

**”Styremedlemmers og administrerende direktørs
erstatningsansvar for tap som følge av
forretningsmessige avgjørelser”**

Kandidatnr: 273

Veileder: Mads Krohn

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 16081 ord

25.04.2005

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	AVHANDLINGENS TEMA / PROBLEMSTILLINGEN	1
1.2	SELSKAPETS ORGANISASJON	1
1.3	BEGREPSAVKLARING	3
1.3.1	FORRETNINGSMESSIGE BESLUTNINGER	3
1.4	AVGRENSNINGER	4
1.5	GENERELT OM ERSTATNINGSANSVAR	5
1.5.1	ANSVARSGRUNNLAG	5
1.5.2	ERSTATNINGSMESSIG TAP	6
1.5.3	ÅRSAKSSAMMENHENG	6
1.6	SENTRALE HENSYN	7
1.7	RETTKILDER	8
1.8	DET VIDERE OPPLEGG	9
2	<u>ANSVAR FOR FORRETNINGSMESSIGE BESLUTNINGER</u>	10
2.1	INNLEDNING	10
2.2	KRAV OM FORSVARLIG SAKSBEHANDLING	10
2.2.1	INNLEDNING	10
2.2.2	SAKSBEHANDLINGSREGLENE	12
2.2.3	LOJALITETSPLIKTE OVERFOR SELSKAPET	19
2.3	KRAV TIL INNHOLDET I FORRETNINGSMESSIGE BESLUTNINGER	24
2.3.1	INNHOLDSKRAV ETTER AKSJELOVEN	24
2.3.2	STYRETS VURDERINGSFRIHET	31
3	<u>HVEM KAN HOLDES ERSTATNINGSANSVARLIG?</u>	39
3.1	ET INDIVIDUELT ELLER KOLLEKTIVT ANSVAR?	39
3.2	ANSVARSFRIHET	40
4	<u>ERSTATNINGSKRAVET</u>	43
4.1	INNLEDNING	43

4.2	SELSKAPETS KRAV PÅ ERSTATNING	44
4.3	KRAV PÅ ERSTATNING FRA ANDRE ENN SELSKAPET	44
5	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>47</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>48</u>

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema / problemstillingen

Interessen for hvilket rolle selskapets ledelse spiller når et selskap påføres tap blir til tider aktualisert ved større erstatningssaker i næringslivet, som for eksempel UNI Storebrand og Investa på 90-tallet og Finance Credit-saken i 2004.¹ Jeg vil denne oppgaven ta for meg ett av spørsmålene knyttet til selskapsledelsens ansvar for tap selskapet kan bli påført. Fremstillingen vil ta for seg ansvaret styret og administrerende direktør har for tap påført gjennom deres forretningsmessige beslutninger. Med andre ord selskapets mulighet til å få dekket sine tap av den eller de i ledelsen som besluttet den tapsbringende disposisjon.

1.2 Selskapets organisasjon

For å kunne forstå ansvarsfordelingen i et aksjeselskap kan det være hensiktsmessig å se på hvordan selskapet formelt sett er organisert. Organiseringen av aksjeselskaper er hierarkisk oppbygd, med generalforsamlingen som den øverste myndighet, jf. aksjeloven(asl.) § 5-1(1). Det er gjennom generalforsamlingen at aksjonærene utøver sin myndighet og det er her de rettslig sett kan fremme og ivareta sine eierinteresser. Saker med særlig stor betydning for selskapet kan i en del tilfeller være lovpålagt å behandle i generalforsamlingen, for eksempel vedtektsendringer, jf. asl. § 5-18. Etter asl. § 6-1 første ledd skal ethvert selskap ha et styre. Generalforsamlingen velger styret når selskapet ikke har bedriftsforsamling, jf. asl. §§ 6-2 og 6-3. I selskaper med over 200 ansatte skal det som hovedregel være en bedriftsforsamling, jf. asl. § 6-35(1). Bedriftsforsamlingen er i utgangspunktet et organ som fører kontroll med styrets og administrerende direktørs virksomhet og forvaltning av selskapet. Bedriftsforsamlingen skal minst bestå av 12 medlemmer, hvor 2/3 av de velges av generalforsamlingen og 1/3

¹ UNI Storebrand-saken ble forlikt. Her ble styret forsøkt holdt erstatningsmessig ansvar for å ha tatt uakseptabel høy risiko på selskapets vegne. For Investa-saken se Borgarting legmannsrettsdom 22. april 1998.

av de ansatte. Altså vil eierne indirekte være i flertall ved valg av styre også i tilfelle selskapet har en bedriftsforsamling.

I selskaper med mer enn 3 millioner i aksjekapital skal selskapet også ha en daglig leder(administrerende direktør). Styrevervet innebærer et tillitsforhold mellom det enkelte medlem og selskapet. Styret utøver sammen med administrerende direktør den løpende driften av selskapet. En del av styrets arbeid er å føre oppsyn med den daglige ledelse, se asl. § 6-13. Administrerende direktør er underordnet styret. Formelt sett er altså generalforsamlingen og eventuelt bedriftsforsamlingen de overordnede organer i et aksjeselskap. Styret er underordnet generalforsamlingen og overordnet administrerende direktør. Dette er det formelle utgangspunkt, men det kan tenkes at det reelt sett er en annen maktfordeling i selskapet. Administrerende direktør har i mange selskaper en fremtredende innflytelse på den daglige drift i norske selskaper. I enkelte selskaper hvor administrerende direktør har stor tillit blant eierne kan man til tider se at det i praksis kan være administrerende direktører som nærmest kan utpeke et styret han ønsker, i motsetning til den formelle ordningen i aksjeloven.

Administrerende direktør er i større grad en del av den løpende og daglige ledelsen av selskapet og han er kanskje den med den mest inngående kjennskapen til selskapets anliggender. Styreleder vil i noen tilfelle også ha en relativt inngående kunnskap om selskapets anliggender. Det kan i enkelte tilfeller antas at de øvrige styremedlemmer ikke er en homogen gruppe hva gjelder kunnskapen selskapets løpende saker. Det kan nok være variasjoner alt etter selskapets størrelse og antall deltakere i styret. Sammensetningen vil variere og styret kan både bestå av eksterne medlemmer og medlemmer som innehar en stilling i selskapet.

Styremedlemmer er i utgangspunktet ikke ansatt i selskapet, bortsett fra de som eventuelt er ansattrepresentanter. Ikke sjelden er også administrerende direktør medlem av styret. Siden det er styret og administrerende direktør som i hovedsak fatter selskapets løpende forretningsmessige beslutninger vil oppgaven gå ut på å belyse det personlig ansvar disse har for de tap deres beslutninger medfører for selskapet. I hovedsak vil jeg i hovedsak ta for meg styremedlemmenes personlige ansvar, men i den grad dette kan stille seg annerledes for administrerende direktør vil også det bli behandlet.

Det vil variere hvor god tid ledelsen vil ha for å kunne fatte en beslutning. Til tider kan det oppstå situasjoner i den daglige drift av et selskap som må håndteres fortløpende og beslutninger må i enkelte tilfeller tas uten at det har vært nevneverdig mulighet for forundersøkelser. Risikoen forbundet med beslutningen vil være tilstede på grunn av tidspresset. Likevel vil det logisk sett foreligge et visst beslutningsgrunnlag for enhver beslutning styret eller administrerende direktør fatter, da det må forventes at alternativene til viss grad vil være vurdert for i det hele tatt å kunne ta stilling til det ene eller det andre. Et av spørsmålene i denne oppgaven blir hvilke krav man kan stille til beslutningsgrunnlaget for at det skal kunne anses som forsvarlig nok for å bygge forretningsmessige beslutninger på det.

Når man velger å investere i et selskap med begrenset ansvar har eierne begrenset sitt personlige ansvar til i hovedsak å betale for det antall aksjer de har tegnet seg for. Selskapsformen kan slik invitere til at det i mange tilfeller blir tatt større risiko for hvordan selskapet forvaltes, enn tilfellet ville være hvis eierne i ikke hadde begrenset sitt personlige ansvar. Det er selskapskapitalen som er det primære dekningsobjekt i et aksjeselskap. Hvor risikovenlig selskapet er og skal være noe kan aksjonærene påvirke gjennom selskapets vedtekter eller andre retningslinjer som fastlegges for driften. Et annet spørsmål i fremstillingen blir derfor hvor stor valgfrihet styret har til å fatte mer eller mindre risikofylte forretningsmessige beslutninger.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Forretningsmessige beslutninger

Aarum omtaler begrepet ”forretningsmessige beslutninger” som at avgjørelser styret treffer ved sin forvaltning av selskapet og i tilknytning til driften i utgangspunktet er av forretningsmessig art.² Hun fremhever videre at beslutninger styret gjør for å fremme selskapets formål vil være forretningsmessige beslutninger. I hovedsak dreier det seg om de beslutninger som er ment å fremme selskapets forretningsmessige målsetninger. Det er med andre ord tale om et vidt spekter av beslutninger, både de som dreier seg om

² Jf. Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, Oslo 1994, s. 303.

kjernevirksomheten til selskapet, men også vurderinger om man skal inngå nye kontrakter for å ekspandere, eller vurderinger om man må innhente ytterligere kapital for videre drift er beslutninger som kan sies å være av forretningsmessig art.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven omhandler erstatningsansvar for forretningsmessige beslutninger som kan anses som en del av styrets forvaltningsansvar. Jeg vil for det første avgrense mot eventuelle andre ansvarsgrunnlag som kan utledes fra styrets forvaltningsansvar. Ansvar for styret har for en forsvarlig organisering av selskapet vil naturlig falle inn under dette og vil ikke bli behandlet. I mange tilfeller vil årsaken til at erstatningssøksmål vil bli reist være at selskapet er insolvent, det er ikke oppbudsplikten som er interessant her, men de tilfellene den foretatte disposisjon skaper en likviditetsskvis vil dette bli omtalt. Insolvenstilfellet kan reise mange spørsmål som det i hovedsak ikke vil være hensiktsmessig å komme inn på her, men spørsmål om selve beslutningen er foretatt tiltross for et svakt eller manglende kapitalgrunnlag i forhold til risikoen ved beslutningen vil jeg derimot komme inn på. Jeg avgrenser også mot eventuelle strafferettslige følger som kan oppstå som følge av en forretningsmessig beslutning.

En forutsetning for at beslutningen kan utløse erstatningsansvar er at tap kan påvises. Det kan likevel tenkes beslutninger som er uforsvarlige, men som ikke medfører erstatningsbetingede tap. Det kan i så fall bli tale om at selskapet kan benytte seg av alternative sanksjoner mot den eller de i styret som har opptrådt uforsvarlig. Dette vil ikke bli omhandlet i oppgaven.

Det er ikke bare selskapet som kan lide et økonomisk tap så jeg vil også gi en kort oversikt over hvordan et eventuelt tap for aksjonær eller kreditor vil kunne kreves erstattet fra beslutningstakerne. De særkrav som aksjonærene, kreditorer, medkontrahenter eller andre eventuelt kan fremme for tap de har direkte har lidt etter beslutninger styret har fattet blir nærmere behandlet i pkt. 4.3. De tap som disse gruppene eventuelt kan bli påført *direkte* som en følge av en forretningsmessig beslutning, uten at også selskapet lider et tap, vil ikke bli behandlet.

1.5 Generelt om erstatningsansvar

Ettersom oppgaven omhandler et ansvarsgrunnlag for å bli erstatningsansvarlig vil det være nødvendig å gi en generell fremstilling av de andre vilkårene som må være oppfylt for at erstatning skal kunne bli tilkjent, samt å vurdere om det aktuelle ansvarsgrunnlag vil kunne ha noe å si i vurderingen av de andre vilkårene. Det er tre grunnleggende vilkår som må være oppfylt for å kunne konstatere et erstatningsansvar. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, et erstatningsmessig tap og tilstrekkelig(adekvat) årsakssammenheng. Disse vilkårene må alle være til stede samtidig. I juridisk terminologi taler vi dermed om *kumulative vilkår*. Bevisbyrden påhviler som hovedregel skadelidte, jf. alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

1.5.1 Ansvarsgrunnlag

I aksjeloven § 17-1 gis selskapet adgang til å kreve styremedlemmene eller administrerende direktør for erstatning for tap påført selskapet. Bestemmelsen er en kodifisering av den ulovfestede culpanormen. Rettspraksis utenfor selskapsretten vil også kunne være en relevant rettkilde for fastleggelsen av erstatning på selskapsrettens område. Ansvarsgrunnlaget det blir tale om for styremedlemmer og administrerende direktør er det såkalte *skyldansvaret* eller *culpaansvaret*. Uaktsomhetsvurderingen kan i hovedsak deles inn i to deler: en objektiv del og en subjektiv del. Den objektive delen er i denne forbindelse om styremedlemmet har brutt med en pliktregel. Den subjektive delen er om styremedlemmet ved bruddet på pliktreglen har utvist skyld. Her vil det være særlig aktuelt å vurdere om det fins unnskyldningsgrunner for handlingen. Typisk vil ikke et styremedlems evne eller vilje til å sette seg inn i de oppgaver som hører med styrevervet, være noen grunn til ikke å ilegge ansvar.³ Dette kan belyses ved dommen i Eidsivating lagmannsrett 5. desember 1991, hvor Lagmannsretten uttalte at saksøkte styreformann og hovedaksjonær ikke kunne fritas for ansvar ved å ha holdt seg forsettelig uvitende om selskapets virksomhet som ble drevet av saksøktes ektefelle. Oppgaven vil gå ut på å gjøre nærmere rede for ansvarsgrunnlaget etter aksjelovens § 17-1 hvor etter styret kan komme i ansvar som følge av tap de har forvoldt selskapet. En av oppgavens viktige deler blir å kartlegge hvilke momenter som er relevante for å kunne bedømme om styremedlemmet eller administrerende direktør har vært uaktsom.

