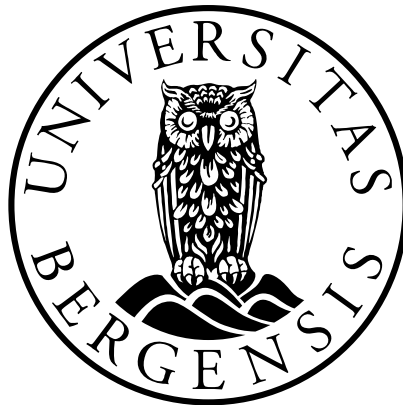


**EN REDEGJØRELSE FOR KRAVET TIL  
FORSVARLIG EGENKAPITAL OG STYRETS  
HANDLEPLIKT VED TAP AV EGENKAPITAL  
ETTER §§ 3-4 OG 3-5.**

Kandidatnummer: 208774

Veileder: Morten Kinander

Antall ord:14 999



JUS399 Masteroppgave 30 sp.  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

05.12.2012

## **Forord**

Denne masteroppgaven skal søke å klargjøre innholdet og betydningen av bestemmelsen om krav til forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt ved tap av egenkapital, jf. aksjeloven §§ 3-4 og 3-5.

Jeg fattet interesse for emnet da jeg tok kursene selskapsrett og aksjeselskapsrett fordypning som valgfag ved Universitetet i Bergen. Jeg hadde ved begynnelsen av dette semesteret kun begrenset kunnskap om oppgavens tema, noe som gjorde det desto mer interessant. Jeg har opplevd at skriveprosessen har gitt meg ny innsikt og forståelse for emnet, og jeg har lært masse underveis.

Arbeidet med denne masteroppgaven har vært både spennende og utfordrende, og til tider også frustrerende. Jeg har ikke telling på hvor mange søk det har blitt i lovdata og diverse andre kilder for å fullføre denne oppgaven, men nå er den altså klar. Jeg avslutter nå en lang og fantastisk epoke som student, men gleder meg til å starte arbeidslivet som advokatfullmektig.

Oppgaven er skrevet under veiledning av Morten Kinander. Tusen takk for konstruktive og gode kommentarer samt oppmuntring underveis. Dine innspill om faglig innhold, språk og utforming av oppgaven har vært til stor hjelp.

Jeg vil gjerne benytte anledningen til å takke min familie som har vært heiagjeng når frustrasjonen har tatt overhånd, og som har støttet meg gjennom hele semesteret. Jeg vil også takke medstudenter og venner som har kommet med oppmuntrende ord underveis.

Sist, men ikke minst, vil jeg takke advokat Nils Pettersen-Hagh i Tønsberg som ga meg et kontor, et juridisk fagmiljø og som har fungert som en mentor under denne skriveprosessen. Det har virkelig vært uvurderlig.

**Tønsberg, desember 2012**

## Innholdsfortegnelse

<b>1. 1. Innledning</b> .....	<b>5</b>
1.1. Presentasjon av tema og problemstilling.....	5
1.2. Kilder .....	7
1.3. Hensyn og formål bak loven og bestemmelsene .....	9
1.4. Oppgavens videre oppbygning .....	11
1.5. Rettslig plassering og avgrensinger.....	11
<b>2. Sentrale begreper</b> .....	<b>12</b>
2.1. Aksjeselskap .....	12
2.1.1.Aksjeselskapets organisasjon .....	13
2.1.2.Styret .....	13
2.2. Kreditorer .....	13
2.3. Egenkapitalbegrepet og formålet med egenkapitalen .....	14
2.3.1.Forsvarlig egenkapital - generelt.....	17
<b>3. Forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4 – dens innhold og betydning</b> .....	<b>19</b>
3.1. Adressaten .....	19
3.2. Tidspunkt for vurderingen .....	19
3.2.1.«til enhver tid»- en fortløpende vurdering.....	19
3.3. Uttrykket «forsvarlig»- en rettslig standard .....	21
3.4. «risikoen ved og omfanget av».....	23
3.4.1.Risiko .....	23
3.4.2.Omfang.....	24
3.5. Likviditets- eller soliditetsvurdering.....	25
3.6. Fortsatt drift.....	28
3.7. Særlig om ikke balanseført goodwill.....	28
3.8. En oppsummering av forsvarlighetsvurderingen.....	29
<b>4. Styrets plikter og oppgaver</b> .....	<b>30</b>
4.1. Før en eventuell negativ økonomisk situasjon oppstår .....	30
4.1.1.Tilsynsplikten.....	30
4.2. Styrets plikter og ansvar etter at en negativ økonomisk situasjon har oppstått - § 3-5 .....	32
4.2.1.Bakgrunn .....	32
4.2.2.Handleplikten inntreer i to tilfeller .....	33
4.2.3.Når inntreer handleplikten.....	34
4.2.4.Saksbehandlingsregler .....	34

4.2.5. Styret skal straks behandle saken .....	35
4.2.6. Kan styret iverksette egne tiltak .....	36
4.2.7. Styret skal «innen rimelig tid» innkalle generalforsamlingen.....	36
4.2.8. Når er handleplikten oppfylt .....	38
4.2.9. Oppløsning av selskapet.....	39
<b>5. Styrets ansvar for unnlattelse av å oppfylle handleplikten etter §3-5 .....</b>	<b>41</b>
5.1. Erstatningsansvar .....	41
5.2. Straffeansvar .....	44
5.2.1. Grov uforstand .....	45
<b>6. Avslutning.....</b>	<b>46</b>
<b>7. Forkortelser .....</b>	<b>47</b>
7.1. Lover.....	47
7.2. Forarbeider .....	47
7.3. Domsregister.....	48
7.4. Litteratur .....	48

# 1. Innledning

## 1.1. Presentasjon av tema og problemstilling

Den generelle regelen og tema for denne oppgaven er aksjeloven § 3-4 som lyder:

«Selskapet skal til enhver tid ha en **egenkapital**<sup>1</sup> (min uthevning) som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet ».

At regelen er generell vil si at den kan gjelde på områder som ikke er regulert av spesielle regler, samt at den kan gjelde på de spesielle reglenes område ved siden av disse<sup>2</sup>.

Selskapskapitalen<sup>3</sup> vil være grunnlaget for den virksomheten selskapet ønsker å drive, det er gjennom denne aksjonærene har bidratt og investert. Den er imidlertid også dekningsgrunnlaget for de forpliktelser som selskapet tar på seg under virksomheten<sup>4</sup>. Det ønskede resultat vil av den grunn være for alle parter at selskapskapitalen holdes intakt, eller enda bedre, øker. Da vil kreditorene i større grad kunne være sikre på at selskapet kan dekke sine forpliktelser, samt at selskapet bl.a. har mulighet til å foreta utdelinger til aksjonærene, jf. §8-1, som ofte vil være bakgrunnen for opprettelsen av aksjeselskapet.

Aksjeselskap er en selskapsform der deltagerne har begrenset ansvar, jf. §1-1(2) og § 1-2, selskapskapitalen vil som hovedregel derfor være kreditorenes eneste dekningsmulighet.

Aksjeselskapenes historiske og økonomiske betydning har vært formidabel. Som Mads H. Andenæs understreker: «Historien om aksjeselskapets fremvekst er samtidig historien om Norges overgang fra primitivt naturalhusholds- og bondesamfunn til penge- og industrisamfunn»<sup>5</sup>. Siden det nederlandsk-Ostindiske Kompani etablerte en selskapsmodell med begrenset ansvar i 1602, har man sett hvordan man kan samle inn og forvalte kapital fra flere aktører, og gjennom et fellesskap gjøre det mulig å ta på seg store forpliktelser som bestilling av skip, utbygging av jernbanenett og opprettelsen av de store forretningsbankene. Gjennom selskapet kunne man både begrense risikoen for tap samtidig som man hadde muligheten for profitt.

Men med disse selskapene kom også et økende behov for reguleringer. Mens det i starten var få spesielle regler på dette området, og man helst anvendte de generelle avtalerettslige prinsippene og den alminnelige kontraktsfrihet, kom en etter hvert til det punkt der man søkte å beskytte aksjonærene, selskapet selv og kreditorene gjennom lov. I Norge kom den første aksjeloven i 1910,

---

<sup>1</sup> Egenkapital: differansen mellom selskapets balanseførte eiendeler og gjeld, se punkt 2.3

<sup>2</sup> NOU 1996:3 s.38-44

<sup>3</sup> Selskapets samlede midler

<sup>4</sup> NOU 1996:3 s.38

<sup>5</sup> Andenæs, s.12 og 13

altså lenge etter at aksjeselskaper var blitt anerkjent som selskapsform og som eget rettssubjekt. Lovgivningen var i stor grad kodifisering og klargjøring av gjeldende rett, og skulle bidra til å skape sikkerhet og forutberegnelighet for de berørte partene, dvs. aksjonærene, kreditorene og ledelsen.

Det var blant annet regler om selskapskapitalen som sto sentralt, og det er nettopp selskapskapitalen som vil være det sentrale i denne masteroppgaven.

Aksjeselskapet slik vi kjenner det i dag er regulert gjennom lov om aksjeselskaper fra 1997<sup>6</sup>. Når det gjelder selskapskapitalen er denne regulert ved flere ulike bestemmelser i nevnte lov. F.eks skal det ved selskapets stiftelse angis, tegnes og innbetales et visst minimumsbeløp som aksjekapital for selskapet. Etter 1 jan.2012 er dette minimumsbeløpet 30.000 kr, jf. asl.§3-1(1). Videre er det gitt regler som skal sikre at denne aksjekapitalen er reell, blant annet forbudet mot tegning til underkurs, strenge regler mht tingsinnskudd og innbetalingsregler. Disse reglene er viktige for å sikre at selskapet virkelig blir tilført den lovbestemte minimumaksjekapital, jf.§2-8(4)og §3-1(1) og at aksjonærene oppfyller sin innskuddsplikt, jf.§2-11. At dette er overholdt skal fremgå av den revisorbekreftede åpningsbalansen, jf.§2-8.

Etter stiftelsen vil den angitte aksjekapitalen kun ha historisk interesse, da disse pengene kan brukes til stiftelsen og i selskapets daglige virksomhet og således kan minke eller øke.

Regelen i §3-4 er ny med 1997-loven, før dette hadde vi ingen generell regel om selskapet sitt ansvar for selskapskapitalen.

Denne oppgaven skal i det følgende søke å klargjøre styret sine plikter, oppgaver og ansvar for å opprettholde en forsvarlig egenkapital.

---

<sup>6</sup> Denne oppgaven vil kun ta for seg aksjeselskaper, ikke allmennaksjeselskaper.

## 1.2. Kilder

Hovedkilden til denne oppgaven vil være lov 13.juni 1997 nr.44 om aksjeselskaper («asl.»).

Styrets ansvar for å påse at selskapet til enhver tid har forsvarlig egenkapital er i stor grad hjemlet i lov, og oppgaven vil derfor i stor utstrekning basere seg på tolkning av lovtekst og lovens forarbeider.

Jeg vil benytte meg aktivt av forarbeidene til begge aksjeselskapslovene. Grunnen til dette er at det er felles forarbeider til disse to lovene.

Det foreligger tre ulike sett med forarbeider til disse lovene som følge av at Odelstinget ønsket en lov for aksjeselskaper og en lov for allmennaksjeselskaper, og ikke en felles lov for de begge. Samt at lovene måtte tilpasses EØS-avtalen. Av denne grunn sendte de tilbake det første lovutkastet som baserte seg på en felles lov. Endringsforslagene til de nye aksjelovene hadde delvis sin bakgrunn i EØS-avtalen og kravet der om at den nasjonale lovgivningen skal tilpasses EUs regler på selskapsrettens område. Det ble imidlertid også foreslått en rekke innholdsmessige og lovtekniske endringer uavhengig av EØS-tilpasningen<sup>7</sup>.

Det første settet med lovforarbeider tilhørte det tilbakesendte lovutkastet og er; NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper. Dette var utredningen fra en arbeidsgruppe under ledelse av professor dr. juris Mangnus Aarbakke (aksjelovgruppen). Ot.prp. nr. 36 1993-94 Om lov om aksjeselskaper og Innst O nr 45 1994-95 Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskap.

I forbindelse med tilbakesendingen ble det anmodet om et forslag om nødvendig tilpasning til EØS-avtalen. En ville skille mellom ulike aksjeselskaper. Dette resulterte i endringsloven (lov 22.des 1995 nr 80 om endringer i lov om aksjeselskaper mv (EØS-tilpasning). Dennes forarbeider er; Ot.prp. nr.4 1995-96 om lov om endringer i lov 4.juni 1976 nr.59 om aksjeselskaper mv (EØS-tilpasning) og Innst. O. nr.23 1995-96.

Etter dette ble det utarbeidet to nye lovutkast som resulterte i vedtakelse av lovene om aksjeselskaper og allmennselskaper. De felles forarbeidene til de vedtatte lovene er; NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning. Utredning fra et utvalg under ledelse av professor dr.juris Erling Selvig (Aksjelovutvalget). I denne ble det tydelig uttalt at en skulle følge de retningslinjer som ble satt i det forkastede forslaget. Ot.prp. nr.23 1996-97 Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og allmennaksjeselskaper allmennaksjeloven). Dette lovforslaget bygget på NOU 1996 som igjen altså bygget på Ot.prp.nr. 36. Videre kom Ot.prp. nr.39 1996-97 Om lov om endringer i annen lovgivning som følge av ny aksjelovgivning m.v. Og til slutt Innst O nr.80 1996-97 Innstilling frå justiskomiteen

---

<sup>7</sup> Ot.prp. nr.23 s.9

om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringer i annen lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m.

Det tredje settet med forarbeider er egentlig mer korrekt etterarbeider, de kom på bakgrunn av at stortingets justiskomiteé ved vedtakelsen av lovene ba om at det skulle foretas en etterkontroll av lovene når det hadde gått fem år siden ikrafttreden. Formålet var å kontrollere om regelverket virket etter sin hensikt og lokalisere eventuelle problemer i aksjelovene som har vist seg i praksis. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) og Innst. O nr. 12 (2006-2007). På grunn av at dette er etterarbeider vil uttalelsene i disse ha begrenset vekt i den videre vurdering.

Bestemmelsen i någjeldende § 3-4 ble ikke endret. Det ble drøftet hvorvidt den skulle presiseres ytterligere, men departementet mente den var presis nok og den forble uforandret<sup>8</sup>.

