som måtte lide et tap som følge av at selskapets informasjonsplikt ikke er etterlevd. Kravene til forsvarlig handlemåte må avstemmes mot den vanskelige situasjonen som ledelsen befinner seg i når det drar seg til økonomisk for selskapet, og til at ledelsen forventes å foreta balanserte avveininger og valg.»⁵⁴

Førstvoterende konstaterte altså at ledelsens personlige erstatningsansvar ikke strekker like langt som selskapets avtalerettslige lojalitets- og opplysningsplikt.

Selskapet har en avtalerettslig plikt til lojalt å ivareta sin kontraktsmotparts interesser i en viss utstrekning. Plikten til opplyse kontraktsmotparten om forhold som kan være av betydning for motparten er én side av lojalitetsplikten. For det første innebærer dette at der det ikke foreligger et brudd på avtalerettslig krav om aktsomhet og lojalitet i kontraktsforhold, kan det heller ikke bli spørsmål om styreansvar. For det andre vil brudd på den avtalerettslige lojalitetsplikten, ikke nødvendigvis innebære at styret kan bli ansvarlig etter de selskapsrettslige regler om styreansvar. Det indikerer at det finnes situasjoner der tillitspersoner kan holde tilbake informasjon om selskapets alvorlige økonomiske vansker i strid med den avtalerettslige lojalitetsplikten – uten at dette blir å regne som en erstatningsbetingende tilsidesettelse av hensynet til kontraktsmotparten i en styreansvarssak. Henvisningen til Rt. 2011 s. 562 kan tale for at dette som utgangspunkt også gjelder i tilfeller der kreditorene blir utsatt for «en helt annen risiko enn det som var forutsetningen for ordningen» og en «åpenbar tapsrisiko». Adgangen til å holde tilbake informasjon for å redde selskapet kan derfor hevdes å være relativt vid uten at det innebærer en tilsidesettelse av hensynet til kreditor.

Det er også interessant at førstvoterende uttalte at «jeg har hele tiden de løpende kontraktsforholdene i tanken»⁵⁵ i sitt resonnement. Et særtrekk for løpende kontraktsforhold er at tillitsforholdet mellom partene står sterkere enn i de kortvarige kontraktsforholdene fordi balansen i avtaleforholdet lettere kan forrykkes av en part. Det medfører at man i større grad er avhengig av at den ene parten ivaretar den andre parts interesser når denne er ute av stand til å ivareta dem selv. Dette kan tilsi at det for kortvarige kontraktsforhold, der tillitsaspektet

⁵⁴ HR-2017-2375-A avsnitt 37–38

⁵⁵ HR-2017-2375-A avsnitt 39

er mindre fremtredende, kan være et større rom for tilbakeholdelse av informasjon uten at styret bryter aktsomhetsnormen i § 17-1 fordi begrunnelsen for å informere motparten er svakere.

Førstvoterende pekte på tre momenter som begrunner hvorfor ledelsens personlige erstatningsansvar ikke strekker like langt som selskapets avtalerettslige lojalitets- og opplysningsplikt. For det første må ledelsen gis et visst strategisk arbeidsrom utover det den kontraktsrettslige lojalitets- og opplysningsplikt tilsier.⁵⁶ Dette synes å harmonere med tidligere praksis, blant annet Normount-dommen, hvor ledelsen ble tilkjent et vidt forretningsmessig skjønn i en økonomisk vanskelig situasjon, under forutsetning av at ledelsen lojalt forsøkte å redde selskapet.⁵⁷

Videre tok Høyesterett til orde for at § 17-1 skal anvendes på en slik måte at det gir ledelsen i det økonomisk vanskeligstilte selskapet «en rimelig grad av forutsigbarhet.»⁵⁸ Førstvoterende pekte på at insolvens er et såpass innarbeidet og avklart rettslig begrep at det bør utgjøre utgangspunktet for varslingsplikten. Konsekvensen blir at selskapsledelsen normalt ikke vil kunne ansvarliggjøres personlig for tap en kreditor pådrar seg, som følge av manglende varsling om økonomisk svikt i selskapet, så lenge ledelsen har bygget på et forsvarlig grunnlag om at selskapet var solvent.