Her kan det både bli tale om aktive handlinger og rene unnlaterelser som taler for at beslutningen fremstår som uaktsom. Det er altså selve beslutningen som skal uaktsomhetsvurderes, med tillegg av forberedelsene i forkant av denne.

1.5.2 Erstatningsmessig tap

Det er videre et vilkår for erstatning at det foreligger et erstatningsmessig tap, hvilket i praksis betyr at skadelidte er blitt påført et økonomisk tap. Et økonomisk tap kan knytte seg til skade på person eller ting, psykisk skade, skade på ære eller alminnelig formuestap.⁴ Det kan også tenkes tilfeller hvor en skadelidt vil ha krav på dekning av et ikke-økonomisk tap. Dette er ikke være tema i denne fremstillingen og jeg vil i det følgende kun behandle rene *formuesskader* som har oppstått som en følge av forretningsmessige beslutninger, altså alminnelige økonomiske tap selskapet har lidt.

1.5.3 Årsakssammenheng

Selv om det både kan konstateres et ansvarsgrunnlag og et økonomisk tap foreligger, vil ikke alle tap kunne bli gjenstand for erstatning. Det er et vilkår at det må være *adekvat årsakssammenheng* mellom styremedlemmets handling eller unnlattelse og det oppståtte tapet. At årsakssammenheng må være *adekvat* betyr at det må være påregnelig at tapet inntreffer som en følge av handlingen. Det tilsier at tap som er for fjerne og upåregnelige ikke vil kunne bli dekket. Høyesterettspraksis indikerer at betingelseslæren er et nødvendig utgangspunkt for å bedømme om det er årsakssammenheng mellom den uaktsomme handling og tapet.⁵ Betingelseslæren går ut på at handlingen må være en *nødvendig forutsetning* for at tapet oppstår for å kunne konstantere årsakssammenheng. I Rt. 1992 s. 64 legger trekker Høyesterett en grense for betingelseslæren i de tilfeller det er flere samvirkende årsaker til skade. Årsakssammenheng vil altså ikke nødvendigvis anses som oppfylt i de tilfeller hvor flere årsaker har vært en nødvendig forutsetning for den inntrådte skade. Da vil man legge avgjørende vekt på det som er den dominerende skadeårsak. Høyesterett presiserer kravet om *nødvendig* betingelse ved å se hen til den årsak som

³ Jf. Normann Aarum s. 222.

⁴ Jf. Normann Aarum s. 74.

⁵ Jf. Rt. 1992 s 64.

”har vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den.”⁶

Ettersom erstatningsansvar etter asl. § 17-1 anses for å være en kodifisering av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, må betingelseslæren også kunne bli lagt til grunn i en vurdering av om styrets uaktsomme beslutning er årsaken til det oppståtte tap. Dersom det foreligger flere samvirkende årsaker til tapet, må man vurdere om den uaktsomme handling er en så vesentlig årsak for at tapet har inntrådt at det er naturlig å knytte ansvar til den. Et problem i forhold bedømmelsen av om et styremedlem eller administrerende direktør kan holdes erstatningsansvarlig er nettopp vurderingen av hvor påregnelig det er at deres beslutning medfører en økonomisk tap for selskapet.

1.6 Sentrale hensyn

Det kan være flere hensyn som begrunner erstatningsplikten i selskapsretten. I erstatningsretten er det vanlig å si at det er to hensyn som begrunner erstatningsplikt, gjenoppretting og prevensjon.⁷ I dette tilfellet medfører en gjenoppretting at det økonomiske tap blir gjenopprettet i kroner og øre, slik at selskapet blir stilt i den posisjon det var før tapet ble påført. Dette skjer i tilfelle at den/de som har påført selskapet et tap blir pålagt ansvar for å betale tilsvarende tilbake.

Den preventive siden av erstatningsreglene er at de skal motivere potensielle skadevoldere til å unngå skade. Man kan tale om en økonomisk prevensjon siden de reduserer de økonomiske følgene ansvar kan medføre. Ved at et styremedlem ikke ansvarsfritt kan handle etter sitt eget skjønn uten å risikere å bli holdt ansvarlig for sin eventuelt klanderverdige handling, kan man motvirke at selskapet blir påført en rekke unødvendige tap. Som denne oppgaven skal vise vil det ved at det stilles krav til forberedelsene og innholdet i en forretningsmessig beslutning

I tillegg til de mer tradisjonelle erstatningsrettelige hensyn vil det når det er tale om erstatning i selskapsforhold være relevant å ta i betraktning de hensyn som ligger bak selskapet. Det kan i enkelte henseender bli aktuelt å legge vekt på om beslutninger er i

⁶ Rt. 1992 s 64 (pay s. 70).

⁷ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utg., Oslo 1999, s. 85.

henhold til selskapets formål og virksomhetsområde og det er på dette området viktig å se hen til de interesser styret er ment å ivareta. Hvorvidt styret ivaretar *selskapets interesse* ved sine beslutninger bør spille en avgjørende rolle for spørsmål om ansvaret ved eventuelle påførte tap. Videre vil hensynet til at styret bør ha en reell mulighet til å drive selskapet videre som en verdiskapende forretning være et viktig hensyn som bør være av betydning for styrets handlefrihet.

1.7 Rettkilder

I denne oppgaven vil det alminnelige utgangspunkt for drøftelsene av spørsmålene om erstatningsansvarsreglene være *lov av 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper(aksjeloven)*. I der hvor aksjelovens regler er sier noe om spørsmålene som blir reist vil forarbeidene til aksjeloven være relevante kilder for å avklare lovgivers intensjoner bak reglene er. For en del av de problemstillinger som oppgaven reiser vil ikke aksjeloven eller dens forarbeider være til særlig veiledning. Det er i på enkelte områder en viss Høyesterettspraksis som sier en del om prinsipper og momenter som kan gi veiledning, slik at Høyesterettspraksis vil være en relevant rettkilde. I noen tilfeller er reglene ikke vesentlig endret ved lovrevisjonen i 1997, slik at også eldre Høyesterettspraksis vil her kunne bli tillagt vekt. Det er likevel slik at dommene i stor grad er kasuistisk og på den måte ofte gir lite generell veiledning for problemstillingene. I enkelte av vurderingene som må gjøres beror løsningen på en konkret skjønnsmessig vurdering slik at det i tillegg til Høyesterettspraksis vil være relevant å trekke inn reelle hensyn som rettkilde. Temaet er kun i begrenset grad behandlet i norsk juridisk teori og det er særlig Norman Aarums doktorgradsarbeid fra 1994 som har behandlet spørsmålet om styremedlemmers erstatningsansvar grundig.⁸ Selv om denne er skrevet etter 1976-loven har den på en rekke områder fortsatt relevante drøftelser til spørsmålet. Man ser videre at Høyesterett har funnet støtte i dansk teori ved sin vurdering av styremedlemmers erstatningsansvar.⁹ Man ser i norsk juridisk litteratur på dette området at særlig svensk, dansk litteratur og amerikansk rett trekkes inn, i hvert fall til inspirasjon for problemstillinger og hvilke reelle hensyn som kan begrunne en løsning av tilsvarende spørsmål.

⁸ Jf. Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, Oslo 1994.

⁹ Jf. Rt. 1991 s. 119

1.8 Det videre opplegg

Siktemålet med denne oppgaven er å beskrive gjeldende rett med hensyn til grunnlaget for å holde styret og administrerende direktør ansvarlige for sine beslutninger. I denne sammenhengen reiser det seg også spørsmål hvorvidt domstolene kan og bør etterprøve de forretningsmessige vurderinger som ligger til grunn for styrets og administrerende direktørs beslutninger. Begge deler behandles i del 2. I del 3 vil jeg komme nærmere inn på om ansvaret er individuelt for det enkelte styremedlem eller om styret vil bli holdt kollektivt ansvarlig. I del 4 vil jeg se nærmere på hvem som kan fremsette krav mot styremedlemmene når selskapet har lidt et tap.

2 Ansvar for forretningsmessige beslutninger

2.1 Innledning

Situasjonen som skal vurderes forutsetter at styret har fattet en beslutning. Jeg ønsker å se på hvilke i hvilke tilfeller beslutningen eller dens tilblivelse medfører at beslutningstakerne kommer i erstatningsansvar hvis beslutningen har medført tap for selskapet. For å kunne fastslå i hvilken grad styremedlemmer og administrerende direktør kan holdes ansvarlige for forretningsmessige beslutninger har jeg funnet det hensiktsmessig å dele den videre behandling av ansvarsgrunnlaget inn i to deler. Jeg tar utgangspunkt i beslutningen slik den vil forløpe og starter med i første del å se hen til hvilke krav det stilles til grunnlaget for den beslutningen som er fattet. I den andre delen behandler jeg spørsmålene om og i tilfelle hvilke krav det stilles i forbindelse med selve innholdet i beslutningen.

2.2 Krav om forsvarlig saksbehandling

2.2.1 Innledning

For at de forretningsmessige beslutninger skal kunne bli fattet på en best mulig måte bør det normalt skje forutgående forberedelsene før en beslutning fattes. Dette behandler jeg i pkt. 2.2.2. Nært opp til spørsmålet om hvilke krav det stilles til en forsvarlig behandling av forretningsmessige saker reiser det seg et spørsmål i hvilken grad det foreligger en lojalitetsplikt for styret ved forvaltningen av selskapet. Dette tar jeg for meg i pkt. 2.2.3.

I og med at det stilles et krav til årsakssammenheng mellom den uforsvarlige handling og tapet selskapet har lidt, kan det også spørres om saksbehandlingsreglene, lovfestede og ulovfestede, på selvstendig grunnlag kan medføre erstatningsansvar. I det tilfellet at det ikke er klart at eventuelle brudd med saksbehandlingsregler i seg selv er tilstrekkelig grunnlag for å konstantere erstatningsansvar, bør brudd på saksbehandlingsreglene kunne være et relevant avgjørende moment i en helhetlig vurdering av om den forretningsmessige beslutning anses som uforsvarlig.

Det synes å være forutsatt et alminnelig forsvarlighetskrav til styret i aksjeselskaper gjennom ansvarsbestemmelsene i §§ 17-1 og 19-1. Det er et generelt krav at styrets forretningsmessige beslutninger må være forsvarlige. Dette gjelder for både saksbehandlingen og selve beslutningen.¹⁰ Hva det nærmere kravet til forsvarlighet går ut på fremgår blant annet av aksjelovens konkrete saksbehandlingsregler. Saksbehandlingsreglene skal ivareta hensynet til at saker bli behandlet på en betryggende måte, hvor de ulike syn hos styremedlemmene blir hørt og at den beslutning som fattes gjøres på et riktig grunnlag. Aksjeloven oppstiller en del konkrete regler for forberedelsen og praktisk gjennomføring av styrets møter, jf. § 6-19 flg.

Det kan i forlengelsen av dette stilles spørsmål ved om det er behov for en detaljert lovregulering av saksbehandlingen. Det er i forarbeidene uttrykt et ønske om å gi en mer konkret lovfesting av de grunnleggende saksbehandlingsreglene styret skal følge slik at saker blir behandlet på en forsvarlig måte.¹¹ På den ene side vil konkrete saksbehandlingsregler kunne bidra til bevisstgjøring hos de som tar del i saksbehandlingen slik at det er tydelig at det stilles visse minimumskrav til hvordan noe besluttes og på hvilket grunnlag. Denne bevisstgjøringen kan bidra til for eksempel at beslutningstakerne ikke fatter en beslutning når de det er tvil om de vil ivareta de interesser de er satt til å fremme. Dette kommer jeg tilbake til i pkt. 2.3 om lojalitetsplikten. På den annen side bør det tas hensyn til at saksbehandlingsreglene kan bli for detaljerte. Ved en begrenset lovfestning av konkrete saksbehandlingsregler i kombinasjon med alminnelige regler om forsvarlig og aktsom saksbehandling kan hensynet til de store variasjoner og ulikheter i saker som skal behandles ivaretas. Loven er ment å dekke en lang rekke forretningsområder. Rent lovteknisk vil et eventuelt ønske om detaljregulering fort bli for omfattende.

Lovens ordning med få konkrete regler og en generell aktsomhetsnorm åpner for konkrete vurderinger i det enkelte tilfellet om en forsvarlig saksbehandling er utført. I

¹⁰ Jf. Aarbakke m. fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven (kommentarutgave), 2. utgave, Oslo 2004, s. 489.

¹¹ Se NOU 1996: 3 til § 5-28.

forbindelse med den nye aksjeloven av 1997 ble det gjort endringer i kapittelet om selskapets ledelse, kapittel 6, tidligere kapittel 8 i 1976-loven. Når det gjelder styrets saksbehandlingsregler er det i den nye loven gjort tilføyelser. I asl. § 6-12 som tilsvarer § 8-7 i 1976-loven er det skjedd en ytterligere konkretisering av hva som ligger i styrets forvaltningsansvar.