Ved eventuell motstrid mellom dem vil forarbeidene til det vedtatte lovutkast gå foran<sup>9</sup>. Selv om det terminologisk er noe upresist å anse forkastede lovforslag som forarbeider, er disse til dels mer utførlige enn forarbeidene til det vedtatte lovutkastet, og kan derfor i stor grad kan gi føringer ved tolkninger av lovteksten. Det er videre antatt at mange av punktene er i overensstemmelse med hverandre, og at det derfor ikke er nevneverdig forskjell i deres rettskildemessige betydning i det store og det hele. Det ble til og med i forarbeidene til det vedtatte forslaget henvist til forarbeidene til det forkastede forslaget og presisert at man skulle ta utgangspunkt i dem, jf. «Aksjelovutvalget er gitt i oppdrag å utrede aksjerettslige spørsmål på bakgrunn av Stortingets behandling av Ot.prp.nr.36 (1993-1994), jf Innst.O.nr.45 (1994-1995)»<sup>10</sup>

Det finnes pr. dags dato ingen høyesterettsdommer som direkte knytter seg til §3-4 eller §3-5. Det som imidlertid finnes er noe rettspraksis fra de lavere instanser. Dommene som er funnet omhandler i stor grad erstatningssøksmål mot styremedlemmer, jf.§17-1 på bakgrunn av misligholdelse av §3-5 og §3-4. Disse er tatt med der de bidrar med å belyse rettstilstanden i dag sammenholdt med det forarbeidene uttaler.

Det kan se ut til at domstolene i stor grad har vært tilbakeholdne med å tilsidesette selskapenes og styrenes vurderinger av hva som er en forsvarlig egenkapital. Andenæs skriver i sin bok at «domstolene normalt sett ikke vil ha grunnlag for å tilsidesette selskapets vurderinger av hva som utgjør en forsvarlig egenkapital». Dette kan ikke bety at de ikke har mulighet til det, da ville jo hele bestemmelsen vært virkningsløs. Formålet bak bestemmelsen er jo som nevnt at det skal bli enklere

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr.55 s.17-22.

<sup>9</sup> Andenæs, s.5

<sup>10</sup> NOU 1996:3 s.6



å rette bl.a erstatningsansvar mot styret, jf. også §3-5 og § 17-1, noe som forutsetter at domstolene skal ha mulighet til å overprøve styrenes forsvarlighetsvurderinger.

### 1.3. Hensyn og formål bak loven og bestemmelsene

For å få en bedre forståelse av hvordan ordlyden i bestemmelsene skal forstås og tolkes er det nødvendig å se på formålet med bestemmelsene.

All lovgivning er en balanse mellom kryssende hensyn. På aksjelovens område står beskyttelse av kreditorene og beskyttelse av aksjonærene mot hverandre.

Forarbeidene uttaler at formålet med §3-4 er å gi «selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak.»<sup>11</sup>. Et annet hensyn som sto sterkt var behovet for et styrket kreditorvern<sup>12</sup>. Av forarbeidene og juridisk litteratur går det frem at kreditorvernet må anses som det underliggende formål<sup>13</sup>. At kreditorene i stor grad er blitt tilgodesett med beskyttelse skyldes at lovgiver har ønsket å bøte på enkelte uheldige virkninger av at selskapsdeltagerne har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser.

Aksjeloven inneholder bestemmelser om organiseringen av aksjeselskaper, forholdet mellom aksjeselskapet og de enkelte aksjonærene, forholdet mellom aksjonærene (minoritetsvern) og om forholdet til selskapets kreditorer (kreditorvern).

Mens aksjonærene sin interesse ofte vil være å få ut utbytte og få økonomisk avkastning av sin investerte aksjekapital, vil kreditorene sin interesse være at selskapet bruker gode driftsresultater til å styrke selskapets reserver og soliditet på sikt. Men interessemotsetningene vises ikke bare der selskapet går bra og det er tale om å ta ut kapital, det vil også komme til syne der selskapet går dårlig og taper kapital. Her vil aksjonærene ofte tilstrebe fortsatt drift uten tilførsel av kapital, mens kreditorene vil ønske tilførsel av ny kapital eller at selskapet avvikles. Fortsatt drift i disse tilfeller vil i praksis skje på kreditorenes regning og risiko, noe lovgiver har sett og gitt dem beskyttelse for.

Lovens overordnede formål er etter dette å finne de beste løsninger basert på en avveining av de kryssende hensyn og interesser som naturligvis vil oppstå mellom de ulike aktørene.

Dette betyr at hensynet til kreditorene ikke kan drives så langt at det går på bekostning av andre grunnleggende hensyn. Her er spesielt avveiningen mellom hensynet til kreditorene og ønsket om å

---

<sup>11</sup>Ot.prp. nr. 36 s.68 og Ot.prp.nr.23 s.51

<sup>12</sup>Ot.prp. nr. 36 s.74

<sup>13</sup> NOU 1992:29 s.37-39 og Ot.prp nr.36 s.67, samt Mads H. Andenæs s.418

legge forholdene til rette for nyetableringer og et konkurransedyktig næringsliv, som igjen vil være viktig for økonomisk vekst<sup>14</sup>.

Gjennom lovregulering kan lovgiver enten gi fravikelige bestemmelser som vil representere en normalløsning, men der lovgiver åpner for fleksibilitet og en stor grad av selvbestemmelse. Eller ufravikelige regler som ofte vil være til beskyttelse mot dårligere/skadelige løsninger for den svakere part (med like legitime interesser) eller generelt misbruk i selskapsforhold.

Ved fravikelige bestemmelser søker lovgiver ofte å foreta rasjonaliseringstiltak, altså lovfeste ting som før loven enten var vanlig å ta med i aksjonæravtalene, vedtektene eller annen avtale, eller sikre seg mot at noen ting ble foretatt. Når dette nå er lovfestet trenger ikke aksjonærene tenke på mange av de småtingene som før fylte vedtektene.

Et eksempel er innføringen av forkjøpsrett for de øvrige aksjonærene når en aksje skifter eier i aksjeselskap. Før 1997-loven sto det ingenting om dette i loven, og det ble da lagt ned mye arbeid i å utforme regler som sa noe om forkjøpsretten i slike tilfeller. Etter 1997-loven er dette klargjort i loven, og trenger ikke lenger gå frem av vedtektene.

En lovregulering av selskapsformene bidrar til å klargjøre rettstilstanden. Den vil på en oversiktlig måte skille ut selskapsformene etter sin art, og bidra til å gi dem en juridisk forankring. Gjennom legaldefinisjoner og regler vil forholdet mellom dem bli klarere. Lovgiver vil gjennom lovreguleringer bidra til sikkerhet og forutberegnelighet for de ulike selskapsparter, både innad i selskapet og ovenfor kreditorene. Bestemmelsene om egenkapitalen skal bidra til å trygge kapitalgrunnlaget i selskapet, bl.a ved å sette forbud mot ulike disposisjoner som svekker kapitalen<sup>15</sup>.

Med disse bestemmelsene ønsket altså lovgiver for det første å foreta en klarere betoning av plikten selskapets ledelse har til en forsvarlig forvaltning og økonomistyring. For det andre ønsket de et sterkere kreditorvern som følge av det økende antallet konkurser der de fleste hadde svært lav dekningsgrad<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Ot.prp. nr.23 s.14

<sup>15</sup> NOU 1996:3 s.8

<sup>16</sup> NOU 1992:29 s.37

## 1.4. Oppgavens videre oppbygning

Denne oppgaven skal søke å klargjøre styrets plikter, oppgaver og ansvar for å opprettholde en forsvarlig egenkapital, det vil i den anledning grundig gås gjennom §3-5 som inneholder regelen om styret sin handleplikt dersom egenkapitalen blir lavere enn forsvarlig. Samt mulige konsekvenser som følge av at styret ikke overholder sine plikter.

Oppgaven vil nå først presentere temaets rettslige plassering og oppgavens avgrensninger. Vi skal videre i oppgavens andre del klargjøre de sentrale begreper som oppgaven tar for seg. Deretter skal vi i den tredje delen se på selve forsvarlighetsstandard og dens innhold, herunder om det skal foretas en likviditet- eller soliditetsvurdering. Oppgavens fjerde del vil redegjøre for styrets plikter før en eventuell negativ økonomisk situasjon oppstår, og etter at en slik situasjon har oppstått. Avslutningsvis skal vi i oppgavens femte del se på styret sitt ansvar for unnlattelse av å oppfylle handleplikten.

## 1.5. Rettslig plassering og avgrensinger

Oppgaven avgrenses til de aksjeselskapsrettslige aspektene ved problemstillingen.

Allmennaksjeselskaper vil derfor bli behandlet kun i liten grad. Det er på det rene at reglene i de to lovene, asl og asal<sup>17</sup>, i stor grad er liklydende. Samt at hvorvidt en velger den ene eller den annen selskapsform kan bero på ulike faktorer, uavhengig av størrelse.

Videre vil oppgaven avgrenses til å gjelde *styret* sine plikter, oppgaver og ansvar. I henhold til lovteksten er adressaten for §3-4 «selskapet», men jeg har valgt å fokusere oppgaven på det organ som i praksis vil ha pliktene for å påse at denne blir overholdt, jf. §§6-12 og 6-13, og som i henhold til §3-5 vil ha ansvaret for å handle dersom egenkapitalen blir lavere enn forsvarlig.

Endelig vil denne fremstillingen bli gjort ut fra en selskapsrettslig vinkling, noe som vil si at andre rettsdisipliner som vil berøres, ikke vil bli utbrodert, kun satt i sammenheng med det selskapsrettslige aspektet. Dette gjelder særlig regnskapsloven, erstatningsrett og strafferett.

---

<sup>17</sup> Lov om allmennaksjeselskaper 13 juni 1997 nr.45 («asal.»)

## 2. Sentrale begreper

For å få en bedre forståelse av oppgavens tema, vil det nå bli gitt en kort forklaring til de begreper som vil være sentrale for problemstillingen.

### 2.1. Aksjeselskap

Pr. 31.12.2011 var det i henhold til statistisk sentralbyrå sin årsmelding 219.977 registrerte aksjeselskaper, samt 312 registrerte allmennaksjeselskaper<sup>18</sup>. Dette viser at aksjeselskap er en meget populær selskapsform og en av de vanligste måtene å organisere sin virksomhet på.

Begrepet aksjeselskap er uttømmende legaldefinert i aksjeloven §1-1(2), hvoretter man med aksjeselskap skal «forstå ethvert selskap hvor ikke noen av deltakerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser, hvis ikke annet er fastsatt i lov». Kort og upresist vil dette si alle selskaper med begrenset deltageransvar, dersom ikke annet er unntatt ved lov.

Unntatt ved lov er blant annet allmennaksjeselskaper, disse vil reguleres av egen lov, Lov om allmennaksjeselskaper 13 juni 1997 nr.45 («asal.»). Også disse selskapene har begrenset deltageransvar, men er skilt ut som følge av at man i Norge skiller mellom de «store» og de «små» aksjeselskapene. Mens aksjeselskaper er vanlig (men ikke begrenset til) der det er få aksjonærer, brukes allmennaksjeselskaper ofte der det er mange aksjonærer. Skillet mellom «små» og «store» selskaper er imidlertid upresist grunnlag for å skille mellom de selskapene som reguleres av asl og de som reguleres av asal. Det prinsipielle skille mellom de to selskapsformer vil derfor være knyttet til aksjespredning og adgang til å innhente kapital fra markedet<sup>19</sup>.

Stikkordet for begge selskapsformene er altså begrenset deltageransvar, det er nettopp dette som gjør aksjeselskapsformen så populært og suksessfullt. Ansvarsbegrensningen er videre det som skiller aksjeselskap fra andre former for virksomhet<sup>20</sup>. Som eget rettssubjekt (juridisk person)<sup>21</sup> vil ansvaret for selskapets forpliktelser kun ligge på dette, noe som gjør at aksjonærene kan foreta risikofylte virksomheter uten å risikere mer enn den innbetalte aksjekapitalen, jf.§2-1. En annen sak er at aksjonærene kan bli personlig ansvarlig på særlig grunnlag, f.eks etter §17-1 som omhandler erstatningsansvar, men dette vil falle utenfor oppgavens problemstilling.

---

<sup>18</sup> [http://www.brreg.no/presse/pressemedlinger/2012/01/fr-statistikk\\_n.html](http://www.brreg.no/presse/pressemedlinger/2012/01/fr-statistikk_n.html)

<sup>19</sup> NOU 1996:3 s.15

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.23 s.14.

<sup>21</sup> Kommer indirekte til uttrykk i § 2-20

### 2.1.1. Aksjeselskapets organisasjon

Aksjeselskap skal ha en generalforsamling, og denne reguleres i asl. Kap 5, det er gjennom generalforsamlingen aksjeeierne utøver den øverste myndighet i selskapet, jf. §5-1(1). I tillegg skal aksjeselskapet ha en ledelse som deles mellom styret, daglig leder og en eventuell bedriftsforsamling der visse vilkår for dette foreligger. Organiseringen av ledelsen er regulert i aksjelovenes kap.6. Det sentrale for denne oppgaven blir i hovedsak styret sine oppgaver, plikter og ansvar.

### 2.1.2. Styret

I henhold til §6-1(1) skal alle selskaper ha et styre, dette skal normalt velges av generalforsamlingen og vil som hovedregel bestå av minst tre medlemmer. Unntak kan gjøres der selskapet har en aksjekapital på mindre enn tre millioner, jf. §6-1(1) annen setning. Men da må det velges vara, jf. §6-3(1). Deres oppgave er i hovedsak forvaltningen av selskapet, jf. §6-12. At forvaltningen «hører under» styret betyr at dette både har en rett og en plikt (myndighet) til å organisere virksomheten slik styremedlemmene mener er mest forsvarlig. Inn under forvaltningen hører planlegging, organisering, fastsettelse av retningslinjer og kontroll av selskapet, jf. §§6-12 og 6-13. I henhold til §6-13 skal styret føre tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig. Dette kalles styrets tilsynsplikter. Styret er etter dette et kollegium valgt av eierne med fellesansvar for å fremme selskapet og eierne interesser, og deres viktigste oppgave er derfor å skape/synliggjøre verdier for eierne<sup>22</sup>.

## 2.2. Kreditorer

En selskapskreditor vil være en som har et krav mot selskapet, det kan være en tjeneste, vare eller betaling. De har gitt selskapet et lån eller kreditt, som på et tidspunkt skal tilbakebetales.

Siden aksjeselskaper har en ansvarsbegrensning for aksjonærene, vil kreditorene være avhengig av at selskapets egenkapital er stor nok til å dekke de forpliktelsene som selskapet har påtatt seg gjennom virksomheten. De vil derfor ha en stor interesse i at selskapet forvaltes godt og at egenkapitalen holdes på et forsvarlig nivå. At §§3-4 og 3-5 er kreditorvernregler er derfor helt åpenbart.