Tilfredsstillende kunnskap som begrunner selskapets solvens vil derfor kunne gi ledelsen et relativt stort handlingsrom. Insolvensvurderingen krever etter lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 61, at selskapet vurderes som illikvid og insuffisient, det vil si at skyldnerens ikke kan betale gjelden etterhvert som den forfaller og at gjelden overstiger verdiene av hans eiendeler. Vurderingen av hvorvidt selskapets egenkapital er forsvarlig legger på sin side opp til en konkret helhetsvurdering, der det bl.a. skal legges vekt på om selskapet vil være i stand til rettidig å betale sine forpliktelser i minimum tolv måneder frem i tid – en likviditetsvurdering.⁵⁹ Egenkapitalen og likviditeten i et selskap vil derfor bli uforsvarlig før det blir insolvent. Når Høyesterett tok utgangspunkt i hvorvidt et

⁵⁶ HR-2017-2375-A avsnitt 40

⁵⁷ Rt.1991 s.119 s. 127

⁵⁸ HR-2017-2375-A avsnitt 41

⁵⁹ Løvdal, hentet fra Idunn.no under kapittelet "Kravet om forsvarlig egenkapital og egenkapital under halve aksjekapitalen", punkt 3.2 (mai 2018)

selskap var solvent eller ikke er det tydelig at styret ikke har en rettslig plikt til å opplyse medkontrahenten idet selskapets egenkapital når uforsvarlig nivå etter selskapsrettslige regler. Det som kan trekkes fra dette er at det kan tenkes situasjoner der selskapets ledelse kan unnlate å informere kontraktspartnern sin om at selskapet enten er illikvid eller insuffisient, uten å handle erstatningsbetingende i relasjon til aksjeloven § 17-1, så lenge selskapet ikke er og ikke i nær fremtid vil bli begge deler samtidig.

Dette kan etter omstendighetene strekkes lenger. Som et tredje punkt hevder Høyesterett, sett hen til hensynet til sammenheng mellom aktsomhetsnormen etter § 17-1 og styrets plikt til å begjære oppbud, at:

«personlig ansvar for å ikke ha varslet kreditorene om økonomisk svikt ikke bør inntre selv om selskapet nok var insolvent, dersom det likevel var et realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid.»⁶⁰

Som støtte for synet viser førstvoterende til Aarum.⁶¹ Her tilkjennes ledelsen et stort handlingsrom så lenge den arbeider formålsrettet for å unngå konkurs i det som kan være en objektivt sett veldig vanskelig situasjon, uten at det alene kan anses som uforsvarlig adferd som går på bekostning av kreditorene. Dette var riktignok ikke noe som kom på spissen i den konkrete saken fordi ledelsen var uvitende om hvordan den økonomiske situasjonen selskapet var. Ledelsen kunne derfor ikke hevde at handlingene deres var en redningsaksjon eller at de var gjort med øye for å sikre fortsatt drift i selskapet og daglig leder ble kjent uaktsom etter § 6-14, jf. § 17-1, fordi daglig leder ikke hadde sørget for at «selskapets regnskap er i samsvar med lov og forskrifter, og at formuesforvaltningen er ordnet på en betryggende måte.»⁶²

Insolvensvurderingen og vurderingen av om egenkapitalen og likviditeten er forsvarlig ut fra risikoen og omfanget ved virksomheten er to sammensatte og konkrete vurderinger som gjør det vanskelig å fastsette klare utgangspunkter for når vilkårene er oppfylt. Det som likevel kan trekkes fra dette er at Høyesterett tok utgangspunkt i selskapets solvens ved vurderingen av styremedlemmenes informasjonsplikt, og at informasjonsplikten nødvendigvis ikke inntre

⁶⁰ HR-2017-2375-A avsnitt 42

⁶¹ HR-2017-2375-A avsnitt 42 som viser til Aarum, s. 502 og 524

⁶² HR-2017-2375-A avsnitt 44

selv ved insolvens. Dette begrunnes med at Høyesterett bygde på at informasjonsplikten er en avtalerettslig plikt. Det tilsier at styremedlemmet ikke vil hefte på selskapsrettslig grunnlag, men eventuelt på grunnlag av alminnelig ansvar utenfor kontrakt som medvirker. Dersom styremedlemmet unnlater å informere kreditor om selskapets økonomiske situasjon vil det imidlertid ikke i alle tilfeller utgjøre en erstatningsbetingende tilsidesettelse av hensynet til kreditor i en selskapsrettslig kontekst.

4.3 Rettsavklaring som følge av Blålid-dommen

Det kan stilles spørsmål om Høyesterett i Blålid-dommen skiller seg fra det som tidligere har vært ansett som gjeldende rett.

I dommen fra Borgarting lagmannsrett – LB-2012-204471 – hvor styret hadde handlet transporttjenester på kreditt, kan det synes som om lagmannsretten i mindre grad skiller mellom styrets personlige erstatningsansvar overfor kreditor etter selskapsrettslige regler og selskapets opplysningsplikt etter avtalerettslige regler. Lagmannsretten tok utgangspunkt i to uttalelser fra juridisk teori som bakteppe for uaktsomhetsvurderingen.