For å belyse temaet kan man se hen til hvordan det er løst etter amerikansk rett. Innenfor amerikansk "corporate law" er styrets ansvar for forretningsmessige avgjørelser begrenset gjennom den såkalte "The business judgment rule".¹² Etter denne regelen er styret i all hovedsak beskyttet fra å komme i erstatningsansvar dersom visse forhold er ivaretatt ved beslutningen. Deler av "The business judgment rule" kan sies å rette seg direkte mot saksbehandlingen. Det stilles blant annet krav til at styremedlemmene utviser aktsomhet når beslutningen treffes. Her kan det sies det ligger et krav om tilstrekkelig beslutningsgrunnlag. For det fjerde krav om at det er handlet i "good faith". I dette ligger det at beslutningen må ha vært motivert ut fra en tro om at de handlet til det beste for selskapet.¹³ Litt forenklet kan man si at det etter amerikansk rett kreves at styrets beslutninger er velfunderte og gjort i beste hensikt for selskapet.

2.2.2 Saksbehandlingsreglene

Lovgiver har gjennom aksjelovens saksbehandlingsregler søkt å stille visse krav til saksbehandling og gjennom disse stilt enkelte minimumskrav til styrets beslutningsgrunnlag. Et spørsmålet blir om et brudd på disse saksbehandlingsreglene kan medføre erstatningsansvar for styremedlemmer eller administrerende direktør. I tillegg kan det spørres om det stilles andre krav til saksbehandlingen enn de lovfestede saksbehandlingsreglene og videre om styret i så fall på et ulovfestet grunnlag kan pådra seg erstatningsansvar for uforsvarlig saksbehandling.

Det følger av aksjeloven §§ 6-19 flg. enkelte regler for hvordan styret i et aksjeselskap skal behandle saker som er tillagt dem. Spørsmål blir om brudd med disse vil medføre

¹² Se Normann Aarum s. 310, med videre henvisninger.

¹³ Jf. Normann Aarum s. 312

erstatningsansvar hos styrets medlemmer. Det er ikke inntatt noen konkret sanksjonshjemmel som brudd på saksbehandlingsreglene i kapittel 6. I forarbeidene sies det ingenting om i hvilken grad brudd på reglene skal medføre erstatningsansvar. Det følger videre av forarbeidene at ”Beslutningsprosessen i et aksjeselskap vil selvsagt måtte tilpasses det enkelte selskaps ledelse og virksomhet. På dette området er det behov for en høy grad av frihet og fleksibilitet ved utvikling av fremgangsmåten og rutiner i det enkelte selskap. Det må likevel i loven fastlegges visse minstekrav til ryddig og forsvarlig saksbehandling.”¹⁴ Dette taler for at det skal mye til før brudd med saksbehandlingsreglene er tilstrekkelig ansvarsgrunnlag for erstatning. I juridisk teori har det blitt antatt at det kan være et ansvarsgrunnlag etter § 17-1 eller alminnelige erstatningsregler.¹⁵ Jeg er ikke kjent med noen rettspraksis hvor brudd på saksbehandlingsreglene har blitt akseptert som selvstendig ansvarsgrunnlag og det er også hevdet i teorien at brudd på saksbehandlingsreglene sjelden i seg selv vil medføre erstatningsansvar for styret.¹⁶

Saksbehandlingsreglene er formelle regler for hvordan styret skal gå fram forut for sin beslutning. Etter asl. § 6-22 skal styrebehandling varsles på en hensiktsmessig måte og med en nødvendig frist. Ordlyden tilsier at det skal varsles på en slik måte at gis mulighet for styremedlemmene å gjøre seg kjent med at det er innkalt til styrebehandling, samt at det ikke er en urimelig kort frist i varselet. Gode grunner taler for at alle styremedlemmer bør gis en reell mulighet til å kunne delta i behandlingen av styresakene. Spørsmålet her blir om det kan tenkes at et brudd med varslingsreglen kan medføre erstatningsansvar hos styremedlemmer? Dersom en beslutning er fattet uten at samtlige styremedlemmer var innkalt som etter § 6-22 kan det tenkes at styremedlemmer med særlig sakskunnskap ikke får deltatt i behandlingen og beslutningen som ble fattet gjøres uten at de får formidlet sin kunnskap. Det kan i så fall medføre at tapsbetinget beslutning fattes. Det følger av §6-20 første ledd, jf. § 6-21 første ledd at det er daglig leder i samråd med styreleder som fastsetter dagsorden. Det

¹⁴ NOU 96: 3 pkt. 7.2.3.

¹⁵ Aarbakke m. fl. s. 544, Normann Aarum s. 324.

¹⁶ Olav Fr. Perland: ”Styreansvar etter de nye aksjelovene”, i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1999, s. 149.

vil også være disse som er ansvarlig for innkalling. Et eventuelt ansvar ved utilfredsstillende innkalling vil i utgangspunktet også ligge hos dem.

Også overtredelse av regler som sier noe om kravene til styrets forberedelser forut for beslutningen fattet kan medføre et selvstendig ansvarsgrunnlag. Etter asl. § 6-21(1) skal daglig leder i samråd med styreleder forberede de saker styret skal behandle. Det er presisert at daglig leders forberedelse av styremøtene skal skje i samråd med styrets leder. Det overordnede ansvaret for en forsvarlig behandling av styresaker er tillagt styrets leder. Etter annet ledd skal en sak forberedes og fremlegges for styret på en slik måte at de har et ”tilfredsstillende behandlingsgrunnlag”. Etter ordlyden stilles det visse krav til grunnlagsmaterialet som fremlegges for styrets medlemmer forut for behandlingen av en sak. I forarbeidene er det uttalt at bestemmelsen er ment å ”presisere styrelederens og daglig leders ansvar for at det blir utarbeidet et tilfredsstillende behandlingsgrunnlag for styresakene. Vanligvis vil dette innebære et krav om at styremedlemmene på forhånd skal få tilsendt en skriftlig dokumentasjon som gir styremedlemmene grunnlag for å sette seg inn i hva saken gjelder og gjøre seg opp en mening om den. Et spørsmål som reiser seg er naturlig nok hvilke krav som skal stilles til omfanget og dybden av dokumentasjonen.”¹⁷ I forarbeidene er det videre hevdet at innholdet må avpasses etter sakens karakter. Sterke grunner taler for at jo mer omfattende en sak er, jo strengere bør kravene til dokumentasjonen være. Handler styret under tidspress, er dette også et moment som må trekkes inn i vurderingen av hvilke krav som stilles.”¹⁸ Bestemmelsen er med andre ord en presisering av den forsvarlighetsstandard som gjelder styres arbeid generelt. Det stilles altså krav til en viss grundighet hos den som forbereder saken slik at saksmaterialet skal være så godt at beslutninger skal kunne fattes på bakgrunn av opplysninger som fremkommer i det som styret har tilgjengelig forut og under behandlingen av saker. Dersom en styreleder unndrar dokumenter fra saksmaterialet som gis til de øvrige medlemmer av styret, og de bygger sin tapsbetingende beslutning på det mangelfulle materiale, vil det etter dette være styreleder som i utgangspunktet er ansvarlig.

¹⁷ NOU 1996: 3 til 5-28.

¹⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

Et spørsmål er hvorvidt styreleders overordnede ansvar påvirkes av administrerende direktørs delaktighet i forberedelsene. Hva om det er administrerende direktør unndrar avgjørende dokumenter fra styrets kunnskap? Vil styreleder kunne holdes ansvarlig på bakgrunn av sitt overordnede ansvar for saksforberedelsen? De beste grunner taler for at det må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Et viktig moment kan være styreleders kunnskap om forhold som blir unndratt styrets grunnlagsmateriale.

I et tilfelle hvor et selskap vurderer å inngå samarbeidskontrakt med et annet selskap for å gjennomføre et prosjekt vil de ganske sikkert ha interesse i kontraktspartens økonomiske evne til på gjennomføre sin del av avtalen. Sett at administrerende direktør gjennom en bekjent i det andre selskapet får informasjon om store økonomiske problemer for denne og informasjon ikke tas med i det behandlingsgrunnlag som framlegges styret. Dersom denne informasjon ikke er allment tilgjengelig kan det ikke nødvendigvis kreves at styreleder skaffer seg denne kunnskap som kan videreformidles til styret. I slike tilfeller bør det kreves en del til for å holde styreleder ansvarlig for mangler i det som fremlegges styret. Det vil være nærliggende at administrerende direktør alene blir ansvarlig for manglende opplysninger i saken.

Brudd på konkrete saksbehandlingsregler medfører at det i prinsippet oppstilles erstatningsansvar overfor enkelte eller flere av styremedlemmene dersom handlingen har medført tap for selskapet. Som fremholdt tidligere vil det nok saksbehandlingsreglene i begrenset omfang være tilstrekkelig ansvarsgrunnlag. Hovedreglen må være at eventuelle brudd med saksbehandlingsreglene kommer inn som en del av helhetsvurderingen av om styret har opptrådt i tråd med de forsvarlighetskrav som i alminnelighet stilles til deres arbeid. Selv om for eksempel styret har besluttet ut fra et uforsvarlig behandlingsgrunnlag vil nok heller det veie som et tyngre argument i en konkret forsvarlighetsvurderingen, enn enkelte av de andre saksbehandlingsreglene, fremfor at det skal bli tale om et selvstendig grunnlag for ansvar.

I forlengelsen av dette reiser det seg et spørsmål om det til tross for overholdte saksbehandlingsregler kan foreligge uforsvarlig saksbehandling som medfører

erstatningsansvar? Etter dagens aksjelov er det som omtalt over inntatt konkretiserte saksbehandlingsregler og det medfører at området for et eventuelt ulovfestet ansvar for forsvarlig saksbehandling har blitt innsnevret. Problemet med å utforme prinsipper som gjelder for styrets saksbehandling er at de enten vil bli så generelle at det blir temmelig innholdsløse eller så detaljerte at de legger en uhensiktsmessig binding på styret.¹⁹

Utover lovens spesifikke krav til saksforberedelsen vil erstatningsansvaret bero på en forsvarlighetsvurdering av saksbehandlingen. Som tidligere antatt vil det er være relevant å benytte lovens saksbehandlingsregler som momenter. Spørsmålet blir videre hvilke andre momenter som er avgjørende for at saksbehandlingen skal kunne betegnes som uforsvarlig.

I Rt 1931s 498 gjaldt saken styrets erstatningsansvar for forretningsmessige avgjørelser. Styret ble her frifunnet ettersom de hadde behandlet saken i flere møter og saksbehandlingen ble ansett for å være god nok. Det forelå ikke grunnlag for å holde styret erstatningsansvarlig. Saken var så grundig behandlet at saksbehandlingen ikke kunne betraktes som uforsvarlig. Dette taler for at det vil være relevant moment om saken er grundig forberedt slik at selv om det har oppstått et tap, så vill det ikke alltid bli tale om erstatningsansvar hvis styret behandlet saken grundig.

I Rt 1991 s 119 Laly, ble det vektlagt til fordel for styremedlemmene at de hadde holdt seg *tilbørlig underrettet* om så vel markeds- som resultatutviklingen (min utheving). Det kan forstås som at Høyesterett her la avgjørende vekt på at styret hadde holdt seg tilstrekkelig informert om det som var relevant informasjon for selskapet. Som nevnt i innledningen har det innenfor amerikansk selskapsrett blitt utviklet en regel som begrenser styrets ansvar for tap som følge av forretningsmessige avgjørelser, den såkalte "the business judgment rule". Et av vilkårene for at styremedlemmene er beskyttet gjennom reglen er at de har tilstrekkelig aktsomme når de fatter sin beslutning. En del av denne aktsomhetsplikten innebærer at det kun er "informed decisions" som er

¹⁹ Normann Aarum s. 325.

beskyttet. Kravet må sies i stor grad å samsvare med det som er vektlagt som Høyesterett gjorde i saken over.

Et eksempel fra amerikansk rettspraksis kan illustrere hva som der kreves for at styremedlemmers aktsomhetsplikt skal være overholdt. I den såkalte Trans Union-saken gjaldt saken en fusjon mellom to selskaper hvor oppgjøret ville skje ved at aksjonærene i det overdragende selskap fikk tilbud om salg av sine aksjer.²⁰ Her anførte saksøkerne at styremedlemmene hadde handlet uaktsomt da de besluttet å anbefale salg av selskapet til \$ 55 pr aksje, fordi de ikke hadde holdt seg tilstrekkelig informert. I dette tilfellet var det klart at styreformann og administrerende direktør, Van Gorkom, hadde en sentral rolle i forberedelsene forut for styrets beslutning. Han hadde forhandlet fra avtalen med det overtakende selskap, han innkalte til styremøtet på en dags varsel uten å informere om årsaken. Redegjørelsen han ga i forbindelse med saken var heller ikke på mer enn 20 minutter. Det var altså liten tvil om at det hele ble regissert med sterk styring fra Van Gorkom. Retten kom likevel til at styremedlemmene måtte holdes erstatningsansvarlig da de ikke hadde skaffet seg *tilstrekkelig informasjon* før de anbefalte at selskapet skulle fusjonere og heller ikke i forhold til prisen på selskapet som ble fastsatt. Retten uttalte at styret ikke hadde "reached an informed business judgment". Det var klart at styret ikke hadde noen informasjon om selskapets reelle verdi og hadde ikke noe grunnlagsmateriale for prisen på \$ 55 pr aksje. Retten velger her heller å fokusere på styrets samlede ansvar for å fatte en forsvarlig beslutning basert på et tilstrekkelig grunnlag, fremfor å gå mot den egenrådige styrelederen manglende forberedelse av saken. I Tran Union-saken fant altså retten styremedlemmene ansvarlig og retten la avgjørende vekt på *hvordan* de hadde fattet beslutningen fremfor å vektlegge *hva* beslutningen gikk ut på.