---

<sup>22</sup> PriceWaterhouseCoopers, Corporate governance s. 155

### 2.3. Egenkapitalbegrepet og formålet med egenkapitalen

For å få en bedre forståelse av egenkapitalens rolle er det viktig å ha oversikt over hva egenkapital faktisk er, og hvordan den utregnes. I utgangspunktet er egenkapital et regnskapsbegrep, men det har også selskapsrettslig betydning i forskjellige sammenhenger.

I henhold til lov om årsregnskap av 17. juli 1998 nr. 56 (regnskapsloven – rskl.) er aksjeselskaper som er hjemmehørende i Norge regnskapspliktige, jf. §1-1 jf. § 1-2(1) nr.1.

I henhold til rskl. §3-1 har selskaper plikt til å utarbeide årsregnskap og årsberetning i samsvar med loven. Hva disse konkret skal inneholde går frem av rskl. §3-1 til §3-3a. Årsregnskapet skal inneholde resultatregnskap, jf. §6-1 og 6-2 og balanse, jf. §6-2. Balansen vil bestå av en konto med eiendeler og egenkapital på aktiva-siden og gjeld på passiva-siden, og vil vise hvilke midler selskapet sitter med og på hvilke poster disse er fordelt.

Med selskapets egenkapital menes differansen mellom selskapets balanseførte eiendeler og gjeld, verdsatt etter regnskapslovens regler<sup>23</sup>. Egenkapitalen vil etter dette fremstå som selskapets *nettoformue*.

I henhold til asl. §3-1 skal et aksjeselskap nå ha en aksjekapital (aksjonærenes innskutte egenkapital, rskl. §6-2 post C1) på minst 30.000 kr, dette er en endring som kom 16. des 2011, og som trådte i kraft 1. jan 2012. Før dette skulle man ha minimum 100.000 kr i aksjekapital. For allmennaksjeselskaper fastsetter asal. §3-1 at de skal ha en aksjekapital på minimum en million kr.

Vi skiller mellom bundet og fri egenkapital, der den bundne egenkapitalen er det som selskapet plikter å ha tilgjengelig, mens den frie egenkapitalen vil være det overskytende som selskapet kan bruke til utdelinger<sup>24</sup> som f.eks utbytte, jf. legaldefinisjonen i asl. §8-1(3) eller lån til og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeierne, jf. §8-7.

Det er to grunnleggende hensyn bak reglene om pliktig, bundet egenkapital. De har først og fremst til formål å pålegge aksjonærene å investere i selskapet og å beskytte kreditorenes mulighet til å få dekning i selskapets eiendeler<sup>25</sup>. Dette kreditorvernet er særlig viktig da aksjonærene kun har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Reglene vil på denne måten fremstå som et motstykke til det begrensede deltakeransvaret.

---

<sup>23</sup> Rskl. Kap 4 og kap 5 som særlig henviser til "virkelig verdi"

<sup>24</sup> Jf. asl. § 3-6

<sup>25</sup> Andenæs, AS og ASA s.415

Den bundne egenkapitalen kan brukes ved stiftelsen, jf. §2-5 og i selskapets alminnelige omsetning, samt at midlene vil bidra til å gi selskapet likviditet og fremstå kredittverdig. Sistnevnte vil jeg komme nærmere tilbake til under likviditet- eller soliditetsvurderingen, se punkt 3.5.

Man sonderer videre mellom egenkapital og fremmedkapital, som kort sagt kun viser hvordan virksomheten blir finansiert, ved egne midler eller ved lån. Regnskapsloven skiller videre mellom innskutt og opptjent egenkapital, dette er det aksjonærene har skutt inn i form av aksjekapital og det selskapet har tjent gjennom driftsresultater.

Hva som går inn under bundet egenkapital er lovfestet i asl. Kap. 3 del 1. som består av fire bestemmelser. For det første vil aksjekapitalen være en del av den bundne egenkapitalen, dette er imidlertid ikke til hinder for at den brukes i virksomheten. For det andre har vi overkursfond, som består av den kapitalen som aksjonærene har investert utover aksjekursen. Denne er bundet og kan kun anvendes i henhold til de lovbestemte alternativene i §3-2 nr.1-4. For det tredje skal selskapet ha et fond for vurderingsforskjeller. Fond for vurderingsforskjeller skal være lik en positiv differanse mellom investeringens balanseførte verdi og dens anskaffelseskost<sup>26</sup>. For det fjerde skal selskapet ha et fond for urealiserte gevinster. Der eiendeler verdsettes høyere enn anskaffelseskost i selskapsregnskapet, skal differansen avsettes i dette fondet. Unntak er gitt i §3-3a(2) nr.1-4 for bl.a. pengeposter i utenlandsk valuta og for finansielle instrumenter etter rskl. §5-8. Denne bestemmelsen kom i 2005 og representerte en ny type bundet egenkapital etter aksjelovene, og avsetningskravet begrenser adgangen til å utdele utbytte, jf. asl. §8-1(1) nr.4.

For å dele ut utbytte kreves det i henhold til § 8-1 at det er grunnlag for det i årsresultatet for siste regnskapsår eller annen egenkapital. Selskapets innskutte aksjekapital kan således ikke gi grunnlag for utbytte. Selskapet må ha såkalt fri egenkapital, jf. § 8-1(3). Videre oppstilles det som krav at det må gjenstå minst 10 % av egenkapitalen etter utdelingen. Men selv der dette er oppfylt kan det være uforenlig med forsiktig og god forretningsskikk å utdele så mye eller noe i det hele tatt. Jf. §8-1(4). Denne vurderingen vil i stor grad ligne på forsvarlighetsvurderingen en foretar etter §3-4. At §8-1 åpner for en begrenset adgang til utdeling, vil i stor grad verne kreditorene slik at en ikke umiddelbart kan se behovet for ytterligere vern etter §3-4. Forarbeidene uttaler imidlertid at det var mest hensiktsmessig med et konkret minstekrav til egenkapitalen i tillegg til det generelle kravet om forsvarlig egenkapital<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Hvor mye som skal avsettes til dette fondet er ikke like opplagt i alle situasjoner, det er derfor utarbeidet et notat som skal klargjøre hvordan bestemmelsen om fond for vurderingsregler anvendes. Dette notatet finnes på [http://www.revisorforeningen.no/arch/\\_img/9366308.pdf](http://www.revisorforeningen.no/arch/_img/9366308.pdf), dette notatet er imidlertid noe utdatert da bestemmelsen ble endret i 2005 som en teknisk tilpasning til regnskapsloven § 5-17(3) nr. 4

<sup>27</sup> Ot.prp. nr.23 s.43-44

Reglene om den bundne og den frie egenkapital må ses i sammenheng med nettopp det denne oppgaven skal ta for seg, nemlig selskapets krav til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten, jf.§3-4 og styret sin handleplikt, jf.§3-5. Dette kommer frem i forarbeidene til aksjeloven, «Siden slike regler (reglene om bunden egenkapital) er utilstrekkelige til vern om kreditorenes interesser i tilfeller der et selskap går med underskudd, suppleres dessuten de nevnte bestemmelsene med regler som pålegger de som er involvert i selskapet, visse handleplikter for å redusere virkningene av at selskapet går med underskudd»<sup>28</sup>.

Formålet med å starte et aksjeselskap er som regel og tjene penger i form av utbytte og økt verdi på aksjene. Egenkapitalen vil her være sentral da den sammen med eventuell fremmedfinansiering (gjeld) skal finansiere oppstarten og videreføring av virksomheten for å oppnå dette<sup>29</sup>. Formålet med selve egenkapitalen er etter dette å gi avkastning til aksjonærene og tiltrekke egenkapitalfinansiering samt fremmedkapital.

På grunn av at egenkapitalen skal finansiere virksomheten selskapet driver, vil de fleste selskaper ha behov for mer kapital enn lovens minstekrav til aksjekapital – 30.000 kr. Det er derfor ikke uvanlig at selskaper har en vesentlig større egenkapital enn det loven anser som minimum. At også aksjekapitalen burde være høyere er fordi dette vil øke kreditorenes dekningsmulighet. Det kan undertiden anses som direkte uforsvarlig for etablerte selskaper å ligge på minstenivået. Dette kom særlig frem under Kongeparken-dommen<sup>30</sup> der høyesterett uttalte at «Aksjekapitalen i selskapet var på 50 000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig», dette til tross for at minste tillatte aksjekapital var 50.000 kr<sup>31</sup>. Her forutsettes det altså at selskaper med begrenset deltageransvar i noen tilfeller må ha en egenkapital som er høyere enn lovens minste aksjekapitalkrav.

---

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.36 s.45-46

<sup>29</sup> Woxholth, s.123

<sup>30</sup> Rt.1996 s.672

<sup>31</sup> 50.000 kr var minstekravet etter aksjeloven av 1976



### 2.3.1. Forsvarlig egenkapital - generelt

I henhold til asl. §3-4 skal selskapet «til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten».

Før denne bestemmelsen kom med aksjeloven av 1997, var rettstilstanden etter gjeldene lov at det ikke var oppstilt noe generelt krav til størrelsen av et aksjeselskaps egenkapital.

Det var ingen bestemmelser som regulerte tilfeller der egenkapitalen var blitt lav. I henhold til den gamle aksjeloven fra 1976 §11-12(4) var styret kun pålagt å informere generalforsamlingen dersom det fremgikk av balansen at to tredjedeler av aksjekapitalen var tapt. Det var videre i straffeloven gitt bestemmelser som ga styret en straffsanksjonert plikt til å begjære seg konkurs dersom egenkapitalen var blitt så lav at fortsatt drift ville gå på kreditorenes bekostning, jf. strl. §283a<sup>32</sup>. Hvis driften av et selskap påførte kreditorene tap, kunne det dessuten etter omstendighetene være aktuelt å ilegge ledelsen erstatningsansvar etter asl. 1976 §15-1, nå asl. §17-1.

I aksjelovsgruppens begrunnelse for den nye lovpålagte forsvarlighetsstandard tar de et oppgjør med gjeldende rett og anfører<sup>33</sup>:

*«Etter Aksjelovgruppens syn er gjeldende rett på dette område ikke helt tilfredsstillende. Bestemmelsen i aksjeloven §11-12 fjerde ledd går ikke særlig langt, og bestemmelsen i straffeloven §283 a kommer inn i bildet på et svært sent stadium i tilfeller der selskapet går med tap; først når ledelsen bør innse at kreditorene ikke vil kunne tilfredsstilles.*

*Aksjelovgruppen peker dessuten på at så lenge lovgivningen i så liten grad pålegger ledelsen klart definerte plikter, kan det være vanskelig å vinne fram med at ledelsen har opptrådt uaktsomt med hensyn til egenkapitaldekningen».*

Videre

*«(bestemmelsen) innebærer etter Aksjelovgruppens syn en konkretisering og skjerpelse av ledelsens plikter til å sørge for en forsvarlig egenkapitaldekning i selskapet. Dette vil ifølge gruppen blant annet ha betydning ved aktsomhetsbedømmelsen når det skal avgjøres om vilkårene for et erstatningsansvar er oppfylt».*

Begrunnelsen fra departementet oppsummerte godt at hovedformålet med § 3-4 var å formalisere ledelsens plikt til fortløpende å vurdere selskapets økonomiske stilling, samt foreta de nødvendige tiltak dersom egenkapitalen skulle bli lavere enn forsvarlig sett i forhold til selskapets virksomhet. Tanken var at «en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å

<sup>32</sup> Opphevet ved lov av 25 juni 2004 nr. 50, og erstattet med strl. §284

<sup>33</sup> Ot.prp. nr.36 s.67

*foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak»<sup>34</sup>.*

Men selv om denne bestemmelsen i første rekke skulle gi selskapet og styret en påminnelse og plikt til å reagere ved endringer i egenkapitalen (til det negative), er det ingen tvil om at det underliggende formålet med bestemmelsen var å forsterke kreditorvernet, som flere av høringsinstansene, bla. Aksjegruppen påpekte. I NOU 1992-29 s.37-39 påpekte de at den gjeldende lovs kreditorvernsregler ikke ga tilstrekkelig vern og at de burde innstrammes. De påpekte i sitt høringsbrev<sup>35</sup> de mange konkurser som ble åpnet, og at mangel på regler gjør dette uforholdsmessig risikofylt for kreditorene.

Bestemmelsen vil, bortsett fra å være en påminnelse om ansvar og et kreditorvern, også fungere som en skranke mot at ledelsen foretar aktive (risikofylte) handlinger som kan medføre at egenkapitalen blir mindre enn det som er forsvarlig ut ifra selskapets situasjon, jf. §3-4.

Formålet med den nye rettslige standarden var at det skulle bli enklere å legge ansvaret for forvaltningssvikt på styret. Som nevnt var det en ønskelig konsekvens at en lettere skulle kunne vinne frem med erstatningskrav mot ledelsen, §3-4 vil derfor også være en faktor i erstatningsvurderingen. Dette vil jeg komme nærmere inn på ved gjennomgangen av de rettsvirkninger som kan oppstå der styret misligholder sin handleplikt, se del 5.

Hvorvidt de nye regler bare innebærer en klargjøring av gjeldende rett, eller om de innebærer en reell skjerpelse av rettstilstanden, er det i rettsteorien ulike meninger om. Juridisk teori er i stor grad samlet og mener det nye forsvarlighetskravet har skjerpet styreansvaret<sup>36</sup>. Uttalelser i forarbeidene støtter dette og tilsier at også lovgiver tilsiktet en reell skjerpelse<sup>37</sup>. Reglene i §§3-4 og 3-5 er også etter min mening en skjerpelse. Selv om styret før denne bestemmelsen kom har hatt et forvaltningsansvar som også inkluderer det økonomiske ansvaret, mener jeg at denne bestemmelsen var nødvendig, da den mer presist konstaterer den plikten styret har, noe som vil bidra til å gjøre det enklere å vinne frem med erstatningsansvar. På den måten kan en si at det i dag ikke er gitt at det kreves like mye som før<sup>38</sup> for å ilegge et styremedlem ansvar for at egenkapitalen er blitt lavere enn forsvarlig.

Så hva ligger så i dette forsvarlighetsbegrepet, hva er forsvarlig egenkapital? Her har lovgiver gitt en direkte kobling til virksomheten selskapet bedriver. I henhold til §3-4 skal forsvarlighetskravet

---

<sup>34</sup> Ot.prp. nr.36 s.68

<sup>35</sup> NOU 1992:29 s.37

<sup>36</sup> Perland, Olav Fr. s.158 samt Andenæs, AS & ASA s.655 som henviser til Aarbakke m.fl. s.777 og 944

<sup>37</sup> Ot.prp.nr.23 s.51 som siterer fra Ot.prp.nr.36 s.68.