For det første viste lagmannsretten til den samme passasjen fra Aarum som Høyesterett gjorde i Blålid-dommen, men lagmannsretten viste også til en artikkel av Knut Ro fra 1994, der det heter:

«Dersom man vet at selskapet er insolvent (eller burde vite dette) og at konkurs er en ikke usannsynlig utvei, bør man ikke kjøpe på kreditt. Det skal derfor i en slik situasjon ikke så meget til før tillitsmenn som kontraherer på vegne av selskapet, pådrar seg personlig ansvar dersom de ikke gjør medkontrahenten kjent med selskapets stilling.»⁶³

At det ikke skal så «meget til» for å pådra seg personlig ansvar i den skisserte situasjonen er en streng norm. Et så strengt krav til styrets informasjonsplikt, står ikke i sammenheng med den vide skjønnsmarginen Høyesterett tidligere har tilkjent styret for nettopp å foreta en balansert avveining av selskapsinteressen og kreditorinteressen etter aktsomhetsnormen. En streng norm vil kunne gjøre det veldig vanskelig for styret å fremme selskapsinteressen uten å pådra seg personlig erstatningsansvar. Det er svært lite ønskelig, ettersom styret først og

⁶³ Knut Ro, Konkursboet eller enkeltkreditorers erstatningskrav, *Lov og rett 1994*, 233-240 (s. 240)

fremst har påtatt seg vervet for å fremme denne interessen. En harmonisering av hensynene slik Høyesterett tilsynelatende la opp til i Blålid-dommen, synes på sin side langt mer fornuftig sett hen til det formålet styret skal tjene. Kreditorerne vil ikke være tjent med å fremtvinge en konkurs som kunne vært unngått. Hensynet til selskapet og kreditorinteressen blir i et slikt perspektiv langt på vei sammenfallende.

Både LG-2007-119889 (Gulating) og LG-2006-116552 (Gulating) som begge gjaldt ledelsens opplysningsplikt overfor selskapets medkontrahenter, og tar utgangspunkt i at opplysningsplikten inntreffer på insolvenstidspunktet. Men ingen av dommene sonderer mellom selskapets avtalerettslige opplysningsplikt og styremedlemmenes opplysningsplikt etter selskapsrettslige regler, i motsetning til Høyesterett i Blålid-dommen.

I LG-2006-116552 (Gulating) påpekte retten at opplysningsplikten måtte avveies mellom hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet for medkontrahentene, der opplysningsplikt vil kunne skjerme medkontrahenter mot større tapsrisiko enn det som er vanlig i forretningslivet, mot selskapsledelsens handlingsrom til å redde bedriften. Dette er for så vidt den samme avveiningen som Høyesterett uttrykte i Blålid-dommen, men sondringen Høyesterett foretok mellom avtalerettslige og selskapsrettslige regler gjør at den konkrete avveiningen etter den selskapsrettslige aktsomhetsregelen i aksjeloven § 17-1 vil slå annerledes ut ved at hensynene i større grad harmoniseres fremfor at de settes opp mot hverandre.

At Høyesterett i Blålid-dommen uttalte dette gjennom et obiter dictum kan tolkes som at Høyesterett har sett behovet for å avklare eller styre rettstilstanden inn på riktig spor. Tidligere avgjørelser i den grad de avviker fra uttalelsene i Blålid-dommen, samt Ros bidrag, vil følgelig i mindre grad være retningsgivende og relevante for styremedlemmers opplysningsplikt i en styreansvarssak.

Høyesteretts oppklarende uttalelser tilsier at styret har et stort handlingsrom for å redde selskapet uten at det risikerer personlig erstatningsansvar overfor kreditor og medkontrahenter, fordi det unnlater å informere disse om selskapets økonomiske vansker. En kan derfor ikke sette likhetstegn mellom selskapets avtalerettslige lojalitets- og opplysningsplikt overfor sine kreditorer og medkontrahenter, og styrets balansering av selskaps- og kreditorinteressen på selskapsrettslig grunnlag. Dette kan virke innlysende, men lagmannsrettsdommene indikerer at dette ikke alltid har vært gitt.

5 Betydningen av kreditors kunnskap for styrets balansering av interessene

5.1 Innledning

Når et styre blir personlig erstatningsansvarlig overfor en kreditor, er det også en innrømmelse av at styret ikke har balansert selskapsinteressen og kreditorinteressen på en tilfredsstillende måte. Et spørsmål som kan reises er hvordan dette stiller seg i situasjonene der kreditor er i en posisjon hvor han kan sikre sine egne interesser. I forlengelsen av dette må det også stilles spørsmål om hvordan styret da skal balansere selskapsinteressen og kreditorinteressen mot hverandre. Som Høyesterett påpeker i Normount-dommen, er det overordnede spørsmålet om styret i det konkrete tilfellet på en erstatningsbetingende måte har tilsidesatt hensynet til kreditor. Det er en henvisning til culpanormens relativitet. Dette impliserer at styret må være i en posisjon hvor det kan tilsidesette kreditorinteressen. Det innebærer også at brudd på aksjelovens regler ikke er ensbetydende med at kreditor kan kreve erstatning.