Problemet kan også belyses med et eksempel fra norsk næringsliv. I januar 2005 besluttet Orkla å kjøpe seg opp i Elkem slik at de ble eiere av over halvparten av selskapet. Oppkjøpet i Elkem medførte at Orkla også fikk plikt til å legge inn bud på det svenske aluminiumsselskapet Sapa, som Elkem eide 71,5 prosent av. Da styret la inn

²⁰ Jf. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858(Del. 1985).

bud på Elkem skal styret ikke ha vært informert om denne tilbudsplikten. Få dager etter innrømmer administrerende direktør at han hadde unnlatt å informere styret og bedriftsforsamlingen om denne tilbudsplikten til tross for dens relativt store økonomiske verdi. Budet på Elkem var på omkring 7 mrd kroner og den utløste tilbudsplikt tilsvarte en kostnad på omkring 1,8 mrd kroner. I dette tilfellet besluttet styret en relativt betydelig investering uten å kjenne til de fullstendige følgene av dette. Dersom tilbudsplikten i Sapa ville ha medført tap for Orkla kunne det blitt reist spørsmål om styret kunne blitt holdt ansvarlig på grunn av ikke å ha holdt seg tilstrekkelig informert. I dette tilfellet ville konsernsjefens alminnelige informasjonsplikt blitt et relevant moment mot å ilegge ansvar hos styret. For til slutt å belyse hvor komplekse saker som kan være gjenstand for beslutninger bør vil kan jeg nevne at den utløste tilbudsplikt i Sapa grunnet på en intern børsregel i Sverige. I tilfelle ville spørsmålet bli om det kunne kreves at styremedlemmene i Orkla besatt en slik kunnskap.

Dette reiser heller spørsmålet om i hvilken grad selskapet har en plikt til å benytte seg av sakkyndige for å kunne overholde sin aktsomhetsplikt. Utgangspunktet i selskapsretten er at saker utredes av administrasjonen. Det vil i først rekke være de som må vurdere behovet for sakkyndig bistand. I juridisk teori er det omtalt som lite hensiktsmessig å kreve at styret skal benytte ekstern ekspertise for eksempel ved avgjørelser som involverer verdier over en viss grense sett i forhold til selskapets størrelse.²¹ Aarum mener det heller bør bero på en konkret vurdering om det skal kunne kreves at styret i et konkret tilfelle benytter seg av sakkyndige.

Avslutningsvis vil det altså være avgjørende i en vurdering av om styret har foretatt en forsvarlig saksbehandling, om de har tatt tilbørlig hensyn til hvilken betydning saken har hatt for selskapet. I følge Aarum vil det ved en vurdering av hvilken betydning saken har hatt for selskapet bero på en konkret vurdering hvor en rekke momenter vil ha betydning.²² Det vil være viktig både å se på hvor store økonomiske interesser som er involvert og på selskapets økonomiske stilling. Det er videre viktig hvilken samlet kompetanse styret besitter, hvilken risiko som er involvert, om styret har rettet

²¹ Normann Aarum s. 329.

forespørsel til selskapets administrasjon og om saken er diskutert i mer enn møte, vil alle være relevante momenter i den konkrete vurdering som gjøres.

2.2.3 Lojalitetsplikten overfor selskapet

Til tross for at styremedlemmene holder seg innenfor de saksbehandlingsregler som de ellers er pålagt å følge, kan det som et neste hovedspørsmål spørres om det foreligger erstatningsmessig ansvarsgrunnlag dersom styremedlemmer har opptrådt illojalt ved sin forvaltning av selskapet.

Aksjeloven inneholder enkelte regler som ivaretar på hensynet til lojaliteten overfor selskapet. Etter asl. § 6-17 første ledd kan ikke styremedlemmer i anledning sitt arbeide motta godtgjørelser fra andre enn selskapet. Etter annet ledd gjelder dette godtgjørelse mottas av deres nærstående. Etter tredje ledd vil en eventuell godtgjørelse mottatt i strid med første og andre ledd tilfalle selskapet.

Bestemmelsen ivaretar hensynet til selskapets interesse og skal hindre at styremedlemmene påvirkes til å fatte beslutninger motivert av utsikten til egen økonomisk vinning. Denne bestemmelsen rammer særlig tilfeller hvor styremedlemmet mottar returkommisjon for avtaler som inngås på vegne av selskapet. Virkningen av at det foreligger brudd på § 6-17 er ikke at avtalen er ugyldig. Medkontrahenten er like bundet, men godtgjørelsen skal gå til selskapet.

Det typiske eksempel er daglig leder som har sikret seg returprovisjon fra en medkontrahent, for eksempel til gjengjeld for å inngå en avtale som for medkontrahenten er gunstigere enn hva ellers ville ha vært tilfelle. Denne skal tilfalle selskapet og ikke ham. Bestemmelsen motvirker at styremedlemmet tar hensyn til seg selv eller medkontrahenten fremfor selskapet han er satt til å ivareta sine interesser.

Også reglene i asl. §§ 6-27 og 6-28 gir utrykk for en lojalitetsplikt overfor selskapet. Etter § 6-27 første ledd, første punktum, er et styremedlem inhabilt dersom det deltar i beslutninger ”som har særlig betydning for egen del eller for noen nærstående at

²² Normann Aarum s. 329.

medlemmet må anses å ha fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse i saken.” Etter annet punktum gjelder det tilsvarende for daglig leder. Etter § 6-28 følger det at styremedlemmene ikke må forta noe ”som er egnet til å gi visse aksjonærer eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning.” Dette kan ses på som en generell handlingsbegrensning som skal forhindre at selskapet kommer dårligere ut enn hvilke som helst andre, etter disposisjoner foretatt av styret. Regelen må være ment å motvirke at andre interesser kommer i konflikt med hensynet til det samlede selskaps interesse. Dersom styremedlemmene handler i strid med de overnevnte bestemmelser kan de pådra seg erstatningsansvar etter asl. § 17-1.

Det kan spørres i hvilken grad styret er bundet av en *generell*, ulovfestet lojalitetsplikt overfor selskapet. Det er ingen generell lovbestemmelse som pålegger styret en slik lojalitetsplikt. Det følger relativt klart av uttalelsene i Ot.prp. nr. 23(1996-97) s 71 at styremedlemmer har en lojalitetsplikt overfor selskapet: ”Når det gjelder de spørsmål som er reist om styremedlemmers lojalitetsplikt, hvem styremedlemmene representerer osv, vil departementet generelt bemerke at styremedlemmene er tillitsvalgte som handler for sin oppdragsgiver, det vil si selskapet. En lojalitetsplikt for styremedlemmene kan utledes av den alminnelige regel om at styret som andre oppdragstakere skal ivareta oppdragsgiverens interesse under utførelsen av oppdraget.” Videre er det etter uttalelser i juridisk litteratur og rettspraksis at styrtemedlemmer og daglig leder har en alminnelig lojalitetsplikt overfor selskapet og aksjonærene.²³ Likeledes fremgår det av rettspraksis at styremedlemmer kan holdes erstatningsansvarlige overfor selskapet som følge av brudd på lojalitetsplikten.²⁴ Samlet sett er det rimelig å legge til grunn en alminnelig lojalitetsplikt for styret overfor selskapet.

For å kunne fastslå om styremedlemmene har handlet i strid med lojalitetsplikten overfor selskapet må det først gjøres klart hva lojalitetsplikten går ut på. Utgangspunktet for å vurdere hva innholdet i lojalitetsplikten går ut på kan tas ved å se på de interesser styremedlemmene er satt til å vareta. Styremedlemmene er satt til å handle på selskapets

²³ Aarbakke, m. fl. s. 545, Normann Aarum s. 349 flg.

vegne og lojalitetsplikten er et generelt prinsipp om at styret skal handle i selskapets interesse, jf. uttalelsen i forarbeidene. Det fremgår imidlertid videre av forarbeidene at lojalitetsplikten ikke er til hinder for at styret også må ivareta andre hensyn som gjør seg gjeldende i selskapet.²⁵ Med dette må det kunne forstås at styret kan vektlegge andre interesser enn selskapets. På den ene siden medfører en lojalitetsplikt at en hindring for styremedlemmene til å sette andre interesser foran selskapets, på den andre siden bør den motivere styremedlemmene til å handle i selskapets interesse. Problemet kan i hovedsak ses på som et spørsmål om hvilke interesser som kreves og tillates som *motivasjon* for en beslutning. Lojalitetskonflikter kan imidlertid også oppstå gjennom at ledelsen vektlegger interesser som ikke er av deres egen interesse, men tradisjonelt ikke i omfattes av selskapets interesse. Det kan virke klart at dersom en tapsbringende beslutning er motivert ut fra et ønske om egen vinning bør styremedlemmene bli holdt ansvarlig for tapet. Mindre klart kan det være at styret bør holdes ansvarlig for tap hvis det er kreditorenes interesser som er tillagt stor vekt. Lojalitetsspørsmålet vil tydeliggjøre en eventuell konflikt mellom interessene til de ulike aktørene i selskapet.

Utgangspunktet for styret er at de må ta hensyn til selskapets interesse. Hva begrepet ”selskapsinteressen” omfatter kan oppfattes noe vagt, samt at det kan spørres i hvilken grad et selskap kan en egen ”interesse”. Gode grunner taler for at det avgjørende må være at styret varetar de relevante hensyn ut fra selskapets formål og virksomhetsområde. Aksjeselskaper er normalt stiftet for å gi aksjeeierne økonomisk vinning.²⁶ For at styrets disposisjon er i henhold til selskapets interesse bør disposisjonen i det minste være motivert etter forventninger om at den er til selskapets beste, rent økonomisk. Det kan likevel ikke med rimelighet kreves at alle disposisjoner medfører en kontinuerlig tilførsel av inntekt. Gode grunner tilsier at også handlinger som reduserer eventuelle tap også omfattes. Det kan derimot stilles spørsmål i forhold til handlinger eller unnlatelser som medfører tapte inntjeningsmuligheter medfører brudd på lojalitetsplikten. Det kan tenkes at styret i selskap X beslutter oppføring av et nybygg. I dette tilfellet er det to mulig entreprenører som inngir tilbud på jobben hvor

²⁴ Jf. Rt 1925 s. 625, Rt 1932 s. 952 og Rt 1973 s. 821.

²⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 71.

²⁶ Normann Aarum s. 364 med videre henvisninger.

den eneste avgjørende forskjell er prisen. I det tilfellet styret i selskap X velger å kontrahere med den dyreste anbyderen, Y, vil det medføre økte utgifter for selskapet. Spørsmålet blir så om styret kan bli erstatningsansvarlig for beløpet tilsvarende differansen mellom anbudene? Svaret må så bero på en konkret vurdering om beslutningen om valg av den dyreste entreprenøren innebar et brudd med lojalitetsplikten overfor selskapet.

I juridisk teori hevdes lojalitetsplikten å forplikte styremedlemmene til å sørge for at forretningsmessige muligheter og fordeler tilfaller selskapet og at styremedlemmene ikke på egne vegne utnytter disse muligheter og fordeler.²⁷ I amerikansk rett finnes det tilsvarende regler som stiller direkte krav til å utnytte forretningsmuligheter for selskapet, jf. "the corporate opportunity doctrine".²⁸ Etter den tidligere nevnte "The business judgment rule" er det krav om at beslutningen ikke må gi styremedlemmene noen personlig fordel.²⁹ Styret antas her å ha en lojalitetsplikt overfor selskapet slik at de ikke fritt kan fremme sine egne interesser på selskapets bekostning. Det blir tilsvarende i norsk juridisk teori hevdet at handlinger motivert ut i fra egeninteressen fremfor selskapets interesse, for ikke å være forretningsmessig motivert.³⁰ Dette medfører at dersom et styremedlem i sitt virke for selskapet kommer over forretningsmessige muligheter, kan han ikke selv forfølge disse personlig eller for så vidt gi muligheten videre til andre uten at muligheten først er gjort kjent for selskapet og at det har avstått fra å forfølge muligheten.

Det kan tenkes at styremedlemmene kan ha personlige grunner for sine valg. Styremedlemmene kan ha hatt et ønske om å gi oppdraget til entreprenøren fordi de kjenner noe i styret eller ansatte der. På den annen side kan det for selskapet være gunstig å velge nettopp denne entreprenøren da avtalen åpner for et videre samarbeidd som selskap X i lengden vil tjene godt på. Det er i teorien fremholdt at det kan være vanskelig å dokumentere at styret rettstridig har fremmet sine egne interesser på

²⁷ Normann Aarum s. 351.

²⁸ Rolf Dotevall: *Bolagsledningens skadestandsansvar*, Stockholm 1999, s. 125 med videre henvisning.

²⁹ Normann Aarum s. 312 med videre henvisning.

³⁰ Normann Aarum s. 323.

selskapets bekostning.³¹ Dette vil medføre at de konkrete vurderinger av om lojalitetsplikten til selskapet er brutt er krevende. Når det er klart at de tapsbringende beslutninger styret gjør ikke automatisk medfører et erstatningsansvar, men snarere at bedømmelsen av om ansvarsgrunnlag foreligger beror på en konkret vurdering, vil de faktiske omstendigheter variere. En subjektiv vurdering av om styremedlemmene hadde den rette motivasjon for valget sitt vil bero på store bevismessige utfordringer.³² En mulig løsning er at man snur bevisbyrden i de tilfeller styret har besluttet å gå for det alternativ som er minst lønnsomt for selskapet. På denne måten må da styremedlemmene godtgjøre at deres beslutning var begrunnet ut fra selskapets interesse. Kan styremedlemmene begrunne dette vil beslutningen likevel være rettmessig.