<sup>38</sup> Før bestemmelsen kom var det flere dommer som endte med frifinnelse da det skulle mye til før ansvar ble ilagt, jf. Rt 1931 s.498, Rt 1896 s.516 og Rt 1930 s.533

vurderes «i forhold til risikoen ved og omfanget av virksomheten». Dette kan ses i sammenheng med § 3-5 der en sier at egenkapitalen ikke skal være lavere enn forsvarlig.

### **3. Forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4 – dens innhold og betydning**

#### **3.1. Adressaten**

Adressaten for plikten etter §3-4 er «selskapet», altså alle de som opptrer på selskapets vegne. Dette vil i første omgang bety selskapets ledelse, herunder styret og daglig leder. Men «selskapet» er ikke begrenset til dette, da det må antas at generalforsamlingen og revisor også vil omfattes<sup>39</sup>. Det kan imidlertid ikke forstås slik at aksjonærene på noe tidspunkt kan bli forpliktet til å gjøre innskudd i selskapet i større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, jf.§1-2(2). Dette følger av grunnprinsippet om ansvarsbegrensning, jf. første ledd.

Jeg vil i denne oppgaven avgrense til kun å ta for meg styret som pliktsubjekt i motsetning til f.eks daglig leder, da det er de som i praksis har det øverste forvaltningsansvaret, jf.§6-12 og handleplikten dersom egenkapitalen skulle bli lavere enn forsvarlig, jf.§3-5.

#### **3.2. Tidspunkt for vurderingen**

##### **3.2.1.«til enhver tid»- en fortløpende vurdering**

I henhold til §3-4 skal selskapet «til enhver tid» ha forsvarlig egenkapital. Det er derfor et behov for og nærmere klarlegge hva «til enhver tid» innebærer.

Styrets oppgave i å påse at egenkapitalen er forsvarlig er etter ordlyden ikke begrenset til konkrete tidspunkter, slik som stiftelsen av selskapet, før visse beslutninger eller ved en eventuell oppløsning av selskapet. Kravet «til enhver tid» vil derfor si at styret har en plikt til å fortløpende ha/føre kontroll over den økonomiske situasjonen.

Styret har som nevnt det overordnede ansvar for forvaltningen av selskapet, jf. asl.§6-12. Det har videre en plikt til å holde seg orientert om den økonomiske situasjonen, jf.§6-12(3) og har plikt til, dersom det mistenker noe, å iverksette undersøkelser det finner nødvendig for å kunne utføre sine oppgaver, jf.§6-12(4). Hvor hyppig slike kontroller skal foretas må imidlertid bero på omstendighetene<sup>40</sup>. Forarbeidene uttaler at dersom egenkapitalen var tilfredsstillende etter det siste årsregnskapet, og det heller ikke i løpet av året inntreer noen forhold som kan ha vesentlig betydning

---

<sup>39</sup> Aarbakke m.fl. s.155 og 161

<sup>40</sup> jf.Magnus Aarbakke m.fl s.183.

for selskapets egenkapital, vil det ikke være nødvendig med hyppige kontroller<sup>41</sup>. Dette må også ses i sammenheng med daglig leders plikt(er) til å forelegge saker for styret, jf. §6-15 (se punkt 4.1.1).

Det er i forarbeidene uttalt at denne forsvarlighetsstandarden kan være litt lavere ved stiftelsen av aksjeselskapet. I henhold til §2-8(4) skal selskapet ha en egenkapital etter åpningsbalansen<sup>42</sup> som minst svarer til selskapets aksjekapital, med unntak der deler av den er blitt brukt til å dekke stiftelseskostnadene. Spørsmålet her vil, som Mads H. Andenæs påpeker<sup>43</sup>, være hvorvidt §3-4 innebærer ett ytterligere krav om at egenkapitalen skal være forsvarlig. I forarbeidene er det ikke sagt stort om dette. Det eneste som fremkommer er at departementet er enig i at det vil være store forskjeller mellom etablerte selskaper som har svekket egenkapital og nyetablerte selskaper som har lav egenkapital, men de vil allikevel ikke innføre et skille mellom disse situasjonene i lovteksten<sup>44</sup>. Det ble videre uttalt at det var viktig at regelen om forsvarlig egenkapital ikke skulle uthule det faktum at det skulle være tilstrekkelig for opprettelse av aksjeselskap at man hadde satt inn minimum aksjekapital, jf. §3-1(1). For selskaper som er etablerte vil det imidlertid kunne være et strengere krav til når egenkapitalen må anses forsvarlig, jf. §3-4.

Det er på det rene at etter nedsettelsen av aksjekapitalkravet vil kravet til forsvarlig egenkapital i større grad kunne komme på spissen. Det nye kravet på 30.000 er ikke mye sett i en forretningsmessig skala. Når man i tillegg kan benytte disse til å betale stiftelsesomkostningene sier det seg selv at virksomhetens økonomiske utgangspunkt kan være svært dårlig. Selv når kravet var på 50.000 ble det satt spørsmålstejn ved om dette kunne anses forsvarlig i forhold til den risikoen nyetableringer medførte. Og flertallet av høringsinstansene ville derfor heve dette kravet til 200.000, dette ble argumentert med inflasjonen som hadde skjedd, samtidig som det ville virke preventivt mot useriøse aktører<sup>45</sup>. Flere fremførte som motargument at 200.000 var for strengt og at det ville virke hemmende på den nyskapende delen av norsk næringsliv. Ved vedtagelsen av aksjeloven av 1997 ble minstekravet derfor hevet til 100.000 kr.

Da endringen til 30.000 ble vedtatt ved endringslov<sup>46</sup>, var dette fordi en anså at det lovbestemte aksjekapitalkravet ikke hadde reell vesentlig betydning for kreditorenes dekningsmuligheter. Man ville også i større grad tilrettelegge for ny virksomhet i aksjeselskapsform i stedet for den alternative NUF-formen<sup>47</sup>. Ved å gjøre det mindre kapitalkrevende å starte AS, ville man komme nærmere

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr.23 s.55

<sup>42</sup> Åpningsbalanse: en oppstilling av et selskaps eiendeler, egenkapital og gjeld, ved oppstart.

<sup>43</sup> Andenæs, s.214

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 23 s.52

<sup>45</sup> Ot.prp. nr.23 s.30

<sup>46</sup> LOV 2011-12-16 nr 63: Lov om endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv. )

<sup>47</sup> Norskregistrert utenlandsk foretak (NUF) er en norsk filial av et utenlandskregistrert selskap.

stiftelseskostnadene ved et NUF. Nedsettelsen ble altså gjort for å forenkle aksjeselskapsstiftning og harmonisere norsk rett med utenlandsk rett<sup>48</sup>.

Det må antas at selv med det nye minimumskravet, vil kravet til forsvarlig egenkapital måtte ses på samme måte, altså at kravet vil være lempeligere i oppstartsfasen enn det er for mer etablerte bedrifter. Det vil heller ikke i dag være ønskelig at kravet til forsvarlig egenkapital skal uthule stiftere sin mulighet til å stifte et selskap med den lovpålagte minimumsinnsettsen. Det vil dog bli spennende i fremtiden å se hvorvidt det nye kravet vil medføre flere konkurser eller ikke. Det må jo antas at med en så lav startkapital vil mange ha tilsvarende lav soliditet, noe som vil gjøre de spesielt sårbare ved kun det minste økonomiske tap og/eller markedssvingninger.

Minstekravet vil etter dette ikke ha stor betydning for kreditorvernet, det vil gi selskapet et startskudd, men sier ingenting om utviklingen av egenkapitalen i fremtiden.

Forsvarlighetskravet vil måtte knyttes til forholdene slik de fremstår på vurderingstidspunktet. Men dette utelukker ikke at selskapets ledelse kan eller skal nøye seg med noen statistisk vurdering. Ledelsen vil både ha en rett og en plikt til å ta hensyn til forventet fremtidig utvikling<sup>49</sup>. Det vil si at det er kunnskapen styret har på tidspunktet for vurderingen som er det sentrale for hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital. Noe som også vil ha betydning ved et eventuelt erstatningskrav etter §17-1. Bestemmelsen skal derfor ikke straffe etterpåklokskap.

### 3.3. Uttrykket «forsvarlig»- en rettslig standard<sup>50</sup>

Egenkapitalen skal være «forsvarlig» ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten, jf. §3-4.

Forsvarlighetskravet i §3-4 er en rettslig standard, noe som betyr at det er en målestokk eller mønster og omfatter de tilfeller der loven henviser til en målestokk utenfor seg selv. Det er altså et rettslig begrep som innebærer at normer utenfor begrepet selv er avgjørende for hvordan begrepet skal tolkes og anvendes. De kalles også skjønsmessige regler, og kan ofte være vilkår i en lovbestemmelse som har et subjektivt og ikke entydig innhold som gjerne angir en bestemt samfunnsmoralsk målestokk<sup>51</sup>.

Uttrykket «forsvarlig» er et relativt begrep. At det er relativt betyr at det er dynamisk, det kan forandre seg over tid.

---

<sup>48</sup> Prop.148 L s.12-16.

<sup>49</sup> Aarbakke m.fl. s.183

<sup>50</sup> Uttrykket er brukt i NOU 1996:3 s. 42 og Ot.prp nr.23 s.51 som viser til Ot.prp. nr. 36 s.68

<sup>51</sup> <http://www.jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2034/2037>

At egenkapitalen skal være «forsvarlig» jf. §3-4 korresponderer godt med §3-5 som uttrykker at egenkapitalen ikke skal være lavere enn forsvarlig. Og uansett hvilken vinkling man ser det fra vil dette spørsmålet, som oppgaven vil vise, bero på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av det enkelte selskaps økonomi og deres virksomhet. I henhold til lovteksten skal vurderingen knyttes opp mot «risikoen ved og omfanget av virksomheten». I departementets begrunnelse for lovforslaget anfører de at det «bør være et forsvarlig forhold mellom den virksomheten som selskapet driver og den egenkapitalen selskapet disponerer over»<sup>52</sup>.

Når de sier egenkapitalen selskapet «disponerer over», kommer det i forarbeidene frem at bestemmelsen refererer til den reelle og ikke balanseførte egenkapitalen<sup>53</sup>.

For at lovens formål skal oppnås er det derfor mest riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, ikke bare den balanseførte egenkapitalen. Det vil i praksis si at i tillegg til den regnskapsførte egenkapitalen må også ikke-regnskapsførte poster tas inn i vurderingen slik som for eksempel nærstående avtaler som enten vil tappe virksomheten for midler eller som vil tilføre midler. Det kan f.eks være overtakelsestilbud som overstiger den balanseførte verdien eller et fremtidig erstatningskrav. Men en slik vurdering fra selskapets side må selvfølgelig være basert på en forsvarlig vurdering. Ved tvil, kan man alltid holde seg til de balanseførte verdiene. Dette vil jeg komme nærmere inn på under likviditet eller soliditetsvurderingen (se punkt 3.5, særlig s.24-25) og ved drøftelsen rundt ikke-balanseført goodwill, se punkt 3.7.

Forsvarlig vil i denne anledning bety at selskapet har tilstrekkelig kapital til å kunne fortsette sin virksomhet uten innblanding fra blant annet kreditorer. Dersom egenkapitalen er høyere enn det som må antas å være forsvarlig åpner dette også for utdelinger da det er antatt at §3-4 oppsetter en ytterligere begrensning til §8-1<sup>54</sup>. Det er altså antatt at der selskapet ønsker å dele ut utbytte fullt ut jf. §8-1, kan ikke utdelingen redusere egenkapitalen til å være lavere enn forsvarlig.

---

<sup>52</sup> Ot.prp nr.23 s.52

<sup>53</sup> Ot.prp nr.23 s.52, Innst O 1996-97 s. 13

<sup>54</sup> Ot.prp. nr.23 s.43-44

### 3.4.«risikoen ved og omfanget av»

Når en skal vurdere hvorvidt et selskap har forsvarlig egenkapital, skal det legges vekt på «risikoen ved og omfanget av» den virksomheten de bedriver, jf. §3-4. Hva som er forsvarlig kan derfor være meget forskjellig, alt etter hva slags virksomhet selskapet bedriver.

#### 3.4.1.Risiko

For det første vil altså selskapets «risiko» være relevant ved forsvarlighetsvurderingen. Med risiko skal en her forstå fare for tap, selv om økt risiko også vil bety en mulighet til økt gevinst.

Dersom et selskap driver med risikobetont virksomhet i konjunkturbaserte eller sterkt konkurransepregede markeder, vil det automatisk knytte seg en risiko til deres inntekter. Slike selskaper vil derfor ha et strengere krav til egenkapitalen enn selskaper som driver i stabile markeder. Eksempler på slike bedrifter kan være aksjeselskaper som har spesialisert seg på salg av hagemøbler eller fritidsbåter, disse vil naturlig nok oppleve høykonjunktur på våren som vil avta ettersom sommeren nærmer seg slutten, mens de vil ha en lavkonjunktur på høsten og vinteren. For slike bedrifter er det viktig at de under høysesongen opparbeider seg god nok egenkapital og eventuelle reserver slik at de kan overleve måneder med dårlig salg. Eller at de innretter seg på annen måte, f.eks. ved å senke aktiviteten og kostnadsnivået.

Styret bør ved en forsvarlighetsvurdering foreta en analyse av hvilke risiki som knytter seg til bl.a. deres leverandører, produkter (lagerbeholdning, kurante/ukurante varer), kunder, konkurrenter og systemer.

Det kan også knytte seg risiko ved deres faste utgifter, det vil si at der de har et stort innslag av faste utgifter, vil de være mer utsatt dersom det skjer en negativ utvikling i omsetning. Dette vil igjen medføre at kravet til forsvarlig egenkapital økes.

Det kan videre knytte seg juridisk risiko ved virksomheten, noen selskaper og virksomheter vil naturlig nok være mer utsatt for erstatningssøksmål enn andre. Det kan også skje endringer i de rammebetingelser som selskapet må forholde seg til. Både lover og regler kan endres over tid og er derfor en del av risikobildet.

Mange virksomheter som driver risikobetonte virksomheter kan imidlertid sikre seg på ulike måter, noe som kan resultere i et lavere krav til egenkapitalen enn der dette ikke er gjort. Det kan være at de har ulike bedriftsforsikringer som dekker eventuelle skader/forsinkelser eller annet, eller de kan inngå langsiktige avtaler som sikrer en viss stabilitet på inntektssiden. Det kan også være relevant om selskapet har inngått sikringsavtaler for minimering av valutarisiko. De kan også sikre seg mot særlig risikovirksomhet ved å skille ut den delen av virksomheten fra den øvrige virksomheten.

Slike sikringstiltak vil måtte være en del av den konkrete helhetsvurderingen om egenkapitalen er forsvarlig.