5.2 Risikoen for egne forutsetninger

Problemstillingen om kreditors kunnskap kan formuleres på forskjellige måter: Det kan stilles spørsmål om kreditor har akseptert risikoen i det konkrete tilfellet, om hvorvidt kreditor positivt har gitt avkall på vernet som han er tilkjent i aksjeloven, eller om aksjelovens regler ikke får anvendelse i det konkrete tilfellet. Essensen er den samme: Spørsmålet er om styret kan handle uaktsomt overfor den konkrete kreditor i en situasjon der kreditor selv kunne ha ivaretatt sine egne interesser.

Bjarte Thorson hevder at dette er et spørsmål om risikofordeling.⁶⁴ Utgangspunktet er at partene har risikoen for sine egne forutsetninger. Begrunnelsen for et mulig styreansvar svekkes dersom kreditor selv har utsatt seg for mulige tap. Å holde selskapsledelsen ansvarlig for den risiko kredittytteren (bevisst) utsetter seg for, kan fremstå som urimelig.

⁶⁴ Bjarte Thorson, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, Oslo 2011, s. 299

I Håheller-dommen kommer dette på spissen. Her vurderte både flertallet og mindretallet hva kreditor visste, og hvilke risikoer i relasjon til avtalen han hadde akseptert. Flertallet og mindretallet var uenige om dette, og det ble styrende for fraksjonenes konklusjoner.

Det første mindretallet – ved andrevoterende – bemerket var at det var «allerede ved avtaleinngåelsen på det rene at avtalen mest sannsynlig ville bli overdratt til et nyetablert selskap.»⁶⁵ Utleier hadde gitt et forhåndssamtykke om at kontrakten kunne overføres fra leier til et selskap, og hadde i den forbindelse krevd rullerende bankgaranti som sikkerhet for leien.

Utleier hadde i dette tilfellet ikke bare kunnskap om at en situasjon han ikke kunne kontrollere (overføring av kontrakten til tredjepart) kunne oppstå, men risikoen kunne også hevdes å være innkalkulert fra utleiers side gjennom den rullerende bankgarantien. Utleier sto derfor i en posisjon der han kunne ivareta sine interesser, og mye kan tyde på at han gjennom avtaleinngåelsen aksepterte risikoen som fulgte av avtalen.

Førstvoterende konkluderte imidlertid annerledes på dette punktet:

«Slik jeg tolker avtalen, må den forstås som en rett for Lærdals til å overføre virksomheten til et selskap, men med en selvfølgelig forutsetning om at selskapet var lovlig kapitalisert slik aksjeloven krever.»⁶⁶

Uenigheten kan derfor hevdes utelukkende å knyttes til avtaletolkningen ved at førstvoterende utfylte avtalen med et forbehold om at selskapet måtte ha realistiske muligheter til å kunne oppfylle avtalens forpliktelser, mens andrevoterende tolket avtalen som mer uttømmende. Et underforstått forbehold som førstvoterende trakk frem, har mye for seg fordi det vil forhindre at aksjeselskapsformen misbrukes. For eksempel i tilfellene der aktører prøver å bli kvitt sine personlige forpliktelser ved å overføre disse til et aksjeselskap og dermed beskytte seg gjennom prinsippet om den begrensede heftelse. Ettersom førstvoterende mente at dette var tilfellet, virker synspunktet godt begrunnet og konklusjonen naturlig. Samtidig er det mindre klart hvordan dette er et naturlig standpunkt i en styreansvarsvurdering. Når førstvoterende diskuterte hvilke forventninger kreditor med rimelighet kunne ha til avtalen, ble det ikke skilt mellom styreansvar og aksjonæransvar. Dette er to ulike ansvar som må vurderes konkret og separat. At dommen både omhandler styreansvar og aksjonæransvar og ikke skiller klart

⁶⁵ HR-2016-1440-A avsnitt 89

⁶⁶ HR-2016-1440-A avsnitt 75

mellom dem, skaper problemer for tolkningen. Det er ikke lett å se at argumentet om misbruk av aksjeselskapsformen gjør seg gjeldende i relasjon til styreansvaret ettersom styret ikke frir seg fra forpliktelser ved å pådra selskapet forpliktelser. Uklarheten svekker derfor dommens prejudikatsverdi.