Det neste spørsmålet som kan reises er om det er andre interesser enn hensynet til profitt som kan sies å være i selskapets interesse. Dersom dette er tilfelle vil det innebære at selskapets adgang til å kreve erstatning avskjæres tilsvarende utvidelsen av begrepet. I Rt 1993 s 1399(Ytternesdommen) gjaldt saken revisors erstatningsansvar overfor selskapets konkursbo etter aksjeloven 1976 § 15-2, jf. § 15-1. Det ble forgjeves gjort gjeldende at kravet ikke kunne reises av det insolvente selskap fordi erstatningen utelukkende ville komme kreditorene, og ikke aksjonærene til gode. Høyesterett uttalte at "kreditorenes interesse i å ha selskapsformuen som dekningsobjekt, er også en selskapsinteresse." Avgjørelsen i Ytternesdommen innbar en fravikelse av tidligere rettspraksis om hva som kan anses "i selskapets interesse".

I Rt 1993 s 244 gjaldt saken grov utroskap knyttet til forvaltningen av to pensjonsinnretninger opprettet til fordel for ansatte innenfor et rederi. Tiltalte i saken var tidligere direktør og medeier i rederiet. Saken gjaldt riktignok et eventuelt straffeansvar, men Høyesterett fremhever i sin begrunnelse en uttalelse fra byretten: "at næringslivets ledere utøver sine oppgaver og fatter sine beslutninger i samsvar med de regler som gjelder i samfunnet og i full lojalitet overfor de organer og interesser de er satt til å ivareta." Høyesterett fant det videre meget graverende at disposisjonene var gjort i egen vinnings hensikt på bekostning av selskapets meget vanskelige økonomiske

³¹ Normann Aarum s. 355.

situasjon. Ut fra denne avgjørelsen kan det tyde på at selskapets økonomiske situasjon vil være et relevant vurderingsmoment for å avgjøre om den alminnelige lojalitetsplikten er overholdt.

Det kan tenkes at styret ved sine beslutninger har en plikt og en rett til å vektlegge andre hensyn enn kreditorenes og aksjeeiernes interesser. Særlig aktuelt er konflikten mellom selskapets og samfunnets interesser hvor spørsmålet er om selskapet har et samfunnsansvar. Dette grenser opp til spørsmålet om styrets lojalitetsplikt, men faller utenfor denne drøftelses hovedtema.

Når innholdet er klarlagt blir det et spørsmål om et brudd med den alminnelige lojalitetsplikt medfører erstatningsansvar overfor selskapet. I tilfellet av at asl. § 6-17 er overtrådt følger det som tidligere nevnt av tredje ledd at berikelsen tilfaller selskapet. Utenfor lovens bestemmelser vil et eventuelt brudd på den alminnelige, ulovfestede lojalitetsplikt komme inn som et moment i en helhetlig vurdering av om styremedlemmene har opptrådt på en forsvarlig måte etter culpereglen i asl. § 17-1.

2.3 Krav til innholdet i forretningsmessige beslutninger

2.3.1 Innholdskrav etter aksjeloven

Frem til nå har jeg sett på hvilke krav som stilles til styrets og administrerende direktørs forberedelser frem til beslutningstidspunktet, samt kravene til motivasjonen bak beslutningene for at de ikke skal pådra seg ansvar for tap selskapet har lidt. Selv om styret har hatt et godt beslutningsgrunnlag, samt at saksbehandlingen har vært forsvarlig, vil det ikke garantere for at beslutningen ikke vil medføre tap for selskapet. Jeg vil derfor i det følgende se på om det kan oppstilles erstatningsbetingende ansvar på bakgrunn av *innholdet* i en forretningsmessig beslutning. Etter aksjeloven hovedregel om styreansvar, § 17-1, kan styremedlemmer bli erstatningsansvarlig for tap de uaktsomt eller forsettelig har voldt under utførelsen av sine oppgaver.

Ordlyden tilsier at det stilles visse krav til styremedlemmenes aktsomhet og at de kan bli erstatningsansvarlige dersom de kan bebreides for det påførte tap. Tapet i seg selv er

³² Jf. Normann Aarum s. 353.

ikke nok for å komme i erstatningsansvar. Som tidligere redegjort skal det foretas en vurdering av om handlingen kan anses å være culpøs.

Spørsmålet her blir hva som kreves for at innholdet i den forretningsmessige beslutning kan anses som uforsvarlig nok til at tapet betinger ansvar hos styremedlemmene.

Som fremholdt av Aarum er culpapreglen en rettslig standard.³³ Etersom grensene for hva som kan betegnes uforsvarlig således kan endres over tid, vil utviklingen særlig skje gjennom rettspraksis. Samtidig som reelle hensyn er viktige rettskildefaktor, vil de være viktig tolkingsmomenter for de lovreglene som finnes på området. Reelle hensyn står særlig sentralt i ansvarsvurderingen når styrets oppgaver er skjønnsmessig angitt.³⁴

Etersom det er den tradisjonelle culpavurderingen som skal foretas beror bedømmelsen av om erstatningsbetingende ansvarsgrunnlag foreligger på en konkret helhetsvurdering av om beslutningen fremstår som forsvarelig. Bedømmelsen av om en beslutning er forsvarelig eller ikke skal avgjøres ut i fra de forutsetninger som gjaldt på tidspunktet da beslutningen ble tatt.³⁵ Flere hensyn taler for dette. I en beslutningssituasjon vil styret nødvendigvis ikke kunne vite hva utfallet av beslutningen blir og hva fremtiden med sikkerhet bringer. Det ligger forutsetningsvis i all form for forretningsvirksomhet en viss usikkerhet for hva utfallet blir. Denne usikkerheten må det da også i ettertid tas hensyn til ved ikke å gjennomføre et absolutt ansvar dersom beslutningen i ettertid ikke falt helt heldig ut. Det sentrale i bedømmelsen blir at domstolen setter seg i styrets situasjon og vurderer om det ut fra foreliggende informasjon på tiden da beslutningen ble tatt.

Når man skal vurdere om innholdet av de forretningsmessige beslutninger er forsvarelige blir det første spørsmålet om aksjeloven stiller krav til styrets aktsomhet. Videre blir det et spørsmål i hvilken grad en overtredelse av disse medfører erstatningsansvar.

³³ Normann Aarum s. 190.

³⁴ Normann Aarum s. 190.

³⁵ Dotevall s. 87, Rt 1931 s. 498.

Det følger av aksjeloven § 3-4 et krav om at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital sett i forhold til risikoen og omfanget av virksomheten som drives. Begrepet ”forsvarlig egnekapital” er en rettslig standard og tilsier at det stilles visse krav til egenkapitalen i selskapet.³⁶ Med ”egenkapital” menes selskapets nettoformue, selskapets eiendeler minus gjeld.³⁷ I følge forarbeidene må det avgjøres skjønnsmessig om egenkapitalen er lavere enn forsvarlig.³⁸ Det følger videre av forarbeidene at kravet til forsvarlig egenkapital medfører at det ikke vil ikke være tilstrekkelig å vurdere størrelsen på egenkapitalen isolert sett. For å kunne si om egenkapitalen er forsvarlig eller ikke må man foreta en helhetlig vurdering av selskapets kapitalforhold, hvor forholdet mellom egenkapital og gjeld skal være et sentralt moment, jf. NOU 96: 3 til § 6-1. Der uttales det også at betingelsene knyttet til gjelden også må tas i betraktning. Relevante forhold ved gjelden kan være løpetid og rente. Kortsiktig gjeld med høy rente vil være mer tyngende for selskapet på kort sikt og kan lettere medføre at egenkapitalen anses som uforsvarlig lav. På den annen side vil nok egenkapitalen oftere kunne være noe lavere i forhold til størrelsen på gjelden samlet sett, om gjelden har lengre nedbetalingstid og rente. Gode grunner taler også for at det er relevant hva gjelden er knyttet opp til. Dette leder over i hva styrets handleplikt ved lav egenkapital skal vurderes ut fra.

Det følger videre av § 3-5 at styret har en handleplikt dersom egenkapitalen er lavere enn forsvarlig sett i forhold til ”risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”. Det følger av ordlyden at handleplikten innebærer at styret i tilfeller hvor selskapets egenkapital kommer under hva som er forsvarlig, straks skal behandle saken og innen rimelig tid gi en redegjørelse for generalforsamlingen. I tillegg skal styret da foreslå tiltak som får egenkapitalen forsvarlig igjen, jf. § 3-5 første ledd, annet punktum i.f. Reglene i asl. § 3-4 og 3-5 er en utvidelse i forhold til tidligere aksjelovgivning. Om selskapskapitalen følger det av forarbeidene at ” Det kanskje viktigste er at en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette

³⁶ Ot. Prp. nr. 23 (1996-1997) pkt. 5.9.4.

³⁷ Mads Henry Andenæs: *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, Oslo 1998, s. 38.

³⁸ NOU 1996: 3 til pkt. 6.1.

nødvendige tiltak.³⁹ En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt innbygd i hele systemet, men det har etter departementets syn en egenverdi at kravet fremgår uttrykkelig av loven.”⁴⁰ Det følger videre at forarbeidene at ”Videre vil en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen dersom ledelsen ... ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte.” Det virker relativt klart at lovgiver her har ønsket å legge større vekt på et vernet av selskapskapitalen enn hva som fulgte av aksjeloven 1976. De om taler videre lovens ordning slik at det i første rekke er opp til selskapets eiere å sørge for at selskapet har et forsvarlig kapitalgrunnlag i forhold til den virksomhet som skal drives. Styrets oppgave blir å tilpasse virksomhetens art og omfang på en forsvarlig måte til det kapitalgrunnlaget selskapet har.⁴¹

Styrets handleplikt kan aktualiseres når forholdet mellom reell egenkapital og gjeld endres.⁴² Dersom styret beslutter å utvide selskapets virksomhet og velger å finansiere dette gjennom større låneopptak, kan det være nødvendig å samtidig øke egenkapitalgrunnlaget for at selskapet skal kunne holde seg innenfor forsvarlighetsstandarden. Dersom dette ikke gjøres kan et ansvar bli gjort gjeldende overfor styret. Det bør stilles krav om at styret ikke utvider mer enn hva selskapet har kapitalgrunnlag til. Går de lengre i en utvidelse enn det kapitalgrunnlaget tilsier vil de altså ha en plikt til å skaffe mer midler til selskapet. Et annet hvor en handleplikt kan bli aktualisert er dersom rammebetingelsene i det markedet hvor virksomheten drives endres drastisk. Dersom et selskap driver sin forretning i et stabilt marked og dette endrer seg til å bli langt mer risikofyllt, vil styret kunne sies å ha en plikt til å øke selskapets kapitalgrunnlag.

Noe forenklet kan man si at handleplikten innebærer en plikt å handle i det tilfelle selskapets aktiva ikke lengre svarer til den type virksomhet selskapet driver. Selskapet må ha en økonomisk bæreevne i forhold til det de driver med.

³⁹ NOU 1996: 3 pkt. 6.1.2.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

⁴¹ NOU 1996: 3 pkt 6.1.1.

⁴² Om kravet til *reell* egenkapital, se Ot. Prp. nr. 23 (1996-1997) s. 54.

Et spørsmål som reiser seg er i hvilken utstrekning styret kan pådra seg erstatningsansvar for å ha neglisjert sin handleplikt ved uforsvarlig lav egenkapital når de fatter forretningsmessige beslutninger? Svaret på det beror på om styret på en uaktsom måte har utvist passivitet i forhold til et lavt egenkapitalgrunnlag. Hvorvidt det foreligger en uaktsom passivitet må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering av forholdet mellom egenkapital og gjeld i det enkelte selskap. Regelen forstås dit hen at en ellers forsvarlig forretningsmessig beslutning kan medføre erstatningsansvar dersom den medfører at egenkapitalen blir uforsvarlig lav som følge av disposisjonen. Styret vil i sine forretningsmessige valg alltid ha plikt til ikke å iverksette noe som kan medføre at selskapet får en egenkapital som er lavere enn forsvarlig.

Grunnlaget for en eventuell handleplikt er altså at selskapets økonomiske stilling ikke er forsvarlig. Den skjønnsmessige vurderingen skal etter kravet om handleplikt i alle fall gjøres av styret. Ettersom styret til enhver tid skal kunne ha oversikt over selskapets økonomiske stilling, jf. § 6-12 tredje ledd, har de også grunnlaget for å vurdere om egenkapitalen er forsvarlig. Tilsynsansvaret etter § 6-12 tredje ledd må kunne sees på som nært sammenhengende med styrets handleplikt. Ved at de innehar et slikt tilsynsansvar er kravene som stilles til å foreta seg noe ved en lav egenkapital ytterligere skjerpet enn om regelen ikke eksisterte. En eventuell manglende kunnskap om selskapets økonomi er i så fall ikke unnskyldende for styret, men kan nok heller tale for et eventuelt ansvar. I tilknytning til bestemmelsene uttalte departementet i forarbeidene: ”... som nevnt vil en sterkere betoning av selskapets plikter med hensyn til egenkapitalens størrelse trolig bidra til å gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav. Dette er etter departementets syn ønskelig. Departementet er ikke redd for at bestemmelsen vil føre for langt i så måte. 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.”⁴³ Fra lovgivers side har det altså vært ønskelig å utvide styrets ansvar, men likevel slik at ansvaret er nedad begrenset ved å stille visse krav til hvor alvorlig uaktsomheten har vært. Dette kan begrunnes ut fra hensynet til at styret bør ha en viss skjønnsfrihet i sin forvaltning av selskapet. Styret generelle skjønnsfrihet og begrunnelsen for denne vil bli kommentert i pkt. 2.3.1.