Det må også tas i betraktning dersom selskapet er en del av et større konsern, og dets morselskap har et solid økonomisk grunnlag eller på annen måte er avhengig av deres tjenester eller varer.

Det finnes uendelige ulike aksjeselskaper, som alle driver en form for økonomisk virksomhet. Dette tilsier at de alle har en risiko for tap. Men denne risikoen er nødvendig for at det skal kunne skje en verdiskapning. Man må derfor ikke tolke kravet til en forsvarlig egenkapital så strengt at det er til hinder for at risiko tas i et visst omfang. Det er kun den uakseptable risikoen for tap kreditorene og aksjonærene er beskyttet mot.

Formålet med §3-4 er å beskytte kreditorene og til dels aksjonærene mot at ledelsen, særlig styret, utsetter dem for en uakseptabel risiko for tap<sup>55</sup>. For at dette formålet skal oppnås er det etter min vurdering viktig at §3-4 inneholder et selvstendig krav til kapitalen i selskapet, uavhengig av hva ledelsen mener.

#### **3.4.2.Omfang**

Videre skal det ved forsvarlighetsvurderingen legges vekt på omfanget av virksomheten. Selskaper som ønsker å foreta vesentlige utvidelser av virksomheten må i følge aksjelovutvalget vurdere om selskapets kapital situasjon tillater å basere utvidelsen på lånekapital, eller om det vil skape behov for styrking av egenkapitalen. Hvis selskapet ekspanderer, bør ekspansjonen vanligvis følges opp med en økning i egenkapitalgrunnlaget<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> NOU 1992:29 s.38

<sup>56</sup> NOU 1996:3 s.102 og 146



### 3.5.Likviditets- eller soliditetsvurdering

En relevant problemstilling i forbindelse med kravet til forsvarlig egenkapital er hvorvidt forsvarligheten skal bestemmes ut fra en likviditetsvurdering (vurdering av evnen til å betale sine forpliktelser ved forfall - betalingsevne) eller en soliditetsvurdering (vurdering av om verdien av selskapets eiendeler overstiger en bestemt andel av selskapets samlede forpliktelser).

Mens likviditet altså betyr selskapets betalingsevne og er et økonomisk uttrykk for kjøpeevne (på kort sikt), vil soliditet si noe om forholdet mellom eiendeler og gjeld og således selskapets evne til å tåle tap. I sistnevnte vurdering vil egenkapitalen være svært sentral da man regner denne som selskapets eiendeler minus selskapets gjeld, jf. regnskapsloven.

Det er viktig å ikke blande disse da selskaper som har god soliditet allikevel kan ha lav likviditet, dette vil skje der selskapet eier vesentlige aktiva (som overstiger gjelden), men der disse er vanskelige å omsette. På den annen side kan et selskap ha lett omsettelige aktiva og således god betalingsevne, men dårlig soliditet dersom summen av verdiene ikke overstiger den samlede gjelden.

I en soliditetsvurdering vil det kun være størrelsen på egenkapitalen som vil være av betydning, mens det i en likviditetsvurdering også skal tas hensyn til selskapets totale finansieringsstruktur.

I henhold til ordlyden asl.§3-4 er det «egenkapitalen» som sådan som skal være forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Dette tilsier en soliditetsvurdering, som kort sagt vil være selskapets evne til å tåle tap. Ordlyden gir etter dette ingen holdepunkter for at det også skal foretas en likviditetsvurdering.

At forsvarlighetsvurderingen ikke skal inneholde noen likviditetsvurdering kommer også frem i juridisk teori. Blant annet Mads H. Andenæs mener at likviditet vil falle utenfor begrepet «egenkapital», og at plikten til å sørge for en forsvarlig likviditet heller må utledes av ledelsens alminnelige forvaltningsplikt<sup>57</sup>. Han viser ellers til spesiallovgivningen, herunder finansieringsvirksomhetsloven §2-17 slik den lyder etter endringslov 30.juni 2006 nr. 38. Til tross for dette henviser han til forarbeidene og påpeker at det skal foretas en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, ikke bare av egenkapitalen. Men noe vurdering om dette tilsier en likviditetsvurdering gjør han ikke.

Imidlertid viser flere uttalelser i forarbeidene<sup>58</sup> at også likviditeten skal vurderes når det skal foretas en konkret helhetsvurdering<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Andenæs, AS & ASA s.419

<sup>58</sup> Ot.prp. nr.23 s.52, Innst. O 1996-97 s.13

Aksjelovutvalgets flertall sluttet seg til lovforslaget, men mente at utformingen av bestemmelsen skulle ta utgangspunkt i selskapets virksomhet, og ikke i dens egenkapital<sup>60</sup>. De begrunnet dette med at bestemmelsen burde rette seg mot det forhold som selskapets ledelse ville kunne ha kontroll over, og mente videre at:

*«Et alminnelig krav om egenkapitalens størrelse, slik som foreslått av departementet, er etter sin form nærmest adressert til aksjeeierne og kan leses slik at disse har en plikt til å tilføre selskapet ytterligere kapital ut over allerede foretatte aksjeinnskudd. Dette vil i tilfelle bryte med et av hovedprinsippene i aksjeretten, nemlig at det må være aksjeeierne som fastlegger størrelsen på den kapital som selskapet skal tilføres»<sup>61</sup>.*

Aksjelovutvalget presiserer så hva som ligger i uttrykket «egenkapital» og den forsvarlighetsvurdering som selskapet må foreta:

*«Med egenkapital forstås her selskapets virkelige egenkapital ikke den balanseførte. Dette utgangspunktet må nyanseres dersom selskapet har ansvarlig låan, en gunstig langsiktig finansiering eller andre finansielle forhold som bidrar til at selskapet har et mer solid kapitalgrunnlag enn det egenkapitalen isolert sett gir uttrykk for. På den andre siden må det også tas i betraktning hvilken gjeldsgrad selskapet har, samt forpliktelser som ikke fremgår av balansen, så som kausjonsansvar, garantier mv. **Utvalget vil poengtere at det må foretas en helhetsvurdering av hele selskapets reelle kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen (min uthevelse)**<sup>62</sup>».*

Departementet mente på sin side at spørsmålet om virksomheten skulle tilpasses egenkapitalen eller omvendt var uvesentlig da selskapets valg mellom å hente inn ytterligere ny egenkapital eller å begrense risikoen ved og omfanget av virksomheten, blant annet ville avhenge av markedsforhold og selskapenes øvrige forretningsmessige vurderinger<sup>63</sup>.

Også lovteknisk ble det påpekt at forsvarlighetskravet burde knytte seg til egenkapitalen da dette ville harmonisere bedre med lovens øvrige bestemmelser, særlig §3-5 og utdelingsreglene.

Når det gjaldt innvendingen om at henvisningen i lovteksten til selskapets egenkapital er for unyansert, var departementet enig med Aksjelovutvalget i at det ut fra de formål bestemmelsen har, måtte være riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av

---

<sup>59</sup> Dette støttes blant annet av Løvdaal på s.497.

<sup>60</sup> NOU 1996:3 s.43

<sup>61</sup> Ot.prp nr. 23 s.49 som viser til utredningen s.43.

<sup>62</sup> NOU 1996:3 s.102

<sup>63</sup> Ot.prp. nr.23 s.51.

egenkapitalen. Men de mente samtidig at bestemmelsen var klar nok, og således ikke trengte og forandres<sup>64</sup>.

Særlig denne uttalelsen gir et inntrykk av at begrepet «egenkapital» må forstås i en vid betydning, og at den ikke vil være begrenset til den balanseførte egenkapital, men at det må foretas en forsvarlighetsvurdering av hele selskapets økonomiske stilling.

#### **Oppsummering av hva som ligger i begrepet «egenkapital», jf. §3-4.**

Den reelle egenkapitalen må etter dette utregnes på følgende måte<sup>65</sup>:

**Regnskapsført egenkapital (dvs. samlet egenkapital på bestemt tidspunkt)**

- + merverdier for eiendeler (dvs. differansen mellom virkelig verdi og balanseført verdi)
- + FoU (f.eks. produkter som er utviklet eller under utvikling som ikke er balanseført mv)
- + goodwill (f.eks. portefølje av kunder eller varemerke/merkevare som ikke er balanseført mv.)
- + gjeld til aksjonærer, nærstående, selskaper innenfor samme konsern mv. (dvs. blir ofte betraktet for å være reell egenkapital mv.)
- garantier (f.eks. forpliktelser for varer og tjenester som ikke er balanseført mv.)
- kausjonsansvar (f.eks. kausjon for lån som ikke er balanseført mv.)
- + / – andre forhold (f.eks. varekontrakter, terminkontrakter for valuta mv som ikke er balanseført mv.)

---

**= Reell egenkapital (dvs. verdijustert egenkapital)**

Ut ifra det som nå er gjennomgått kan vi se at vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig skal gjøres ut fra en kombinert vurdering der soliditeten vil være et utgangspunkt, men der også likviditeten vil være sentral.

---

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 23 s.52.

<sup>65</sup><http://www.regnskapshjelp.no/fagstoff/forsvarlig-egenkapital/>

### 3.6.Fortsatt drift

Hvorvidt selskapet skal fortsette sin virksomhet eller avvikles er av stor betydning for forsvarlighetsvurderingen. Både fastsettelsen av det samlede kapitalgrunnlag og egenkapitalen vil avhenge av hva man velger. Dette begrunnes i at dersom en legger til grunn at et selskap skal avvikles (el. likvideres som kort sagt betyr at eiendelene blir solgt i løpet av kort tid, før selskapet oppløses, typisk ved konkurs) vil mange av dens verdier falle betraktelig, mens dersom en forutsetter fortsatt drift vil verdiene være mer eller mindre intakte<sup>66</sup>. Det kan sammenlignes med en bruktbil, dersom man har en to år gammel bil vil den mens man selv har den ha den samme verdien, men om man velger å selge den vil den ha falt kraftig i pris i forhold til ny-prisen.

En forsvarlighetsvurdering som ikke tar stilling til *fortsatt drift* kan derfor bli svært misvisende.

Det går frem av forarbeidene at en skulle vurdere kravet om forsvarlig egenkapital ut ifra en forutsetning om fortsatt drift av virksomheten dersom dette fremstår som mest sannsynlig<sup>67</sup>. Fremstår det derimot som sannsynlig at driften vil bli lagt ned, må dette legges til grunn. Det er antatt at det i denne vurderingen er sammenfall mellom de grunnleggende regnskapsprinsipper og aksjeloven. I henhold til rskl.§4-5 skal årsregnskapet «utarbeides under forutsetning om fortsatt drift så lenge det ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet». Videre følger det av rskl.§3-3a nr.1-3 at selskapet skal uttale seg om forutsetningen for fortsatt drift i årsberetningen.

En skal derfor forutsette «fortsatt drift» dersom avvikling ikke er sannsynlig innenfor en tidshorisont på minst ett år<sup>68</sup>.

### 3.7.Særlig om ikke balanseført goodwill

Etter at det er fastsatt at det er den reelle egenkapitalen som skal vurderes når det tas stilling til om egenkapitalen er forsvarlig, vil det oppstå spørsmål om hvilke forhold man kan vektlegge når man skal bestemme hva den reelle egenkapitalen er. Det er klart at den vil inneholde den balanseførte egenkapitalen, men hva med forhold som ikke kan leses ut av papirene.

Et spørsmål som så reiser seg er om dette omfavner ikke-balanseført goodwill. I henhold til rskl.§5-7 skal man med balanseført goodwill forstå "differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten". Goodwill er helt enkelt immaterielle faktorer som bidrar til å øke et selskaps verdi. Det kan være et merkenavn, en dedikert og solid kundebase, eller nye integrasjoner eller partnere. Det vil altså i regnskapet vises

---

<sup>66</sup> Tellefsen m.fl., s. 28. Mener at forutsetningen om fortsatt drift er viktig da selskapet antas å leve så lenge at det får avsluttet sine pågående transaksjoner og forretninger på en naturlig måte.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr.23 s.52.

<sup>68</sup> <http://www.magma.no/forsvarlig-egenkapital> skrevet av Tore Bråthen

goodwill som er kjøpt, men hva så med den goodwillen som er «egenprodusert», skal den også tas med i vurderingen om forsvarlig egenkapital?

Departementet anfører i sin redegjørelse på s. 53 et eksempel på at reell verdi må legges til grunn der det foreligger et overtakelsestilbud fra et annet selskap som overstiger den balanseførte egenkapitalen. Dette vil da tilsi en fremtidig ikke-balanseført goodwill som altså må tas inn i vurderingen. Hvorvidt de skal tas med i vurderingen må bero på om de genererer en sannsynlig fremtidig kontantstrøm til selskapet. Det er uttalt i juridisk litteratur at ettersom goodwill kan være vanskelig å bedømme, bør det stilles strenge krav til om verdien er sannsynliggjort<sup>69</sup>. Dersom styret er i tvil om den reelle egenkapitalen også omfatter goodwill, enten fordi de er usikre på den fremtidige avkastningen på et prosjekt, eller der de av annen grunn tviler på goodwillens faktiske størrelse, skal det normalt holde seg til den (lavere) balanseførte verdien<sup>70</sup>.

### **3.8.En oppsummering av forsvarlighetsvurderingen**

Hva som anses som forsvarlig egenkapital i det enkelte selskap må derfor bero på en konkret helhetsvurdering, der en i følge forarbeidene skal vurdere hele selskapets *økonomi* etter regnskapslovens prinsipper sett i forhold til dens virksomhet og forutsette fortsatt drift der dette er det mest sannsynlige.

---

<sup>69</sup> <http://www.magma.no/forsvarlig-egenkapital> av Tore Bråthen

<sup>70</sup> Ot.prp. nr.23 s.52.

## 4. Styrets plikter og oppgaver

Styre sine plikter og oppgaver når det gjelder selskapets økonomiske situasjon kan deles inn i to deler, der ansvaret frem til en prekær økonomisk situasjon oppstår vil reguleres av §3-4, mens det som skjer etter vil reguleres av §3-5. Etter dette ser vi at mens §3-4 har en preventiv funksjon som skal påse at en økonomisk krise ikke skal skje, vil §3-5 ha en gjenopprettende funksjon der selskapet befinner seg i en økonomisk krise.

### 4.1.Før en eventuell negativ økonomisk situasjon oppstår

I henhold til §3-4 «skal» styret fortløpende se til at selskapet forvalter sine midler slik at egenkapitalen ikke blir lavere enn forsvarlig. Det er altså et krav som blir stilt til den balansen som til enhver tid vil finnes. De har etter dette en lovbestemt plikt til å påse at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital, vurdert ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten<sup>71</sup>.