Mindretallet påpekte for det andre at utleier var kjent med at prosjektet var i oppstartsfase og manglet finansiering.⁶⁷ Selv om utleier var ukjent med økonomien til selskapet på detaljnivå, fremgår det av dommen at han var klar over at den manglende finansieringen var en «kritisk faktor» for prosjektets fremtid. Andrevoterende fremhevet at utleier var klar over det helt fra kontakten mellom partene ble innledet og at de påfølgende forpliktelsene utleier pådro seg må innebære en aksept av denne risikoen. Det tilsier at utleier var i stand til å vurdere disse forutsetningene, og at han derfor var nærmere til å bære risikoen for disse enn leieren.

Førstvoterende fant det imidlertid lite trolig «at han ville unnlatt å kreve bankgaranti eller foreta seg andre ting dersom han var gjort kjent med situasjonen og selskapets kapitalbase.»⁶⁸

Uenigheten kan formuleres som et spørsmål om kreditors passivitet, i lys av hans kunnskap, kan tolkes som et samtykke til at forpliktelsene ble overdratt til et selskap med så svak økonomi. En annen måte å se det på er at kreditors kunnskap forpliktet ham til å foreta seg noe for å forhindre overdragelsen. Uavhengig av hvilken formulering man benytter vil svaret på spørsmålet si noe om hvem som har ansvaret for å ivareta de ulike interessene som saken aktualiserer og hva som utgjør forsvarlig handlemåte fra styret. Dersom kreditor i et slikt tilfelle blir pålagt en handleplikt, betyr det at han selv bærer risikoen for egne forutsetninger. Det innebærer at styrets plikt til å opptre aktsomt og hensynta kreditors interesse i sine vurderinger må avpasses etter kreditors plikt til å ivareta egne interesser.

Ved å informere kreditor om selskapets økonomiske situasjon vil ansvaret for ivaretagelse av kreditorinteressen kunne forflyttes fra styret tilbake til kreditor.

For at en meddelelse skal ha en slik virkning må det forutsettes styret gir korrekte opplysninger som ikke villeder kreditor om selskapets økonomiske situasjon. Det kan vises til Aarum som skriver at «[f]remlegger derimot styret fullstendige opplysninger om selskapets situasjon ved avtaleinngåelsen, må medkontrahenten sies å ha akseptert den foreliggende

⁶⁷ HR-2016-1440-A avsnitt 90

⁶⁸ HR-2016-1440-A avsnitt 70

risiko, og kan derfor ikke gjøre ansvar gjeldende mot styrets medlemmer hvis han ikke får dekning.»⁶⁹ Dersom kreditor ikke har fullstendige og korrekte opplysninger, har han heller ikke akseptert den reelle risikoen.

Her er det imidlertid viktig å presisere at styret kun frir seg fra ansvar i relasjon til den konkrete kreditoren som mottar kunnskapen. I et tenkt eksempel inngår et selskap som er i en svak økonomisk situasjon en avtale om kreditt med en tredjepart som er klar over selskapets situasjon. Styret kan i denne situasjonen ikke holdes ansvarlig for et eventuelt tap denne tredjeparten pådras som følge av avtaleinngåelsen, men avtaleinngåelsen kan i prinsippet være ansvarsbetingende overfor både selskapet og andre kreditorer dersom de pådrar seg tap som følge av at styret har pådratt selskapet forpliktelser det ikke har noe realistisk håp om å innfri.

5.3 Betydningen av culpanormens relativitet for balanseringen av interessene

Culpanormens relativitet var avgjørende for ansvarsvurderingen i LB-2011-161685 (Borgarting). Et shippingselskap A var eid av tre selskaper. Selskapene hadde stilt solidar garanti overfor As bankforbindelse, og garantien ble ved to senere anledninger forhøyet. Da A gikk konkurs, krevde banken dekning i henhold til garantien. Aksjonær B dekket omkring halvparten av garantiforpliktelsen, men aksjonær D var konkurs og aksjonær C kunne ikke gjøre opp for seg. Aksjonær B krevde derfor sitt tap erstattet av styret i C med grunnlag i at egenkapitalen i selskapet var uforsvarlig. Lagmannsretten avviste dette, men kom frem til at det ikke var forretningsmessig forsvarlig av C å delta da garantien ble forhøyet på grunn av de dårlige utsiktene i selskap A.

Styret i C hadde ikke opptrådt uaktsomt overfor B, fordi B var klar over Cs økonomiske situasjon og at selskapet var avhengig av aksjonærtillskudd. Retten mente at det ikke var tilstrekkelig at B handlet i tillit til at aksjonærene i C skulle stille midler til disposisjon. Etter lagmannsrettens vurdering skulle B bedt om bindende juridiske garantier fra aksjonærene i C om at dette ville bli gjort.