Når der gjelder innholdet i handleplikten kan det belyses med et eksempel. I Frostating lagmannsretts dom av 6. desember 2004 saksøkte Devold Tekstil v/dets konkursbo styrelederen med krav om erstatning for driftstap som følge av blant annet flere brudd på styreleders handleplikt. Dette kravet ble ikke tatt til følge etter reglene om handleplikt ved lav egenkapital var overtrådt. Devold Tekstil AS sviktende inntekter medførte driftsunderskudd i 2001 og 2002 medførte at selskapet 2. kvartal 2002 hadde en negativ egenkapital. Konkursboet anført at styreleder ikke i tilstrekkelig grad hadde gjort det som krevdes for å få i stand en finansieringsløsning for å unngå problemene for Devold Tekstil AS. Til dette la retten blant annet vekt på at styret arbeidet aktivt med forutsetningen om videre drift i selskapet, noe som utvilsomt var realistisk ved årsskiftet 2001/2002. Det var på det rene at styret arbeidet med en finansieringsløsning og retten uttalte til det at ” *den planlagte likviditetstilførsel i budsjettet var bygd på realistiske forutsetninger fra styrets side*”. Videre fremholdt retten at ” En likviditetstilførsel i samsvar med de budsjetterte forutsetninger ville imidlertid ha dekket likviditetsbehovet. Dersom styreleders finansieringsforslag hadde blitt vedtatt, og deretter gjennomført som forutsatt, ville derfor likviditetsunderskuddet våren 2002 ha vært av forbigående karakter.” I sin vurdering av om styrelederen hadde oppfylt sin handleplikt kan det forstås dit hen at retten i stor grad bygd på en slags sannsynlighetsvurdering av om styret har hatt grunnlag for å forvente at de tiltak de har iverksatt på den ene side var realistiske forutsetninger som kunne gjennomføres og på den andre side om de tiltakene faktisk ville avhjelpe situasjonen for Devold Tekstil AS.

⁴³ Se Ot.prp. nr. .23 (1996-1997) på s. 51.

Langt på vei stemmer avgjørende momenter overens med en dom inntatt i Rt 1991 s. 119 hvor Høyesterett sluttet seg til følgende uttalelse fra den danske professor Bernhard Gomard fra 1986 (side 127):

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

Retten bemerker til uttalelser i forarbeidene tilsier at styret må innrømme en margin for skjønn for om kapitalgrunnlaget er forsvarlig.⁴⁴ Dette innebærer i følge retten at domstolene må utvise forsiktighet. Retten uttaler ” Konkursboet har rettet kritikk mot styreleder for at likviditetstilførselen ikke kom på plass på et tidligere tidspunkt. Styreleder på sin side har begrunnet forsinkelsen med at de enkelte elementer i likviditetspakken ikke kunne sluttbehandles før man hadde de korrekte tall for driftsåret 2001 og 1. kvartal 2002” Her er et eksempel på å gi styret en viss skjønnsmargin ved å gi dem muligheten til å skaffe seg et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.

Lagmannsretten la vekt på at ”et erstatningsansvar for styreleder kan ikke begrunnes med rene risikobetraktninger. Her som ellers er det et vilkår for ansvar at styreleder kan bebreides..” Retten vektla at styreleders finansieringsforslag reelt sett ville ha medført at likviditetsunderskuddet i 2001 ville ha vært av forbigående karakter. En underrettsavgjørelse som denne har i seg selv ikke spesielt stor rettkildemessig vekt, men den er godt egnet til å illustrere problemstillingen tilknyttet handleplikten. Det kan være nyttig å se hen til amerikansk rett og ”The business judgment rule” for å se hvilke momenter som der er vektlagt og om de kan illustrere hva som etter norsk rett bør være avgjørende for å avgjøre ansvarsspørsmålet. ”The business judgment rule” beskytter kun styremedlemmenes aktive handlinger, eventuelt den bevisste passivitet. Når vi etter norsk rett kan sies å oppstille ansvar for manglende handling, stemmer dette

⁴⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997).

overens med amerikansk rett. Så lenge et styremedlem foretar seg noe aktivt i beste hensikt for selskapet og det er rimelig mulighet for at det inntreffer overens med denne hensikten, vil ikke ansvar bli gjort gjeldende overfor styremedlemmet.

2.3.2 Styrets vurderingsfrihet

Legger man så til grunn at styret har holdt seg innenfor de konkrete krav aksjelovgivningen stiller til innholdet i de forretningsmessige beslutninger blir spørsmålet om det på ulovfestet grunnlag kan stilles ytterligere krav til innholdet eller om styret har full frihet til å vurdere hva de forretningsmessige beslutninger skal gå ut på. Dette reiser også et spørsmål i hvilken grad domstolen skal kunne overprøve en forretningsmessig beslutning og eventuelt hvor langt denne adgangen rekker. I den grad styret har en skjønnsfrihet bør domstolens adgang til å overprøve styrets beslutning være tilsvarende begrenset.

Utgangspunktet for domstolen at de kan vurdere de rettslig så vel som de faktiske sidene av erstatningskravet. I forarbeidene til aksjeloven ble det uttalt i tilknytning til innføringen av § 3-4 om handleplikt ved lav egenkapital: ”Som nevnt vil en sterkere betoning av selskapets plikter med hensyn til egenkapitalens størrelse trolig bidra til å gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav. Dette er etter departementets syn ønskelig. Departementet er ikke redd for at bestemmelsen vil føre for langt i så måte. 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.”⁴⁵ Av denne uttalelsen kan det forstås at domstolene som utgangspunkt bør være forsiktige med å ilegge erstatningsansvar i tvilstilfelle og det kan med rimelighet forstås som at styrets skjønnsfrihet i begrenset grad ønskes overprøvd. Med dette forstås uttalelsen i forarbeidene at det er et visst område av styrets forretningsmessige avgjørelse som domstolen er avskåret fra å overprøve.

For det første kan man ved avgjørelsen av hva som kreves av den forretningsmessige beslutning legge til grunn at aksjeloven er ikke ment til å ivareta spesielle næringsrettslige hensyn, og at loven derfor er nøytral i forhold til det næringsområdet det enkelte selskap driver sin forretning. Av denne grunn kan vurderingene om hvorvidt det blir tale om erstatning i det enkelte tilfellet være svært ulikeartet, hvilket tilsier at grensen for om styremedlemmene har opptrådt uaktsomt beror på en konkret vurdering. Det kan derfor være ulike momenter som kan bli avgjørende for om et styremedlem kommer i ansvar alt etter hvilke hensyn som er viktige å ta i betraktning forut for en beslutning i den aktuelle næringsvirksomhet.

Det er grunn til å anta at i en beslutningssituasjon må styremedlemmene bygge sine avgjørelser på dels de objektivt kjente fakta, men også en betydelig grad av usikre momenter ut fra markedssituasjon, antatt potensial for fremtiden, medkontrahtenters skikkethet, osv. Det kan i ettertid vise seg at det grunnlag beslutningen var gjort på ikke var korrekt eller om domstolen i ettertid skal gå inn i en vurdering av om beslutningene som er foretatt var innenfor forsvarlighetsnormen må det for det første være forholdene på beslutningstiden som skal legges til grunn. At det i ettertid viser seg at markedet endret seg annerledes enn tidligere antatt kan ikke dette tale til beslutningstakernes ugunst. Sterke grunner taler for å legge vekt på hvor kompetent domstolen er til å vurdere forsvarligheten av en forretningsmessig beslutning. Det kan ikke være særlig tvil om at det er styret og den daglige leder som normalt har de beste forutsetninger til å vurdere selskapets stilling. Det er rimelig å anta at de har relativt god kjennskap til markedsf forholdene der selskapet opererer, samt de økonomiske forutsetningene til selskapet. For en domstol vil det på den ene side kanskje selskapets virksomhetsområde være av ukjent karakter og de har av den grunn mindre god kunnskap til å bedømme styrets beslutning. Derimot vil selskapets økonomi antakelig være et lettere tilgjengelig for en domstol å vurdere også flere år etter den opprinnelige beslutning. Det vil her ligge en større grad av objektive vurderingsmomenter til grunn for å avgjøre selskapets kapitalstatus. Regnskapsmessige tall er av de objektivt målbare størrelser i selskapet, men markedsutsettene og forholdene ellers vil i større grad bero på spesialkompetanse.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) på side 51.

Det kreves normalt en viss økonomisk innsikt for å kunne danne seg en oppfatning av et selskaps likviditet. Derfor er det ikke uten videre hensiktsmessig at domstolene skal kunne overprøve hvorvidt et selskap har økonomiske forutsetninger til å satse på et nytt prosjekt eller ikke.

I sin vurdering av om styremedlemmene og administrerende direktør har forvaltet selskapet på en forsvarlig måte er det altså begrenset hvor langt domstolene kan gå i å overprøve styrets beslutning. Et problem blir hvilke krav man på ulovfestet grunnlag kan stille til den forretningsmessige beslutning. Utgangspunktet for vurderingen av om styret har fattet en forsvarlig forretningsmessig beslutning blir de momenter som har blitt vektlagt i gjennom rettspraksis. I Rt. 1931 s 498 gjaldt saken overtakelse av en skipsbyggingskontrakt og senere manglende kansellering av denne. Selskapet krevde sin tidligere ledelse for erstatning uten at det ble tatt til følge. Høyesterett uttalte at det var et hovedpunkt i saken om overtagelsen av byggekontrakten var forretningsmessig forsvarlig.⁴⁶ Dette tilsier at det vil være relevant å vurderer om disposisjonen som er besluttet er forretningsmessig forsvarlig. Til spørsmålet om den manglende kanselleringen var ansvarsbetingende understreket retten at avgjørelsen må ha vært svært vanskelig og at det ikke fremsto som klart hva som ville vært den riktige løsning. Endelig legger retten vekt på at saken hadde blitt behandlet på en rekke representantskapsmøter slik at saksbehandlingen var forsvarlig. Ettersom Høyesterett her også vektlegger hvor vanskelig saken det skal tas stilling til er, samt hvor sikkert det er hva som er den beste løsning for selskapet, taler for at dette er relevante momenter i en vurdering av om den forretningsmessige beslutning er forsvarlig. Hvor grundig en sak er behandlet vil også kunne være et relevant moment.

I Rt 1991 s 119, den såkalte Laly-saken, gjaldt saken spørsmålet om erstatningsansvar for styremedlemmer i aksjeselskap vedrører tap påført et rederi ved at befrakterselskapet var ute av stand til å innfri leverandørkrav. Erstatningskravet som ikke førte frem gjaldt tap påført et rederi ved at styret i befrakterselskapet angivelig ikke hadde besluttet og gjennomført innbefraktningen på et forsvarlig økonomisk grunnlag. Retten uttaler

⁴⁶ Rt 1931 s. 498.

videre at for en vurdering av om styremedlemmenes atferd måtte bli bedømt ut fra forholdene på tiden for beslutningen. Vurderingen skal altså skje uten hensyn til hva som senere fremkommer av opplysninger. Nettopp her ligger en viktig del av problemet, nemlig hva som *fremstår* som forsvarlig. Kjernen i ansvarsspørsmålet er hvordan styret handler på bakgrunn av den usikkerhet som kan være knyttet til hva som faktisk er lønnsomt eller ikke. Om det i ettertid faktisk blir det er for denne problemstilling irrelevant.

Videre går retten inn på en vurdering av den vurderingen som styremedlemmene hadde foretatt: ”de to styremedlemmene som saken er reist mot, har vurdert som forsvarlig den disposisjon de var med på. De så nok større muligheter i den nye linjetrafikk enn det reelt var grunnlag for. Slik jeg ser det, sto de åpenbart i den tro at tapsfasen var nær ved å være overvunnet. Etter mitt syn har de to styremedlemmene holdt seg *tilbørlig underrettet om så vel markedsutviklingen, som resultatutviklingen*. De har for så vidt feilvurdert situasjonen. Men denne feil består, så vidt jeg kan forstå, i en uriktig skjønnsmessig bedømmelse av den risiko slutningen av M/S ARAO medførte. En slik skjønnsmessig feilvurdering kan etter gjeldende teori og rettspraksis ikke utløse erstatningsansvar.” Retten legger her vekt på at var det ansvarsbefriende for styremedlemmene at de hadde holdt seg *tilbørlig underrettet* med hensyn til den informasjon som her var relevant å bygge beslutningen på. Etter rettens vurdering lå styremedlemmenes feil i hvordan de vurderte den informasjon de hadde tilgjengelig, men at denne ligger innenfor den feilmargin som ligger innfor den skjønnsfriheten styremedlemmene hadde.

I tråd med dette blir det i juridisk teori påpekt at forretningsmessige beslutninger i stor grad preges av at mange av de faktorene som er avgjørende for beslutningen er usikre.⁴⁷ For at styret skal kunne ha en reell mulighet til å drive selskapet videre og ikke stagnere i sin virksomhet, vil nødvendigvis mange beslutninger bli fattet uten at det er noen garantier for at det ønskede resultat inntreffer. Dette momentet tilsier at det bør utvises tilbakeholdenhet med å ilegge erstatningsansvar. Sterke grunner taler for at styret

innehar en betydelig skjønnsfrihet ved sine forretningsmessige beslutninger.

Skjønnsfriheten skal motivere til å ta sjansen på å gjøre gode avtaler ut fra hva man anser som det beste for selskapet. Det vil i seg selv også kunne være en motivasjon til å inneha verv som styremedlem ved at det er en viss tillitt til sin vurderingsevne.

Det neste problem blir hvor stor risiko styret kan ta ved sine beslutninger uten at de kommer i erstatningsansvar?