Hva de helt konkret plikter å gjøre før en slik situasjon oppstår sier bestemmelsen ingenting om, men det må antas at den refererer til de oppgaver som går frem av tilsynsplikten i §§ 6-12 og 6-13.

#### 4.1.1.Tilsynsplikten

De skal altså i medhold av sin kompetanse vedta planer og budsjetter, og de skal også iverksette undersøkelser for å påse at de blir overholdt og fulgt. Styret har videre ansvaret for å underskrive årsregnskapet og årsberetningen, jf. rskl. §3-5. Og styret vil iallfall en gang i året ha en konkret plikt til å gå over regnskapet.

Utenom dette skal de få underretning av daglig leder minst fire ganger i året om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling, jf. §6-15(1). Rapporten fra daglig leder vil være sentral i styrets vurdering, og den må derfor være av en slik art og et slikt omfang at styret har muligheten til å foreta en vurdering av selskapets økonomiske stilling<sup>72</sup>.

I tillegg kan de til enhver tid av daglig leder kreve redegjørelser om bestemte saker, jf. §3-15(2), dette samsvarer med §6-12(4) som sier at styret kan iverksette de undersøkelser det finner nødvendig for å kunne utføre sine oppgaver. Styret har altså i tillegg til krav på informasjon, en selvstendig aktivitetsplikt for å holde seg oppdatert<sup>73</sup>.

Hvor ofte de skal kreve undersøkelser utover de gangene de får informasjon fra daglig leder er ikke regulert. Det vil dog være naturlig at styret foretar slike kontroller dersom de enten mistenker noe, eller vet at selskapet skal igjennom endringer som krever en viss egenkapital. Det kan være planlagte og kostnadskrevende prosjekter eller utbedringer (Rt.1991 s.119 som omhandler kjøp av nytt skip),

<sup>71</sup> bl.a. Ot.prp. nr.23 s.55 og Ot.prp. nr.36 s.172

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 23 s.148

<sup>73</sup> NOU 1996: 3 s.137

eller der selskapet forventer store økonomiske tap enten pga salgssvikt eller erstatningssøksmål. Det er også klart at ledelsen må vurdere egenkapitalen dersom de planlegger utbytteutdelinger eller lignende.

Av rettspraksis som berører dette har vi Rt.1996 s.742, "Minor-dommen". I denne dommen kom Høyesterett frem til at "styret har ansvar for å sørge for en forsvarlig finansiering av selskapet, og må i denne forbindelse vurdere om det er grunnlag for å ta opp lån" (s.760). Dommen er avsagt på grunnlag av den eldre aksjelovgivningen der §§3-4 og 3-5 ikke var inntatt. Asl.§3-4 fremstår etter dette som en presisering av styrets forvaltningsansvar.

Brudd på tilsynsansvaret vil etter omstendighetene kunne medføre erstatningsansvar etter §17-1 og straffeansvar etter §19-1, jf. noter som fremgår av både §§6-12 og 6-13<sup>74</sup>.

### **Oppsummering:**

Før en negativ økonomisk situasjon har altså styret en bred adgang til, og således gode forutsetninger for, å kunne påse at selskapet til enhver tid holder seg innenfor de rammer som er oppsatt for en forsvarlig drift med en forsvarlig egenkapital. Samtidig har de mulighet til å se eventuelle utfordringer før de blir så store at de medfører at egenkapitalen blir lavere enn forsvarlig, samt iverksette tiltak for å unngå dette.

Til tross for dette vil det undertiden være umulig for styret å kunne forutse alt, f.eks finanskriser eller andre uforutsette situasjoner som kan bidra til at selskapet taper egenkapital og kommer under det som må antas å være forsvarlig. I det videre skal jeg derfor ta for meg styret sine plikter der en slik situasjon har oppstått.

---

<sup>74</sup> Se også LG-2007-21395, LA-2007-37537 og forutsetningsvis NOU 1996:3 s.197

## 4.2. Styrets plikter og ansvar etter at en negativ økonomisk situasjon har oppstått - § 3-5

«§ 3-5 Handleplikt ved tap av egenkapital

(1) Hvis det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, skal styret straks behandle saken. Det samme gjelder hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4, skal styret på generalforsamlingen foreslå tiltak for å rette på dette.

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

### 4.2.1. Bakgrunn

Under forarbeidet med den nye aksjeloven kom det frem at det for private aksjeselskaper kun fantes en hjemmel for handleplikt, en informasjonsplikt. I henhold til den dagjeldende lov §11-12(4) pliktet styret å gjøre generalforsamlingen oppmerksom på forholdet dersom balansen viste at to tredjedeler av aksjekapitalen var tapt.

Aksjeutvalget mente at nå som det skulle gjelde et krav til forsvarlig egenkapital, måtte dette få en tilsvarende regel om handleplikt. De gikk derfor inn for at styret også skulle ha en handleplikt dersom selskapet hadde tapt en betydelig del av sin egenkapital<sup>75</sup>.

Handleplikten skulle ivareta både aksjonærenes og selskapskreditorenes interesser. Dessuten anså man at styret ville ha en egeninteresse i en avklaring av situasjonen, da en videre drift som ville påføre kreditorene ytterligere tap ville kunne føre til erstatningsplikt etter de alminnelige ansvarsregler.

Man vurderte så hvilken utforming denne skulle ha, og diskuterte først hvorvidt den skulle få en tilsvarende ordlyd som den man hadde fått for allmenne aksjeselskaper i asal. §9-6, som sa at styret hadde en handleplikt dersom den reelle egenkapitalen ble lavere enn halve aksjekapitalen<sup>76</sup>.

Dette mente aksjeutvalget imidlertid var en dårlig ide, da en egenkapital under halve aksjekapitalen allikevel ikke ville si mye om selskapets reelle, økonomiske stilling. Man trakk særlig frem at noen virksomheter var sesongbetonte og dermed kunne ha økonomiske svingninger som ikke nødvendigvis tilsa økonomiske problemer i en sesongbetont nedgangskonjunktur<sup>77</sup>. Man ønsket

---

<sup>75</sup> Ot.prp nr.23 s.52

<sup>76</sup> Ble vedtatt ved lov 22. Desember 1995 nr.80.

<sup>77</sup> Ot.prp nr.23 s.53 som viser til Ot.prp nr. 36 s.74



derfor at handleplikten også skulle harmonere med den nye forsvarlighetsvurderingen i §3-4, og mente at handleplikten skulle inntre der det måtte antas at egenkapitalen var lavere enn forsvarlig.

Etter departementets syn innebærer Aksjelovutvalgets utforming av bestemmelsen et rimelig kompromiss mellom på den ene side hensynet til klarhet og forutberegnelighet, og på den andre side ønsket om en viss fleksibilitet og tilpasningsmuligheter<sup>78</sup>. De mente imidlertid at hensynet til kreditorene tilsa at man også hadde et generelt objektive kriterium, noe også aksjeutvalget så verdien av<sup>79</sup>.

Resultatet ble etter dette at en vedtok en handleplikt ved to alternative kriterier, et subjektivt og et objektive.

#### **4.2.2. Handleplikten inntre i to tilfeller**

Bestemmelsen inneholder to alternative kriterier for at styrets handleplikt skal oppstå. Formålet med disse reglene er å sette en grense for hvor lenge selskapets virksomhet kan utøves med tap før styret må reagere. Dette er særlig en kreditorvernregel da handleplikten skal bidra til at virksomheten ikke fortsettes på kreditorenes bekostning, men også aksjonærene vil ha en legitim interesse i at selskapet retter opp en eventuelt uforsvarlig egenkapital.

Handleplikten inntre i henhold til §3-5(1) for det første der egenkapitalen må antas å være lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Bestemmelsen slår fast styrets aktivitetsplikt dersom selskapet har en lavere egenkapitalen enn det som er forsvarlig, jf. §3-4.

En må altså foreta den samme forsvarlighetsvurderingen som man gjør etter §3-4. Denne vurderingen vil være skjønnsmessig og således subjektiv.

Handleplikten for styret inntre for det andre der det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, jf. §3-5 (1) annen setning. Med egenkapital skal en her forstå den reelle egenkapitalen, dog ikke slik at man skal kunne foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av om selskapets samlede kapitalgrunnlag allikevel fremstår som forsvarlig<sup>80</sup>. Det vil si at der egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen skal styret underrette generalforsamlingen selv om de mener den fortsatt er forsvarlig, jf. første alternativ.

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr.23 s.54

<sup>79</sup> Et slikt objektive kriterium var dessuten i samsvar med svensk, dansk og relevant EF-rett, jf. annet selskapsdirektiv art 17. Selskapsdirektivene gjelder i utgangspunktet bare for selskaper av ASA-typen, men i Norge er direktivene i stor utstrekning også gitt tilsvarende anvendelse for aksjeselskaper, jf. Sundby, Anne Cathrine.

<sup>80</sup> Ot.prp nr.23 s.54 og 55.

### 4.2.3. Når inntreer handleplikten

Handleplikten oppstår fra det tidspunkt da det «må antas» at egenkapitalen er blitt lavere enn forsvarlig eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Fristen begynner altså å løpe fra det tidspunkt da dette lar seg konstatere<sup>81</sup>. Siden styret har en plikt til å kontinuerlig ha kontroll over samt vurdere selskapets økonomi<sup>82</sup>, bør styret tidlig i en prekær økonomisk situasjon kunne igangsette tiltak for å begrense skadeomfanget.

Til tross for at juridisk teori<sup>83</sup> henviser til at handleplikten inntreer fra det tidspunkt når man kan *konstatere* at egenkapitalen har blitt lavere, vil en ordlydstolkning av «må anta» tilsa at det ikke kreves en identifiserbar faktisk hendelse. Det vil være tilstrekkelig med en antagelse fra styret om at egenkapitalen kan ha blitt lavere enn det som må anses som forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten.

Dette kan også underbygges av en normal forståelse av at styret «straks» skal behandle saken, jf. §3-5. Det kan ikke ha vært lovgivers mening at styret skal behandle en sak før man forventer at styret har blitt oppmerksom på den etter §6-12(3). Dette blir indirekte omtalt i NOU 1996:3 s.44 der det uttales:

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

Oppsummert vil dette etter min mening si at styret har en kontinuerlig tilsynsplikt jf. §3-4 som er en presisering av §6-12(3) og at handleplikten, jf. §3-5 inntreer etter at styret har foretatt en forsvarlighetsvurdering av egenkapitalen, og der resultatet av denne viser at den reelle egenkapitalen er uforsvarlig lav eller er blitt lavere enn halvparten av aksjekapitalen.

### 4.3.4. Saksbehandlingsregler

For styrebehandlingen i forbindelse med kravet til forsvarlig egenkapital gjelder vanlige saksbehandlingsregler.

---

<sup>81</sup> Andenæs, As & ASA s.422

<sup>82</sup> jf. ordlyden i § 3-4 «til enhver tid» samt §6-12 tredje ledd og Ot.prp nr.23 s.55

<sup>83</sup> Andenæs, AS & ASA, s.422

#### 4.2.5. Styret skal straks behandle saken

Handleplikten innebærer i første omgang at styret «straks» skal behandle saken. De skal altså så raskt som mulig avhjelpe situasjonen i den grad dette er mulig innenfor deres myndighetsområde.

Andenæs mener et eksempel på dette kan være å søke å redusere selskapets forpliktelser<sup>84</sup>.

Forarbeidene viser til tiltak for å rekonstruere virksomheten eller forbedre selskapets kapitalgrunnlag slik at ytterligere tap for aksjeeiere og kreditorer hindres og selskapet unngår avvikling<sup>85</sup>.

Ved å benytte begrepet «straks» har lovgiver gitt klar beskjed om at styret skal behandle saken uten unødvendig forsinkelse. Dette for å tilstrebe at noe blir gjort før det er for sent. Dette må derfor innebære at en uforsvarlig forsinkelse av handlingene i seg selv vil kunne medføre erstatningsansvar<sup>86</sup>.

At styret straks skal «behandle saken» vil tilsi at de skal ta opp den økonomiske situasjonen i styret, enten gjennom et fysisk styremøte, eller gjennom annen betryggende måte, jf. §6-19.

Styrebehandling på grunn av uforsvarlig egenkapital er ikke konkret angitt som grunn for at et fysisk styremøte må foretas, det vil derfor være opp til styret hvordan de vil behandle saken. Forutsetningen er at behandlingen skal være betryggende. I praksis benyttes telefon- og videokonferanser i stor grad.

«Behandle saken» vil derfor tilsi at situasjonen blir satt på dagsordenen, videre at det skal iverksettes undersøkelser som gir styret et vurderingsgrunnlag på hvorvidt egenkapitalen er under det som kan anses forsvarlig ut i fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. Gjennom disse undersøkelsene vil styret kunne identifisere hvor utfordringene ligger og hva som konkret er årsaken til at egenkapitalen er blitt uforsvarlig lav.

---

<sup>84</sup> Andenæs, AS & ASA s.422 som viser til Aarbakke m.fl. s.159

<sup>85</sup> NOU 1996:3 s.146

<sup>86</sup> Olav Fr. Perland, s.138.

#### 4.2.6. Kan styret iverksette egne tiltak

I henhold til §3-5 omfatter handleplikten å behandle saken, innkalle til generalforsamling, gi denne en redegjørelse over selskapets økonomiske stilling og dersom egenkapitalen er uforsvarlig, foreslå tiltak som generalforsamlingen kan gjennomføre for å rette på dette. Bestemmelsens ordlyd sier etter dette ingenting om at styret selv kan iverksette tiltak.

Forarbeidene peker i samme retning, "Styrets plikt går ikke lenger enn til å vurdere situasjonen og foreslå mulige tiltak for generalforsamlingen. Det er således opp til aksjeeierne gjennom generalforsamlingen å avgjøre hva som skal gjøres." <sup>87</sup>

Men ser man styret sine oppgaver som helhet vil §3-5 måtte ses i sammenheng med §6-12 som gir en plikt og en myndighet til å forvalte selskapet. Dette tilsier at de i stor grad kan foreta endringer (innenfor sin myndighet) i organiseringen av selskapet som kan bidra til at utgifter kuttes eller inntjening økes, som i seg selv kan være tiltak som kan forbedre egenkapitalsituasjonen og få den på et forsvarlig nivå<sup>88</sup>.

#### 4.2.7. Styret skal «innen rimelig tid» innkalle generalforsamlingen

I henhold til §3-5(1) tredje punktum skal styret «innen rimelig tid» innkalle til generalforsamling, og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dette gjelder både der egenkapitalen må antas å være lavere enn forsvarlig og der egenkapitalen er blitt mindre enn halve aksjekapitalen.