Selv om styret i C handlet forretningsmessig uforsvarlig handlet det likevel ikke uaktsomt overfor B. Dette viser at på grunn av Bs kunnskap om situasjonen og hans aksept av risikoen

⁶⁹ Aarum, s. 524

var styret ikke lenger forpliktet til å foreta den samme balanseringen av selskapsinteressen og hensynet til kreditor B. Det kan forklares med at omstendighetene satte B i en posisjon hvor B selv kunne ivareta sine økonomiske interesser. B var dermed nærmest til å bære risikoen for tap som følge av egne handlinger eller unnlater. Sagt på en annen måte ble ansvaret for kreditorinteressen forflyttet fra selskapsledelsen til kreditor. Spørsmålet blir videre i hvilke andre situasjoner ansvaret forflytter seg.

5.4 Forflytning av ansvaret for kreditorinteressen

5.4.1 Innledning

Det er ikke bare meddelelse av selskapets økonomiske situasjon som avgjør i hvilken grad styret skal legge vekt på kreditorinteressen og påvirker hva som er forsvarlig opptreden etter aktsomhetsnormen. Også andre konkrete omstendigheter kan gi kreditor tilstrekkelig kunnskap, og kan flytte ansvaret for kreditorinteressen og risikoen for at tap realiseres tilbake til kreditor. I Normount-dommen tilslutter Høyesterett seg til nok et Gomard-sitat:

«Kreditrisiko er en almindeligt kendt og en uundgåelig del af risikoen ved at drive virksomhed. Kreditorerne må selv skaffe sig eller bede medkontrahenten selv eller andre om oplysning om hans kreditværdighet som debitor.»⁷⁰

Kreditor har altså en undersøkelsesplikt som får betydning for bedømmelsen av styrets ansvar. Det er imidlertid uklart hvilken informasjon om selskapets økonomiske situasjon en kan forvente kreditor skaffer seg, sett i lys av at styrets opplysningsplikt i mange tilfeller kan være snever som vist over kapittel 4.

5.4.2 Selskapets regnskaper

Regnskap er offentlig tilgjengelig og kan være en kilde til kunnskap om et selskaps økonomiske situasjon. En dom fra Stavanger tingrett avsagt 11.05.2018 illustrerer dette.⁷¹ Et av spørsmålene i saken var om en person i egenskap av å være daglig leder og styreleder i et selskap hadde handlet erstatningsbetingende uaktsomt overfor en medkontrahent ved å

⁷⁰ Rt. 1991 s.119 s. 125

⁷¹ Stavanger tingrett 11. mai 2018 16-183812TVI-STAV

unnlate å informere medkontrahtenten om selskapets økonomiske situasjon. Retten fant at styrelederen/daglig leder ikke hadde handlet uaktsomt. Dommen er foreløpig ikke rettskraftig.⁷² Tingretten vektla at medkontrahtenten hadde undersøkt regnskapstall for virksomheter i konsernet. Regnskapstallene ga ham kunnskap om selskapets lave egenkapital og svake likviditet. At han valgte å inngå avtalen på denne bakgrunn uten å kreve konserngarantier eller bankgarantier var en risiko medkontrahtenten måtte bære.

Regnskapstall gir ikke alltid uttrykk for selskapets nåværende økonomiske situasjon. I LB-2012-204471 (Borgarting) anførte styret at selskapets økonomiske stilling var gjengitt i regnskapsregisteret i Brønnøysund, og at kreditor derfor burde vært klar over selskapets økonomiske situasjon da kreditt ble gitt til selskapet. Imidlertid ble ikke regnskapet for året i forveien tilgjengelig før kreditten ble ytet. Selv om det aktuelle regnskapet hadde vært tilgjengelig på kredittidspunktet, hadde det ikke gitt noen indikasjoner for hva situasjonen på det aktuelle tidspunkt var. Det var derfor uegnet til å gi informasjon om selskapets økonomiske situasjon da kreditten ble gitt, og kreditor kunne ikke hevdes å ha akseptert den konkrete risikoen som selskapets økonomi representerte. Det vil si at selv om regnskaper er offentlige, gir de nødvendigvis ikke et realistisk bilde av virkeligheten som er egnet til å gi kreditor kunnskap om den nåværende økonomiske situasjonen i selskapet.