Aksjelovgivningen er ment å regulere selskaper hvor deltakerne har begrenset ansvar for de forpliktelsene selskapet pådrar seg. Denne formen for foretak grunner på en risikovillighet hos deltakerne, de har ved sin deltakelse i et aksjeselskap akseptert en viss grad av risiko for at de investeringer som selskapet foretar seg kan resultere i tap av investert kapital.

Det er her to avgjørende hensyn som står mot hverandre. På den ene side hensynet til at selskapet skal tjene penger og på den annen side ønske om ikke å ta større risiko enn nødvendig. Ofte vil det være slik at jo mer man ønsker å tjene, jo større risiko må man ta. Risikoen ligger i hvor sannsynlig det er at det ønskede resultat inntreffer. Et selskap kan ha basert sin drift på at enhver nyinvestering skjer på bakgrunn av gjennomarbeidede analyser og lange forberedelser, mens et annet kan drive med langt mer risikobaserte investeringer som ikke gir rom for tidkrevende forberedelser forut for en beslutning. Hvorvidt et styremedlem kan sies å ha opptrådt uforsvarlig beror på en konkret vurdering basert på det aktuelle selskapets risikoprofil.

Det følger av juridisk teori at det ikke nødvendigvis er uforsvarlig å utsette selskapet og dets kreditorer for tapsrisiko.⁴⁷ Ifølge Aarbakke mfl må det legges vekt på at det å drive virksomhet innebærer økonomiske risiko, om enn i sterkt varierende grad. At forhold i ettertid fremstår som utslag av en feilvurdering, hører til den risiko som

⁴⁷ Normann Aarum s. 335, Bernhard Gomard: *Aktieselskaper og anpartsselskaper*, København 1996, s. 417.

⁴⁸ Andenæs s. 39.

virksomhetsutøvelse innebærer. Selskapet kan ikke kreve erstatning for tap som er utslag av slike risikoer.⁴⁹

For et selskap som driver forretningsvirksomhet og opererer i et marked med konkurranse med flere aktører vil det til kunne herske en viss usikkerhet for fremtiden. Forretningsvirksomhet er risikobasert og medfører at eierne i selskapet må akseptere at det er en viss risiko for at deres investering kan bli redusert eller gå tapt. Deres valg av styre vil være basert på en tiltro til at deres investering blir ivaretatt på en måte som stemmer overens med selskapets ønsker. I tillegg kan eierne gi styret retningslinjer gjennom formålsbestemmelser i vedtektene eller konkrete retningslinjer for styret. Selskapet har på denne måten mulighet til selv å oppstille grenser for hvor stor risiko styret skal ta i sine forretningsmessige beslutninger.

Det følger av asl. § 2-2 første ledd nr 3 at vedtektene skal angi selskapet virksomhet. Ordlyden gir liten veiledning om hva dette innebærer, men det er i teorien antatt at det skal mer til enn generelle beskrivelser som ”næringsvirksomhet” for å oppfylle kravet.⁵⁰ Det antas videre at alminnelige beskrivelser som ”handel” eller ”shipping” er tilstrekkelig. Noen nærmere bransjeangivelse er ikke nødvendig.⁵¹ Minimumskravet bør være at det angis en ytre ramme som betegner hva selskapet skal drive med. Spørsmålet blir om virksomhetsangivelsen begrenser styrets beslutningsmyndighet slik at beslutning som er i strid med selskapets formål betinger ansvar hos styret.

Det følger av juridisk teori at hovedreglen å være at det er tilstrekkelig for statuere uaktsomhet at beslutningen er i strid med selskapets vedtektsbestemte formål.⁵² Gode grunner kan tale for at dette også bare blir et utgangspunkt. Dersom det på tiden hvor beslutningen er fattet ikke fremstår som rimelig klart at disposisjonen er utenfor selskapets formål, bør ikke uten videre pålegges ansvar hvis det i ettertid viser seg at disposisjonen falt utenfor selskapet vedtektsbestemte virksomhet. Dette synes støttes

⁴⁹ På s. 946.

⁵⁰ Aarbakke m.fl. s. 112.

⁵¹ Jf. Lovavdelingen jnr. 464/76 E.

⁵² Normann Aarum s. 338.

også av svensk teori, hvor det er hevdet at i de fall det ikke kan bevises at beslutningen klart stred mot det vedtektsbestemte formål eller hensikten med selskapets virksomhet, kan neppe et ubetinget ansvar pålegges styret, selv om det i ettertid viser seg at så var tilfelle.⁵³

Dotevall fremholder videre at om styret *hadde berettiget grunn til å anta*, når beslutningen ble tatt, at den gagnet selskapets interesse, bør styret heller ikke anses for å være culpøs om disposisjonen medfører tap for selskapet. I og med at det ikke stilles særlig strenge krav til formålsangivelsen i vedtektene kan man ikke nødvendigvis oppstille en streng ansvarsregel for overskridelser, hvis de på beslutningstiden i rimelig utstrekning virket å ha vært innenfor det angitte formål. Annerledes kan det tenkes å være i de tilfeller generalforsamlingen har gitt mer spesifikke angivelser til virksomhetsområdet for selskapet. Det følger av lovens system at styret står i et generelt underordningsforhold til generalforsamlingen. Dette medfører at styret er bundet av generalforsamlingens beslutninger og eventuelle instruksjoner om de forretningsmessige forholdene av selskapets virksomhet.

Ettersom culpabedømmelsen som hovedregel er objektiv vil vurderingen av om det inntrådte tap var en påregnelig følge av handlingen bero på om handlingen i alminnelighet vil resultere i tap. At det for det enkelte styremedlem ikke fremsto som påregnelig vil altså ikke kunne være avgjørende, culpereglen stiller objektive krav til styremedlemmets aktsomhet.

En investering i et aksjeselskap innebærer et ønske om en viss avkastning. Dersom man ønsker en høyere avkastning innebærer det ofte at man må være villig til at selskapet skal ta større risiko. I mange tilfeller kan det antas at det vil foreligge en sammenheng mellom grad av risiko og potensial for avkastning. Ettersom styret og administrerende direktør fatter en rekke beslutninger på vegne av selskapet vil det i en mange tilfeller medføre at de må vurdere risikoen som følger med den planlagte handling opp i mot den fordel selskapet kan nyte av handlingen. Det blir opp til den som fatter beslutningen å

⁵³ Dotevall s. 87.

bedømme i hvilken grad det er påregnelig at et eventuelt tap vil oppstå. Det vil som en følge av dette være nødvendig å vurdere om denne risikoen er verdt å ta, basert på blant annet selskapet formål og retningslinjer i forhold til risikovillighet. Det også sies at påregneligheten for at en investering resulterer i tap øker med den graden av risiko som er tatt ved beslutningen.

Som jeg til nå har drøftet vil et ansvarsgrunnlag på bakgrunn av styremedlemmenes forretningsmessige beslutninger måtte avgjøres etter en helhetsvurdering av om de har opptrådt på en forsvarlig måte. Jeg har påpekt at det er en rekke momenter som vil være relevante for å fastslå en uforsvarlig opptreden. Det er trolig ikke alltid praktisk i ettertid å finne et klart skille mellom saksbehandlingen forut for og innholdet i den forretningsmessige beslutning. I den helhetsvurderingen som skal foreta om styret har opptrådt uaktsomt vil nok det hele bero på det totale bildet av hvordan styret eller administrerende direktør har handlet, hvor flere momenter kan være relevante å ta i betraktning.

Likevel ser man tendensen til at domstolene i begrenset grad ilegger erstatningsansvar der hvor styret har utvist skjønn. Det kan som nevnt tyde på at domstolene innrømmer styret en betydelig skjønnsfrihet, men at de likevel ser seg skikket til delvis å gå inn en vurdering av de forretningsmessige sider ved en beslutning. Skal man være fri for ansvar er det ikke nok å si i ettertid at man egentlig var uenig i den eller de beslutninger som ble tatt eller ikke. Det må fremgå av styreprotokollen at man var uenig. Alle styremedlemmer kan forlange protokolltilførsel. Jo mer usikkert grunnlag styret legger til grunn for sine forretningsmessige valg, jo enklere bør det være å holde dem ansvarlig for eventuelle tap som følger av disposisjonen.

Dersom styret mister sin vurderingsfrihet vil det nok raskt oppstå et rekrutteringsproblem for mange styrer. Hvis et styremedlem uten videre kan komme i ansvar for å i utgangpunktet ivareta et selskap interesse i å ta visse forretningsmessige risiko, er det rimelig å anta at færre ønsker seg slike verv. For å belyse problemet kan man se hen til tilstanden i USA etter Trans Union-saken hvor det oppsto

rekrutteringsproblemer i etterkant av dommen mot styremedlemmene.⁵⁴ I Norge har tema i varierende grad blitt aktualisert gjennom enkeltsakers dekning i media. Det siste året ser man igjen et økt fokus og man ser en viss uro blant styremedlemmer for risikoen for å komme i erstatningsansvar.⁵⁵ Det er på det rene at Trans Union-saken og ”the business judgment rule” har vært gjenstand for lange diskusjoner og uenigheter i amerikansk rett.⁵⁶ Likevel tyder dommen på at domstolen aksepterer kompleksiteten og usikkerheten i forretningsdrift ved at de bare i begrenset grad går inn i selve den forretningmessige beslutning, men heller fokuserer på beslutningsprosessen. Jeg viser her for øvrig til tidligere redegjørelse for saken. Hensynet til styremedlemmers skjønnsfrihet tilsier at det er hensiktsmessig å vurdere om prosessene frem til beslutningstiden har vært betryggende fremfor en vurdering av selve det forretningmessige valget som er tatt.

3 Hvem kan holdes erstatningsansvarlig?

3.1 Et individuelt eller kollektivt ansvar?

Spørsmålet her er hvem det er grunnlag for å holde ansvarlig for det tapet som påført selskapet. På den ene side blir det et spørsmål om ansvarsfordelingen mellom styret og administrerende direktør og på den annen side forholdet mellom styremedlemmene internt.

Etter asl. 17-1 kan altså selskapet kreve ”styremedlemmer” og ”daglig leder” for tap som de har voldt under utførelsen av sin oppgave. Ordlyden tilsier at det skal foretas en konkret individuell vurdering av om uaktsomhet eller forsett kan påvises hos den enkeltes utførelse av sitt arbeid. Etter ordlyden må det kunne sies at ansvaret er personlig for det enkelte styremedlem. Dette samsvarer med hva som er lagt til grunn i juridisk teori hvor det som utgangspunkt ble understreket ”at styreansvaret er et

⁵⁴ Smith v. Van Gorkom.

⁵⁵ Se artikkel: <http://www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article974615.ece>.

⁵⁶ Jf. Normann Aarum s. 310 flg.

individuelt ansvar for hvert enkelt styremedlem. Dette innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hvert enkelt styremedlem for å se om vedkommende kan holdes ansvarlig. Det er således i utgangspunkt ikke snakk om noe kollektivt ansvar for styret som sådan.”⁵⁷

I de tilfeller aksjeloven tillegger ansvar til ”styret”, jf. for eksempel § 6-12 første og tredje ledd, vil dette være et individuelt ansvar for det enkelte styremedlem til for eksempel holde seg orientert med selskapets økonomi. Dersom den enkelte ikke har protestert mot, etter dennes syn en uforsvarlig handling, vil ansvar kunne pålegges den enkelte beslutningstaker. Problemet oppstår dersom et eller flere styremedlemmer hevder de er ansvarsfrie fordi de ikke står bak beslutningen. Etter asl. § 6-29 første ledd skal det føres protokoll over styrebehandlingen. Etter annet ledd første punktum skal det føres om ikke enstemmighet ikke oppnås og det skal angis hvem som ikke har stemt for beslutningen. Etter annet punktum har det enkelte styremedlem og daglig leder krav på å få sin oppfatning protokollført når de ikke er enig i en beslutning. På denne måten vil et styremedlem kunne fris fra det ansvar som kunne blitt tildelt dersom styret som sådan hadde blitt holdt ansvarlig. Dersom ikke den enkelte krever sitt motstridende syn innført taler det heller ikke for at den bør beskyttes.

3.2 Ansvarsfrihet

Et problem som kan oppstå er hvorvidt administrerende direktør kan holdes ansvarlig for beslutninger fattet etter instruks fra styret. Etter asl. § 6-14 følger det at ”daglig leder” står for den daglige ledelse av selskapet. Det følger videre at han er bundet av de retningslinjer styret pålegger ham. Av ordlyden kan tilsi at daglig leder ikke har valgmuligheter i forhold til det han blir pålagt av styret. Dersom ikke daglig leder kan fri seg fra en plikt til å gjennomføre noe som er pålagt fra styret, bør han heller ikke uten videre bli holdt ansvarlig for eventuelle tap dette medfører for selskapet. Det vil i så tilfelle være mer naturlig at styret holdes ansvarlig for sin instruks overfor daglig leder. Skal man generelt sett holdes ansvarlig for en handling bør det være etter ikke å

⁵⁷ Perland s. 126.

ha valgt det som fremstår som den mest forsvarlige løsning, jf. culpanormens aktsomhetsvurdering. Dersom en direktør ikke har handlingsalternativer grunnet styreinstruks, er det ikke rimelig å holde vedkommende ansvarlig heller. Et stykke på vei vil være administrerende direktør avhjulpet av asl. 6-28 annet ledd, hvor styret eller dagligleder har en rett til ikke å etterkomme beslutning fra annet selskapsorgan dersom beslutningen strider mot lov eller selskapets vedtekter. Det kan tenkes at styret gir direktøren en instruks som er i strid med selskapets virksomhetsområde, hvilket er inntatt i selskapsvedtektene, jf. asl. § 2-2 første ledd nr. 3. I de tilfelle vil direktøren kunne nekte å gjennomføre hva han er pålagt. Dersom instruksene likevel følges vil ikke direktøren være like beskyttelsesverdige, noe som taler for at ansvar likevel kunne pålegges.