Tidsfristen vil naturlig nok måtte begynne fra det tidspunkt der en må anta (etter en forsvarlig vurdering) at egenkapitalen er blitt uforsvarlig eller der den er blitt mindre enn halve aksjekapitalen.

Hva som ligger i begrepet «innen rimelig tid» vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet, og vil bero på omstendighetene f.eks. om selskapet er i oppstartingsfasen eller hvor det er tale om en godt etablert virksomhet som plutselig opplever dramatisk negativ utvikling.

Uttalelser i forarbeidene påpeker at det ikke foreligger noen umiddelbar plikt til å innkalle generalforsamlingen, dette for å ta hensyn til at styret kan ha behov for noe tid til å vurdere og klarlegge situasjonen, samt utarbeide redegjørelse og forslag til tiltak overfor generalforsamlingen<sup>89</sup>. At det ikke må skje umiddelbart vil også gi styret tid til å se om nært forestående høykonjunktur slår an, eller der de arbeider med en refinansiering. Ved sistnevnte kan det til og med være hensyn som

---

<sup>87</sup> NOU 1996:3 s.146.

<sup>88</sup> Slik Olav Fr. Perland forstår uttalelsene i NOU 1996:3 s.43-44 sammenholdt med uttalelsene i Ot.prp.nr.23 s.51-52. Se i samme retning Aarbakke m fl s.157 som viser til at uttalelser i NOU 1996:3 s.146 kan tolkes i motsatt retning.

<sup>89</sup> NOU 1996:3 s.146

taler i mot at generalforsamlingen innkalles. I slike tilfeller vil det ofte kreves høy grad av konfidensialitet, og en innkallelse til generalforsamling vil derfor ikke være hensiktsmessig.

Handleplikten er således en pliktregel for styret, det er antatt at der selskapet befinner seg i en vanskelig situasjon bør saken fremlegges for selskapets eiere. Men det er uttalt i juridisk teori<sup>90</sup> at der styret i kraft av sin alminnelige forvaltningsmyndighet har truffet tilstrekkelige tiltak slik at egenkapitalen igjen er forsvarlig, og dette har skjedd innen rimelig tid, vil det ikke være nødvendig å innkalle generalforsamlingen. Dette forutsetter da at egenkapitalen også er blitt høyere enn halvparten av aksjekapitalen. Dette underbygges av bestemmelsens formål som er at handleplikten skal bidra til at egenkapitalen igjen blir forsvarlig. Dette kan også være det mest forsvarlige økonomisk sett da innkallelse av og avholdelse av generalforsamling vil koste penger som selskapet kanskje ikke er tjent med brukes til dette.

Innkalling av generalforsamlingen kan på den annen side være nødvendig fordi det beste vil være å iverksette tiltak som ligger utenfor styrets kompetanseområde, for eksempel emisjon, se nedenfor.

### *Innkallingen*

Innkallingen til generalforsamling vil skje etter de vanlige saksbehandlingsreglene. Det vil si at der det kan skje innen tidsfristen, skal det skje på ordinær generalforsamling, jf. §5-5. Utenom dette kan styret når som helst innkalle til ekstraordinær generalforsamling, jf. §5-6. Selve innkallingen til og informasjonen til aksjonærene i forbindelse med generalforsamlingen må også skje etter de vanlige saksbehandlingsreglene i kap. 5 III.

### *Foreslå tiltak*

I henhold til § 3-5(1) fjerde punktum skal styret på generalforsamling «foreslå tiltak» for å rette på en eventuell uforsvarlig egenkapitalsituasjon. Det er på det rene at de tiltakene som eventuelt foreslås, må gå ut på å gi selskapet en forsvarlig egenkapital, det vil ikke være et «tiltak» og foreslå at virksomheten fortsetter som før, jf. lovens ordlyd, formål og forarbeidene<sup>91</sup>.

Hva slags konkrete tiltak styret kan foreslå vil i stor grad variere etter hva som er årsaken til de økonomiske problemene. Men normalt sett vil det være tale om driftsendringer, utskillelse av risikabel virksomhet, fisjon, eller fusjon og/eller en forhøyelse av aksjekapitalen. Styret kan undertiden også foreslå å ta opp ytterligere lån, eller reforhandle eldre gjeldsforpliktelser.

---

<sup>90</sup> Andenæs, AS & ASA s.422 og Aarbakke m.fl. s.159

<sup>91</sup> Ot.prp. nr.4 s.34

### Særlig om emisjon

En måte å få inn ny kapital på er å foreta en emisjon. Aksjeemisjon innebærer at aksjekapitalen i et aksjeselskap blir forhøyet. Dette skjer normalt ved utstedelse av nye aksjer i selskapet mot aksjekapitalinnskudd (nyemisjon), jf. asl.§§10-1 til 10-19. I henhold til §10-1 skal beslutning om forhøyelse av aksjekapitalen ved nytegning treffes av generalforsamlingen dersom ikke annet er bestemt. Lovens utgangspunkt er at aksjonærene i selskapet har fortrinnsrett til de nye aksjene i samme forhold som de eier aksjer fra før, men dette kan fravikes i vedtektene, jf.§10-4.

Alternativet til å innby til tegning av nye aksjer er å overføre midler til aksjekapitalen fra et av selskapets fond (fondsemisjon), jf.§§10-20 til 10-23. På denne måten skjer det ingen ny kapitaltilførsel til selskapet. Dette vil derfor ikke være en løsning i tilfeller der den reelle egenkapitalen er uforsvarlig. I slike tilfeller er det behov for at selskapet blir tilført nye midler, det vil altså ikke være tilstrekkelig med en regnskapsmessig omdisponering.

#### 4.2.8.Når er handleplikten oppfylt

Styrets handleplikt etter første alternativ er oppfylt når styret har fremmet forslag i samsvar med bestemmelsen. Det vil si der de har behandlet saken i styremøte, laget en redegjørelse for selskapets økonomiske situasjon og innkalt til generalforsamling. På generalforsamlingen skal de så komme med forslag på tiltak som kan rette opp i den økonomiske situasjonen og få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå.

Etter at styret har foreslått tiltak, er det opp til generalforsamlingen og bestemme om noe skal gjøres, og eventuelt hva<sup>92</sup>. Generalforsamlingen står altså fritt når det gjelder hva generalforsamlingsbeslutningen skal gå ut på.

Når det gjelder alternativet der egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen, vil handleplikten være enklere å konstatere. I motsetning til første punktum, vil inntreden av styrets handlingsplikt her ikke i samme grad være overlatt til styrets eget skjønn. Utvalget mente derfor at regelen ikke burde være for streng og at en burde gi tilstrekkelig fleksibilitet. I alle tilfeller går styrets plikt som nevnt foran ikke lenger enn til å forelegge saken for generalforsamlingen<sup>93</sup>, såfremt egenkapitalen for øvrig er forsvarlig.

Etter dette ser vi at bestemmelsens funksjon i stor grad vil være at generalforsamlingen blir informert om situasjonen, og dermed vil ha hatt adgang til å iverksette tiltak.

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr.23 s.52

<sup>93</sup> NOU 1996:3 s.147

Dersom styret har gitt generalforsamlingen underretning om at egenkapitalen er under det forsvarlige nivå, og også gitt forslag til tiltak som kan prøves, vil spørsmålet så være hva som skjer dersom disse tiltakene ikke forbedrer situasjonen, eller der generalforsamlingen unnlater å foreta seg noe.

I slike situasjoner vil det være mest nærliggende for styret å foreslå selskapet oppløst, jf. §3-5(2). Dette fordi styret fortsatt vil ha en handleplikt dersom den økonomiske situasjonen ikke kommer over et forsvarlig nivå.

#### **4.2.9. Oppløsning av selskapet**

Styrets handleplikt kan i to tilfeller gå ut på en plikt til å foreslå selskapet oppløst.

I henhold til asl. §3-5(2) skal styret foreslå selskapet oppløst dersom det ikke finner grunner til å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum, eller der slike tiltak ikke lar seg gjennomføre.

Bakgrunnen for en slik regel ligger i formålet, kreditorvernet. Der styret mener at virksomheten ikke kan fortsette uten en uakseptabel risiko for selskapskreditorene skal de prøve å begrense deres tap ved å avslutte virksomheten. Dette er en direkte følge av aksjonærenes begrensede ansvar for selskapets forpliktelser.

Dette vil for det første være tilfellet der styret anser den økonomiske krisen så prekær at det ikke er mulig å redde selskapet. Enten fordi selskapets økonomi er blitt dramatisk forverret, og at en anser en redningsaksjon som håpløst. Eller at styret vet at aksjonærene ikke vil eller kan skyte inn den ekstra kapitalen som vil være nødvendig for å få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå.

For det andre vil styret ha en plikt til å foreslå selskapet oppløst dersom tiltak den tidligere har foreslått «ikke lar seg gjennomføre».

Både kapitalforhøyelse, kapitalnedsettelse, fusjon og fisjon må vedtas med samme flertall som normalt kreves, dvs. to tredjedels flertall av de stemmer og den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen, jf. asl. §5-18. Dersom et slikt flertall ikke oppnås vil det derfor være umulig å gjennomføre tiltak som omfatter slike endringer. En praktisk situasjon kan være at det i dårlige tider vil oppstå friksjoner mellom de aksjonærer som ønsker og kan investere mer, og de som ønsker å begrense sitt tap og trekke seg ut.

En annen situasjon er der man oppnår tilstrekkelig flertall, men der etterfølgende hendelser gjør at tiltaket allikevel ikke lar seg gjennomføre. Et eksempel her vil være der generalforsamlingen har vedtatt kapitalforhøyelse, men der de har mislykket i få tilstrekkelig aksjetegning innen tegningsfristens utløp, jf. §10-8. Her vil kapitalforhøyelsen automatisk bortfalle.

Hvorvidt styret skal foreslå en oppløsning direkte eller forsøke seg på en redningsaksjon ved ulike tiltak vil bero på en sammensatt vurdering av selskapets økonomiske situasjon og hva som kan anses som aktsomt, dette vil jeg komme tilbake til under erstatningsansvaret.

Dersom styret foreslår selskapet oppløst, vil generalforsamlingen måtte behandle dette etter reglene i kap 16. Det vil si at også her kreves det et flertall som for vedtektsendring, jf. §16-1, jf. § 5-18. At styret har foreslått oppløsning etter §3-5(2) vil ikke tilsi at selskapet skal oppløses som følge av «bestemmelse i lov», jf. §16-1(2) som medfører at en kun trenger alminnelig flertall, jf. §5-17<sup>94</sup>.

Dersom generalforsamlingen ikke vedtar oppløsning med tilstrekkelig flertall, vil selskapet ikke kunne oppløses.

Spørsmålet så vil være hvorvidt styret etter å ha oppfylt sin handleplikt etter §3-5 fortsatt kan bli holdt ansvarlige dersom generalforsamlingen ikke oppløser selskapet og dette resulterer i et ytterligere tap for selskapskreditorene.

Styret vil som tidligere nevnt uavhengig av §§3-4 og 3-5 ha et overordnet forvaltningsansvar jf. §6-12 og et tilsynsansvar jf. §6-13. Mislighold av disse pliktene kan resultere i erstatningsansvar jf. §17-1.

På grunn av at asl. §3-5 skal forstås som en presisering av § 6-12 kan den derfor ikke tolkes slik at styret er uten ansvar hvis handleplikten etter bestemmelsen er oppfylt. Dette blir også tatt opp i LG-2007-21395 – RG-2007-1625 hvor det blir presisert at styret, dersom de øvrige vilkår er oppfylt, også kan bli holdt erstatningsansvarlige dersom de tiltak som blir foreslått, ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen. For å komme klar av ansvaret, må styret i et slikt tilfelle begjære oppbud, eller styremedlemmene må frasi seg sine verv. Dette er ikke en høyesterettsdom, så dens vekt vil være begrenset. Men i mangel av noen høyesterettsdommer på området vil uttalelser i den allikevel kunne belyse rettstilstanden.

Styret lever altså fortsatt under en trussel om erstatningsansvar, og det mest naturlige vil derfor ofte være at styret trekker seg om en slik situasjon oppstår, jf. asl. §6-7 første ledd.

---

<sup>94</sup> «At selskapet ikke har tilstrekkelig egenkapital, kan ikke anses som en slik situasjon», jf. Andenæs, AS & ASA s.425 som viser til Aarbakke m.fl. s.162.



## 5. Styrets ansvar for unnlatelse av å oppfylle handleplikten etter §3-5

### 5.1. Erstatningsansvar

Som tidligere nevnt mente departementet at bestemmelsen om forsvarlig egenkapital trolig ville gjøre det enklere å vinne frem med erstatningskrav mot *ledelsen*, og at dette var en ønskelig konsekvens fra departementets side<sup>95</sup>. Det var altså med innføringen av §3-4 et ønske om å skjerpe styreansvaret.

Erstatning vil etter dette, samt henvisninger i både §3-4 og §3-5 til §17-1, klart kunne være en konsekvens dersom styret unnlater å oppfylle sine plikter.

Asl. §17-1 lyder som følgende:

«Selskapet, aksjeeier, eller **andre** kan kreve at daglig leder, **styremedlem**, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier **erstatte skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende** (min utheving).»

Her, som ellers i erstatningsretten, vil erstatningsansvar forutsette at tre kumulative vilkår er oppfylte. For det første må skadelidte ha lidd et økonomisk tap, for det andre må det foreligge et ansvarsgrunnlag. For det tredje må det være en adekvat årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget.

Jeg skal i det videre ikke utdype disse noe mer enn det som er tilstrekkelig for å forstå styremedlemmenes ansvar etter §17-1.

Selskapskreditorer er ikke nevnt eksplisitt, men vil etter ordlyden falle inn under «eller andre»<sup>96</sup>. De kan altså, dersom de mener at styret har påført dem skade forsettlig eller uaktsomt, kreve dette erstattet. Med «skade» skal man her forstå det økonomiske tap.

Det er imidlertid ikke styret i seg selv som blir erstatningsansvarlig etter bestemmelsen, men dets medlemmer. For at det enkelte styremedlem skal kunne holdes ansvarlig, må ansvarsvilkårene være oppfylt for dette medlems vedkommende. Når skadelidte er påført et tap som kan kreves erstattet, er utgangspunktet at det ansvarlige styremedlem er ansvarlig for hele tapet. Er det flere ansvarlige, hefter de solidarisk, jf. skadeserstatningsloven §5-3.

Videre er det en forutsetning for erstatningsansvar at det foreligger årsakssammenheng mellom styremedlemmets forsettlige eller uaktsomme handling og det økonomiske tapet selskapskreditoren

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr.23 s 51 som siterer fra Ot.prp. nr.36 s.68.