5.4.3 Hva slags kreditt som ytes

Kreditors undersøkelsesplikt kan variere etter hva slags kreditt som ytes. Profesjonelle kredittyttere som banker og andre finansinstitusjoner har i større utstrekning oppfordring og mulighet til å innkalkulere risikoen i et enkelt tilfelle i sin virksomhet enn for eksempel et transportfirma som gir kreditt i form av tjenester. Kravene man stiller til kreditors undersøkelsesplikt kan med andre ord variere avhengig av hvem kreditor er og hva slags kreditt som ytes. Aarum begrunner dette med at styret i et selskap med svak økonomi ikke nødvendigvis alltid er nærmere til å bære risikoen for videre drift.⁷³ Ledelsen er nærmest til å bære ansvaret for at vurderingen av om videre drift av selskapet er forsvarlig, men ikke for alle forpliktelsene som pådras i en slik situasjon.

⁷² Dato: 31.05.2018

⁷³ Aarum s. 513

5.4.4 Forhold ved den enkelte kreditor

På samme måte som kreditors undersøkelsesplikt kan variere ut fra hva slags kreditt som ytes kan det sondres mellom ulike kreditorer ut fra hvem de er. I saken fra Stavanger tingrett nevnt ovenfor la retten vekt på medkontrahentens rolle som eier og leder av næringsvirksomhet organisert som aksjeselskap i vurderingen av om medkontrahenten burde sikret seg mot tap ved å kreve garantier fra andre om rettidig betaling.⁷⁴ Retten bemerket at han i egenskap av denne rollen måtte være kjent med at aksjeeiernes forpliktelser overfor selskapskreditorene begrenser seg til aksjeinnskuddet, jf. Aksjeloven § 1-2. At han var kjent med organisasjonsformen må sees i lys av hvilke handlinger retten mente han burde foretatt seg for å redusere egen risikoeksponering. Sammenholdt med hans kunnskap om selskapets dårlige økonomiske situasjon, måtte selskapet hans bære risikoen for tap som følge av uheldig utvikling i kontraktsforholdet når han likevel valgte å inngå av avtale uten å avkreve garantier for betaling.

Omfanget av kreditors undersøkelsesplikt må derfor avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Det kan både stilles krav til konkret tilgjengelig informasjon som kreditor burde oppsøkt, og hvordan den konkrete kreditoren burde forholdt seg til informasjon som hadde kommet ham til kunnskap.

5.4.5 Andre konkrete omstendigheter der kreditor aksepterer risikoen

Det kan stilles spørsmål om hvilke konkrete omstendigheter som kan gi kreditor den nødvendige kunnskapen om selskapets økonomiske situasjon og dermed en oppfordring til å reagere på risikoen.

LG-2012-86908 (Gulating) illustrerer et konkret tilfelle. Her dreide saken seg om hvorvidt det var uaktsomt av daglig leder og styremedlemmer i selskap A å opparbeide seg kreditt hos selskap B, uten å informere selskap B om selskaps A økonomiske situasjon. Lagmannsretten frifant både daglig leder og styremedlemmene og pekte blant annet på at selskap B hadde akseptert en uvanlig lang betalingsfrist, sammenlignet med lignende oppdrag. Når den utvidende betalingsfristen ble misligholdt og selskap B fortsatte å levere til tross for å ha utestående måtte selskap B selv bære risikoen dette medførte. Lagmannsretten avviste anførselen om at selskap B følte seg “fanget” i avtaleforholdet og derfor fortsatte å levere.

⁷⁴ Stavanger tingrett 11. mai 2018 16-183812TVI-STAV

Av andre tilfeller som kan tilsi at kreditor har akseptert risikoen vises det til Løvdal som hevder at dersom kreditor tilfører et selskap midler med formål om å heve egenkapitalnivået i selskapet, har kreditoren akseptert risikoen for at disse midlene kan gå tapt. Konsekvensen at dette er at kreditoren samtidig oppgir vernet som han er tilkjent gjennom aksjeloven § 3-4.⁷⁵

Hun hevder at det samme kan gjøres gjeldende for kreditorer som tilfører et selskap kapital med etterstillingsgaranti, og dermed nedprioriterer seg selv i forhold til nåværende og fremtidige aksjonærer. Kreditor aksepterer også risikoen for tap i tilfellene der tilbakebetaling av kapital er knyttet opp mot selskapsoverskudd eller lignende.⁷⁶

Felles for tilfellene beskrevet ovenfor er at kreditor er klar over at den økonomiske situasjonen i selskapet er utfordrende, men aksepterer denne risikoen. Da er en rimelig konsekvens at man faller tilbake på utgangspunktet om at partene har risikoen for sine egne forutsetninger.

Det ovennevnte viser at kreditor må være seg bevisst når ansvaret for å ivareta egne interesser overføres tilbake til denne, siden styret ikke lenger er forpliktet til å balansere selskapsinteressen mot kreditorinteressen, i lys av aktsomhetsnormen i aksjeloven § 17-1.