<sup>96</sup> Bestemmelsens ordlyd ble endret i 2006, og utvidet skadelidte fra «selskapet» til «selskapet, aksjeeier eller andre». I henhold til Ot.prp. nr.55 s.113 skal «andre» omfatte selskapskreditorene.

har måttet lide<sup>97</sup>. Det vil si at det f.eks. må foreligge en adekvat sammenheng mellom det vedtaket styremedlemmet har stemt over og det tapet som er blitt påført den enkelte kreditoren.

Videre må styremedlemmet ha opptrådt i egenskap av styremedlem, jf. ordlyden «i den nevnte egenskap» for å kunne holdes økonomisk ansvarlig etter bestemmelsen.

Kravet om ansvarsgrunnlag innebærer at styremedlemmet må kunne bebreides for ved en handling eller unnlattelse å ha opptrådt uaktsomt eller forsettlig. Ved uaktsomhet kan man noe upresist sies å ha opptrådt i strid med det en alminnelig fornuftig person ville gjort i en tilsvarende situasjon, mens forsett foreligger når den som utfører handlingen gjør det bevisst.

I henhold til rettspraksis (LF-2006-118756) er «det er ikke tale om et profesjonsansvar, men om vervet som styremedlem er ivaretatt på forsvarlig måte, hensyntatt de forpliktelser som påhviler etter loven, virksomhetens karakter og mulige handlingsalternativer ». «Handlingsalternativer » betyr at man må stille spørsmål om styret kunne gjort noe annerledes - var beslutningene forsvarlige ift disse alternativene?

Den alminnelige culparegelen er utviklet gjennom rettspraksis og teori. Culpa (ved uaktsomhet) foreligger dersom skadevolder burde ha reagert og avverget risikoen før risikoen utløste skaden.

I henhold til Andenæs<sup>98</sup> er §3-5 en adferdsnorm som ikke selv sier noe om erstatningsansvaret. Ut i fra dette konkluderer han med at det ikke er noen automatikk i at overtredelse av §3-5 samtidig er uforsvarlig og uaktsomt i forhold til det tap som kreves erstattet. Dette kan etter min mening ikke medføre riktighet da dette vil stride med forarbeidenes uttalelser om at bestemmelsen skal gjøre det lettere å vinne frem med erstatningskrav<sup>99</sup>. Det er jo nettopp det at styret ikke handler på et tidspunkt der det må antas at de vet eller burde vite om den uforsvarlige egenkapitalen og driften av virksomheten som vil medføre tap for kreditorene. At styret handler i strid med aksjelovens bestemmelser vil derfor etter min mening klart være uaktsomt og uforsvarlig, da en må kunne anta at en normal fornuftig person vil gjøre det den kan for å overholde lovens regler. Det som imidlertid er klart er at enhver uaktsomhet og uforsvarlighet ikke vil medføre erstatningsansvar, dette vil jeg komme nærmere inn på under når jeg tar for meg forarbeidenes uttalelser om at erstatningsansvaret kun skal fastsettes i de grovere tilfeller.

Styremedlemmene må bedømmes ut i fra forholdene slik de fremsto på tidspunktet for den påståtte skadevoldende handlingen eller unnlattelsen. Det vil si at der et styremedlem blir krevet for

---

<sup>97</sup> Jf. vanlige erstatningsrettslige prinsipper

<sup>98</sup> Andenæs, AS & ASA s.425

<sup>99</sup> Dette støttes bl.a. av Aarbakke m.fl. på s.946.

erstatning for tap oppstått som følge av uforsvarlig egenkapital, må man ta utgangspunkt i dennes kunnskaper da han/hun foretok vurderingen av egenkapitalen. Det må derfor i alle tilfeller foretas en konkret helhetsvurdering når det skal vurderes hvorvidt styret/styremedlemmenes har handlet uaktsomt.

Fordi ansvarsgrunnlag må påvises i forhold til den enkelte styremedlem, kan det fra tid til annen foreligge subjektive unnskyldningsgrunner som fritar for ansvar. Men det skal mye til, et styremedlem kan ikke unnskyldes seg med ikke å ha satt seg inn i den saken man stemmer over. I henhold til Andenæs kan aksjonærer som unnlater å møte eller avholder seg fra å stemme i generalforsamling ikke holdes ansvarlig<sup>100</sup>. Dette har jeg større forståelse for da det ikke kan kreves den samme innsikten av aksjonærene som av styremedlemmene.

Ansaret for et erstatningsbetingende styrevedtak omfatter i utgangspunktet alle som har stemt for vedtaket (eller imot dette der unnlatsen vil være erstatningsbetingende). De som har stemt imot vil i utgangspunktet ikke ha erstatningsansvar, det samme gjelder styremedlem som ikke deltar i styrebehandlingen<sup>101</sup>.

Til tross for at departementet med §3-4 ønsket å skjerpe styreansaret, presiserte de:

”For at ansvar skal være aktuelt, **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** (min utheving).”<sup>102</sup>

Utgangspunktet for normen er uttrykt av bl.a. Bernhard Gomard slik:

«En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstansning og konkurs, så længe 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 »<sup>103</sup>.

At ansvar bare skal fastslås i de grovere tilfeller var bl.a. av hensyn til rekrutteringen til styrene, man mente at et for strengt ansvar ville skremme bort eventuelle styrekandidater. Dette kunne blitt svært uheldig da man i økonomiske nedgangstider virkelig ville være avhengig av gode styre som så og

---

<sup>100</sup> Andenæs, AS & ASA s.425-426

<sup>101</sup> Andenæs, AS & ASA s.657 som viser til Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper s.238-240.

<sup>102</sup> Ot.prp. nr.36 s.68. (se også Ot.prp. nr.23 s.51.) Dette er også tatt opp i LA-2007-37537

<sup>103</sup> Sitat er tatt ut ifra den overnevnte dommen fra lagmannsretten

torde å ta de sjanser som var nødvendige. Ved tvil skal derfor domstolene være forsiktige med å dømme.

## 5.2. Straffeansvar

Kap 19 i aksjeloven omhandler straff. I henhold til §19-1 kan stifter, medlem av styret eller bedriftsforsamlingen, daglig leder, firmategner og revisor som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelse gitt i eller i medhold av loven her, straffes med bøter eller fengsel inntil ett år.

Jeg skal som tidligere nevnt i innledningen her kun ta for meg styret sitt ansvar, og de øvrige vil derfor ikke bli omtalt.

Dersom styret unnlater å oppfylle sine plikter etter §§3-4 og 3-5 kan de, der vilkårene for dette er oppfylte, bli strafferettslig ansvarlige, jf. kap 19.

Det går i henhold til uttalelser i forarbeidene klart frem at § 19-1 bygger på aksjeloven av 1976 §17-1(3), og at de endringer som ble gjort i bestemmelsen, bortsett fra endringer av strafferammen, kun var av språklig og redaksjonell art<sup>104</sup>.

For å fastlegge hva som ligger i den nye bestemmelsen vil det derfor være hensiktsmessig å se til den gamle ordlyden;

### § 17-1

«Den som forsettlig eller uaktsomt vesentlig tilsidesetter bestemmelsene i kapittel 11 eller som medvirker til dette, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år eller begge deler.»

I henhold til den gamle ordlyden var det altså «vesentlige tilsidesettelser» som kunne medføre straffeansvar. Da det er klart at endringen av ordlyden kun var av språklig og redaksjonell art vil det derfor tilsi at dersom et styremedlem skal kunne straffes for brudd på pliktene som §§ 3-4 og 3-5 oppstiller, må det være tale om vesentlige tilsidesettelser. Dette harmonerer også godt med det som ble uttalt om erstatningsansvaret, jf. ovenfor om at erstatningsansvar kun skal fastsettes i de grovere tilfeller.

Straffeansvaret for unnlattelse av å oppfylle handlepliktene etter §§3-4 og 3-5 må skilles fra straffeansvaret etter straffeloven §283a for unnlattelse av å begjære gjeldsforhandling eller konkurs.

Bakgrunnen for dette er at straffeloven §283a forutsetter at selskapet er insolvent og at unnlattelsen av å begjære gjeldsforhandling eller konkurs svekker selskapskreditorene ytterligere. Dette er til

---

<sup>104</sup> NOU 1996:3 s.201

sammenligning ikke et vilkår etter §3-5, som på sin side er et forbud mot å utsette selskapet og andre for en uakseptabel risiko uten å fremlegge saken for selskapets eiere<sup>105</sup>. §3-5 har altså til formål å hindre at selskapet havner i en slik situasjon som straffeloven omtaler.

Det går frem av forarbeidene at tankene bak den nye forsvarlighetsbestemmelsen var at man trengte å kunne reagere på et tidligere tidspunkt, mens det fortsatt var en viss mulighet for å redde verdier eller begrense eventuelle tap. Aksjegruppen påpekte at §283a kommer inn i bildet på et svært sent stadium i tilfeller der selskapet går med tap<sup>106</sup>, og at gjeldende rett derfor ga selskapskreditorene et lite tilfredsstillende vern.

Av dette ser en at straffeansvaret etter strl. og asl. vil inntre på to ulike tidspunkter, og derfor må skilles fra hverandre.

### **5.2.1.Grov uforstand**

Kap 19 inneholder videre en straffebestemmelse som oppstiller et straffeansvar for styremedlemmer som utviser «grov uforstand under utførelsen av sitt verv for selskapet», jf.§19-2(1).

Denne bestemmelsen er lite omtalt både i forarbeidene og i litteraturen. Det er imidlertid i et lite avsnitt i forarbeidene uttalt at bestemmelsen vil ha særlig betydning for handlemåter som ikke innebærer overtredelse av konkrete bestemmelser i loven. Og at bestemmelsen må ses i sammenheng med den vekten utvalget har lagt på selskapsledelsens plikter og ansvar i forskjellige sammenhenger, så som kravet til forsvarlig egenkapital etter §3-4, styrets forvaltningsansvar etter §6-12 og styrets tilsynsansvar etter §6-13<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Andenæs, AS & ASA s.424

<sup>106</sup> Ot.prp. nr.36 s.67

<sup>107</sup> NOU 1996:3 s.93

## 6. Avslutning

Etter det som nå er gjennomgått ser vi at forsvarlighetskravet til egenkapitalen er en viktig preventiv regel som har til hovedformål å beskytte kreditorenes interesser begrunnet i bla.

ansvarsbegrensningen. Reglene om egenkapitalen virker slik de nå er utformet gode og gjennomtenkte ved at de setter fokus på god likviditet og likviditetsstyring, samt at de på en god måte balanserer de ulike interessemotsetninger mellom aksjonærer og kreditorer. Det er imidlertid slik at det i praksis finnes mange små aksjeselskap der reglene ikke overholdes i like stor grad som i de mellomstore og store aksjeselskapene med profesjonelle styrer og ledere. Der vil kanskje stifter være daglig leder, og kone eller barn over 18 år være eneste styremedlem/vara. Det er klart at i slike små «familiebedrifter» vil det syndes mye med de reglene som jeg nå har gjennomgått. Også når det gjelder erstatningsansvar vil en her møte utfordringer der familiemedlemmer sitter i enestyre, kanskje fullstendig uten kunnskap eller innflytelse. I slike situasjoner er det klart at regelverket ikke fungerer optimalt.

Når også revisjonsplikten for de små aksjeselskapene er fjernet vil dette medføre at ytterligere en kontrollmulighet er falt bort. Dette kan i ytterste konsekvens bidra til mer arbeid for domstolene i fremtiden. I praksis ser en allikevel at flere av de mindre selskapene velger å beholde revisjonen for dermed å få bedre tillit i markedet.

## 7. Forkortelser

### 7.1.Lover

Aksjeloven (asl. i henvisninger)	Lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Allmennaksjeloven (asal. I henvisninger)	Lov 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper
Aksjeloven 1976 (asl. 1976 i henvisninger)	Lov 4.juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper
Finansieringsvirksomhetsloven	Lov 10.juni 1988 nr.40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
Regnskapsloven (rskl. i henvisninger)	Lov 17.juli 1998 nr. 56 om regnskap m.v.
Straffeloven (strl. i henvisninger)	Almindelig borgerlig Straffelov 22.mai 1902 nr. 10
skadeerstatningsloven	Lov 13.juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
LOV 2011-12-16 nr 63: Lov om endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv. )	LOV 2011-12-16 nr. 63: Lov om endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv. )

### 7.2.Forarbeider

Innst. O. nr.23	Innst. O. nr.23 (1995-1996).Innstilling frå Justiskomiteen om lov om endringar i lov av 4.juni 1976 nr.59 om aksjeselskap m.v. (EØS-tilpassing).
Innst. O. nr.80	Innst. O. nr.80 (1996-1997). Innstilling frå Justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringer i anna lovgjevning som følgje av ny aksjelovgjevning m.m.
NOU 1992:29	NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper
NOU 1996:3 (aksjelovutvalget)	NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning
Ot.prp. nr.4	Ot.prp nr.4 (1995-1996) De særlege krav til norsk aksjelovgivning som følger av EØS-regelverket
Ot.prp. nr.23	Ot.prp. nr.23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp. nr. 36	Ot.prp. nr.36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper

Ot.prp. nr.55

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

### 7.3.Domsregister

Rt 1896 s. 516

Rt 1930 s. 533

Rt 1931 s.498

Rt.1996 s.672, «Kongepark-dommen»

Rt.1996 s.742, "Minor-dommen"

.G-2007-21395

.A-2007-37537

R̄G-2007-1625

.F-2006-118756

### 7.4.Litteratur

Aarbakke m.fl.

Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knutsen, Tone Ofstad og Jan Skåre: Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentirutgave, 2. utgave, Oslo 2004

Andenæs

Mads Henry Andenæs: Selskapsrett, Oslo 1997

Andenæs, AS & ASA

Mads Henry Andenæs: Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper, 2 utgave, Oslo 2006

Bråthen, Tore

Tore Bråthen: Forsvarlig egenkapital, publisert i Magma 5/2001

PriceWaterhouseCoopers, Corporate governance

PriceWaterhouseCoopers, Corporate governance, Abstrakt forlag AS 2004.

Løvdal

Elin Mack Løvdal: Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5. Tidsskrift for forretningsjus 2003 nr. 4 s. 473-570

Perland, Olav Fr.

Olav Fr. Perland: Styreansvar etter de nye aksjelovene. Tidsskrift for forretningsjus 1999 s 125-159.

Sundby, Anne Cathrine

Anne Cathrine Sundby: Det nye selskapsrettslige landskap, Lov og Rett 2005 s 387-422

Tellefsen m.fl.

Tellefsen, J.T., & Langli J.C.: Årsregnskapet, 7 utgave, Oslo 2001.



Woxholth, s.123

Geir Woxholth: Selskapsrett, 2 utgave, Oslo 2004