⁷⁵ Løvdal, hentet fra idunn.no under kapittelet «Kravet om forsvarlig egenkapital og egenkapital under halve aksjekapitalen», punkt 2.6.3 (mai 2018)

⁷⁶ Samme sted.

6 Oppsummerende råd til styret

Det er særlig fire poenger jeg ønsker å trekke frem for å oppsummere oppgaven. For det første er styret avhengig av å skaffe seg nødvendig kunnskap om selskapets økonomiske situasjon for å være i stand til å ivareta interessene det plikter å ivareta. Dette ansvaret er på den ene siden en selvstendig plikt, men det er også en nødvendighet for å kunne ivareta andre plikter styret skal utføre gjennom sitt verv.

Når styret har tilfredsstillende kunnskap, kan det for det andre pekes på at styret har et relativt vidt rom til å gjøre feilvurderinger i et forsøk på å redde selskapet, så fremt det er begrunnet i tilstrekkelig konkrete forhold. Det kan tyde på at det i dag stilles høyere krav til hva som utgjør tilstrekkelig konkrete forhold, slik at styret i større grad enn tidligere er nødt til å dokumentere hvilke forutsetninger det legger til grunn for sine avgjørelser. Her er det lett å trå feil, men hovedskillet er at troen på at selskapet skal kunne overleve må kunne forankres i konkrete, dokumenterbare forhold.

For det tredje innebærer det vide handlingsrommet på en annen side at styret har en nokså vid adgang til å holde tilbake informasjon overfor kreditorer og medkontrahenter. Her synes utviklingen å gå i styrets favør, ved at Høyesterett i større grad enn før anerkjenner krysspresset styret utsettes for når selskapets økonomi går dårlig. Reglene om styreansvar synes her å avvike noe fra den avtalerettslige lojalitetsplikten.

For det fjerde kan styret unngå ansvar ved å gi kreditor tilfredsstillende informasjon om selskapets økonomiske situasjon. Dette er en enkel måte å søke og fri seg fra personlig ansvar, men det kan samtidig vanskeliggjøre arbeidet med å få selskapet på rett vei fordi kreditorer og andre vil ønske å sikre seg mot tap, og være mindre innstilte på en langsiktig løsning for selskapet. Fra dette perspektivet kan styret risikere å bli ansvarlig overfor selskapet dersom man, i et forsøk på å fri seg fra ansvar, på uaktsomt vis avslører så mye av selskapets økonomi at alle muligheter for redningsoperasjoner faller bort. Her må styret avveie hensynet til kreditor og hensynet til selskapet på en forstandig måte for å være sikre på å unngå ansvar. Dette er en avveining styret uansett bør foreta når selskapet nærmer seg økonomisk krise.

Kilderegister

Lov:

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

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)

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

Forarbeider:

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994)

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

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

Høyesterettspraksis:

Rt. 1926 s. 471

Rt. 1930 s. 533

Rt. 1975 s. 198

Rt. 1991 s. 119 (Normount)

Rt. 1992 s. 987 (Stiansen)

Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes)

Rt. 1996 s.672 (Kongeparken)

Rt. 2011 s. 562

HR-2016-1440-A (Håheller)

HR-2017-2375-A (Blålid)

HR-2018-570-A

Underrettspraksis:

LG-2006-116552 (Gulating)

RG-2007-1625 (Gulating)

LG-2007-119889 (Gulating)

LB-2011-161685 (Borgarting)

LG-2012-86908 (Gulating)

LB-2012-204471 (Borgarting)

LB-2013-170795 (Borgarting)

Bergen tingrett, 24. januar 2017, 15-069325TVI-BERG/01

Stavanger tingrett, 11. mai 2018, 16-183812TVI-STAV

Bøker:

Aarbakke, Magnus mfl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 4.utgave (Oslo 2017), hentet fra kommentarutgaver.no om aksjeloven og allmennaksjeloven (sist kontrollert 31.05.2018)

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

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6.utgave (Oslo 2009)

Thorson, Bjarte, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap* (Oslo 2011)

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

Woxholth, Geir, *Selskapsrett i et nøtteskall*, 3.utgave (Oslo 2018)

Artikler:

Løvdaal, Elin Mack, "Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5", *Tidsskrift for forretningsjus*, 04/2003, s. 472-569, artikkel er hentet fra Idunn.no (sist kontrollert 31.05.2018)

Perland, Olav Fr., "Styremedlemmers erstatningsansvar", *Praktisk økonomi & finans*, 02/2013 s. 21-32.

Ro, Knut, "Konkursboet eller enkeltkreditorers erstatningskrav", *Lov og rett*, 1994, 233-240

Strandberg, Magne, Skjefstad, Arnt, "Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse", *Tidsskrift for forretningsjus*, 02/2017, s. 135-166.