Som hovedregel er styret ansvarsfritt for følgene av en beslutning hvis den etterkommer beslutning fra generalforsamlingen.⁵⁸ Det følger av dommen inntatt i Rt 1930 s 481, at dersom styret ikke velger å følge generalforsamlingens pålegg, må unnlatsen som hovedregel bli ansett som culpøs. Dette er et utslag av selskapets hierarkiske organisasjon som omtalt innledningsvis i pkt 1.2. Dette ville i motsatt fall hatt en uheldig virkning om aksjeeierne gjennom sin beslutning påla styret en handlemåte og i neste omgang holdt dem ansvarlig for et eventuelt tap den medførte. Et spørsmål som kan reises er om det skal noe mer til for at styret blir ansvarsfritt ved forretningsmessige beslutninger. Når det gjelder styrets ansvar ved forretningsmessige beslutninger, er de et utslag av styret forvaltningskompetanse og bør ikke uten videre fritta styret for et tapsansvar.⁵⁹ Tilsvarende som for administrerende direktør kan det tenkes at styret kommer i en situasjon hvor en instruks fra generalforsamlingen, som de ellers er pliktig til å gjennomføre, kan nektes da den er i strid med lov eller selskapets vedtekter, jf. 6-28 annet ledd.

Som for administrerende direktør over bør ikke et styre ansvarsfritt etterkomme beslutning fra generalforsamlingen hvis den er i strid med selskapets virksomhetsområde.

⁵⁸ Jf. Normann Aarum s 202.

Etter asl. § 17-1 er det selskapet som fremmer krav om erstatning mot styremedlemmer eller administrerende direktør. Det kan da spørres om selskapet også kan fritta disse for et eventuelt ansvar. Ut fra et rent "fra det mer til det mindre" synspunkt burde selskapet ha denne mulighet så lenge de kan *kreve* erstatning. Det følger også forutsetningsvis av asl. § 17-4 at en slik beslutning om ansvarsfrihet kan fattes. I det tilfellet at selskapet velger å fritta styremedlemmene eller administrerende direktør for ansvaret for det tap som selskapet har lidt, kan en beslutning bygge på en forklaring eller dokumentasjon for tapet fra de ansvarlige. En beslutning om ansvarsfrihet vil i praksis ofte kunne være generell uten at det tas stilling til et konkret tap. For eksempel vil den ordinære generalforsamling ta stilling til om de godtar årsregnskap og på den måte akseptere de tap som selskapet har blir påført.⁶⁰ Disse tapene kan ha oppstått ved forretningsmessige beslutninger som var innfor forsvarlighetsstandarden. Problemet oppstår når det i ettertid viser seg at styret likevel ikke opptrådte på en forsvarlig måte. Etter asl. § 17-5 kan da generalforsamlingen likevel rette krav mot styret dersom de "på vesentlige punkter" ikke hadde de "riktige eller fullstendige opplysninger da beslutning ble truffet". Ordlyden tilsier at det skal en del til før ansvar kan gjøres gjeldende. Videre tilsier ordlyden at det er grunnlaget for beslutningen som skal vurderes om den er uriktig eller ufullstendig. Bestemmelsen er en sikkerhetsventil for at det i tilfelle forhold i ettertid viser seg å være annerledes enn antatt, så kan tidligere beslutning om ansvarsfrihet fravikes. Vesentlighetskravet tilsier at det må dreie seg om forhold av en viss størrelse og bestemmelsen legger opp til en konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold hvor senere oppdagede forhold også skal vektlegges. Dersom generalforsamlingen ikke blir tilstrekkelig opplyst fra styremedlemmene ved at de tilbakeholder informasjon før vedtakelsen av forrige års regnskap, kan det altså tenkes at de i ettertid vil kunne bli holdt ansvarlig.

⁵⁹ Jf. asl. § 6-12.

⁶⁰ Jf. asl. § 5-5.

4 Erstatningskravet

4.1 Innledning

Ettersom de forretningsmessige beslutninger kan medføre tap, blir spørsmålet hvem som kan sies å være skadelidende og om de som er skadelidende kan fremme krav mot de som foretok den forretningsmessige beslutning. I tillegg til at selskapet kan påføres tap vil aksjonærer, kreditorer, medkontrahenter og andre kunne lide tap som følge av en forretningsmessig beslutning. En aksjonær kan for eksempel føle seg krenket ved at styrets klanderverdige beslutning har medført et økonomisk tap og aksjonæren ønsker å få tapet erstattet. Spørsmålet blir i det hvem som har adgang til å fremme krav mot styremedlemmene og administrerende direktør. Aksjeloven skiller mellom selskapskrav og særkrav. *Selskapskrav* på erstatning foreligger når selskapet er blitt krenket ved en ansvarsbetingende handling, og selskapet har lidt tap som følge av handlingen. *Særkrav* på erstatning derimot, kan man for det første si foreligger når det har vært en direkte erstatningsbetingende krenkelse av aksjonær, kreditor eller andre. For det andre vil det være snakk om et særkrav dersom noen indirekte krenkes ved at tap påføres selskapet.⁶¹ Direkte tap påfører aktører tap uten at tap også påføres selskapet. Dette kan for eksempel være når styret i forbindelse med en kapitalutvidelse unnlater å gi fullstendige opplysninger om selskapet og investoren/aksjonæren påføres tap som følge av de manglende opplysningene. For en kreditor kan et særtap for eksempel oppstå ved at en kreditor villedes av styret til å yte større kreditt eller lån enn det selskapet egentlig kan bære. Som jeg innledningsvis presiserte vil oppgaven kun ta for seg spørsmålene knyttet til tap som er påført selskapet. Det blir altså tale om to hovedproblemstillinger, selskapets eget krav på tap det direkte er påført, og aksjonærenes/kreditorenes krav for tap som indirekte er påført dem ved at selskapet har lidt et tap. Problemene dreier seg i hovedsak om hvem som har lidt et erstatningsmessig tap. Jeg har i det videre delt behandlingen slik at jeg først tar for meg selskapets adgang til å kreve erstatning, for deretter å se på om også andre har krav på erstatning for tap de har lidt som følge av styrets forretningsmessige beslutninger.

⁶¹ Jf. Rune Sæbø: *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold*, Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard s. 199 2002, på s. 200.

4.2 Selskapets krav på erstatning

Etter aksjelovens hovedregel i § 17-3, jf. § 17-1 er det *selskapet* som fremmer krav om erstatning for økonomisk tap som er påført selskapet. Det følger av § 17-3 første ledd at det er generalforsamlingen som beslutter, med alminnelig flertall, jf. § 5-17, om krav skal fremsettes mot styret eller administrerende direktør. § 17-1 gjelder altså bare krav fra *selskapet* mot de nærmere angitte personer. Problemet er hva som kan sies å være tap som er påført *selskapet*. Etter hovedreglenes ordlyd kan ikke selskapet kreve erstatning for tap som er påført aksjonærer, kreditorer eller andre. Bestemmelsen i § 17-6 tilsier at dersom de andre interesser som kan være krenket på egenhånd må fremme sitt krav om erstatning. Det er i juridisk teori uttalt at så lenge selskapet er krenket kan selskapet kreve erstatning uten hensyn til hvem som reelt sett nyter godt av den.⁶² Selskapets krav på erstatning reiser enkelte interessante spørsmål når selskapet er insolvent selskap eller et konkursbo, men dette faller imidlertid uten for oppgavens avgrensninger.

4.3 Krav på erstatning fra andre enn selskapet

Når et selskap blir påført et tap vil det også de som har interesser i selskapet kunne sies å lide et tap. Spørsmålet blir om disse har rett til å fremme krav om erstatning. Etter asl. § 17-4 kan aksjonærene fremme krav om erstatning *på selskapets vegne*. For at aksjonærene skal kunne fremme kravet er det etter første ledd et vilkår at generalforsamling har ”truffet beslutning om ansvarsfrihet eller forkastet forslag om å kreve erstatning”. Situasjonen er her at et flertall av aksjonærene på generalforsamlingen ikke vil forfølge ansvaret styremedlemmene har for tapet de har påført selskapet etter § 17-1, jf. § 5-17. § 17-4 åpner for at et mindretall av aksjonærene likevel gis muligheten til å fremme kravet, men på selskapets vegne. Minimumskravet etter bestemmelsen er at eierne 1/10 av aksjekapitalen ønsker å fremme kravet, alternativt kreves det i selskap med over 100 eiere 1/10 av det samlede antall, jf. § 17-4 første ledd i.f. og annet ledd.

Kravet til et minimumsantall gjelder kun ved tidspunktet for da søksmålet reises, jf. første ledd tredje punktum. Denne regelen ivaretar til dels minoritetenes interesse i å

⁶² Jf. Sæbø s. 202.

fremme selskapskrav idet deres syn ikke får tilstrekkelig gjennomslag på generalforsamlingen.

Etter asl. § 17-6 er aksjeeiere, kreditorer eller andre som har lidt tap fordi *selskapet er påført tap*, bundet til selskapets skadeoppgjør, slik at deres krav står tilbake for selskapets. Det er i juridisk teori reist spørsmål om denne bestemmelsen kan ses på som en hjemmel til deres adgang til å kreve styremedlemmene for tapet de indirekte har lidt.⁶³ Ordlyden i § 17-6 forutsetter at en slik adgang er tilstede. Verken av aksjeloven eller forarbeidene fremgår det klart hva hjemmelen for et slikt krav på dekning for indirekte tap er, men det må være lite tvilsomt om at de har rett til å fremme krav for sitt indirekte tap. Det er i realiteten det samme økonomiske tap som det selskapet lider. Tapet de lider vil imidlertid bestå av deres forholdsmessige andel av selskapet sitt tap og det må være på det rene at ansvarlig styremedlem eller direktør ikke skal måtte dekke tapet mer enn en gang.⁶⁴ Det ville urimelig om et styremedlem ville bli ansvarlig for et beløp større enn tilsvarende det som er påført gjennom den erstatningsbetingede handling.

Et problem som reiser seg er om aksjonærer eller kreditorer som har lidt indirekte tap kan gjøre dette gjeldende overfor skadevolder direkte. Etter ordlyden i § 17-6 er de bundet av selskapets ”skadeoppgjør”. Dette tilsier at i den grad selskapet får et ”skadeoppgjør” vil de indirekte berørte være bundet av dette og de kan ikke fremme krav mot skadevolder. Spørsmålet blir hvilke situasjoner det kan sies å foreligge et skadeoppgjør. Ordlyden gir ingen konkret veiledning, men det kan forstås at for at et oppgjør skal kunne foretas bør det har vært fremmet en form for et krav på erstatning. En rettslig dom eller frifinnelse må i hvert fall falle inn under bestemmelsen. Tilsvarende syn legges til grunn i juridisk teori.⁶⁵ Man kan si at dersom det selskapet ved dom er tilkjent en erstatning tilsvarende hele, deler eller ingenting av det de krevde, vil skadeoppgjør i hvert fall foreligge. I tilfelle det indirekte tap er høyere enn skadeoppgjøret og derfor ikke blir dekket fullt ut, er de indirekte krenkede avskåret fra å

⁶³ Se Sæbø s. 209.

⁶⁴ Jf. Perland s. 132 med videre henvisninger.

⁶⁵ Se Perland s. 133 og Sæbø s. 211.

kreve differansen dekket av skadevolder. Det kan også stilles spørsmål om indirekte tap kan forfølges dersom selskapet har kommet til forlik med skadevolder. I teorien har det blitt antatt dersom skadevolder i det minste erstatter deler av selskapets tap vil skadeoppgjør normalt foreligge.⁶⁶ Sæbø mener videre det normalt må antas at det ikke vil foreligge skadeoppgjør hvis selskapet frafaller erstatningskravet eller unnlater å gjøre kravet gjeldende uten noen form for motytelse fra skadevolder. Gode grunner taler for at indirekte krav ikke bør kunne fremmes når selskapet på rimelig vis har forsøkt å få tapet dekket, men at forliket kun går ut på delvis dekning. Det er i juridisk teori blitt hevdet i tilknytning til konkursloven 8. juni 1984 nr 58 § 118 om enkeltkreditors adgang til å gå til søksmål på boets vegne, at den enkelte kreditor må respektere et forlik ”hvor konkursboet uten noen form for motytelse fra saksøkers side har frafalt eller oppgitt å gjøre gjeldende det krav kreditor har reist.”⁶⁷ Aarum finner støtte i denne uttalelsen for at det bør oppstilles en reservasjon i den enkeltes plikt til å respektere et forlik som er inngått på fellesskapets vegne hvis forliket er gjort for å omgå den enkeltes rett til å reise søksmål.⁶⁸ Sæbø hevder hensynet til selskapets rådighet over egen virksomhet tilsier at avtaler som inneholder et minimum av gjensidighet bør godtas som ”skadeoppgjør”.⁶⁹ I likhet med Aarum setter han videre en grense ved rene omgåelsestilfeller som kan betegnes illojale overfor aksjonæren eller kreditorene som ønsker å fremme særkrav.

⁶⁶ Se Sæbø s. 211.

⁶⁷ Sjur Brækhus, Omsetning og kreditt 1, 3. utg. Oslo 1991, s. 210.

⁶⁸ Aarum s. 77.

⁶⁹ På s. 211

5 Avsluttende bemerkninger

Drøftelsen har vist at aksjeloven inneholder visse konkrete regler som angir minimumskravene til et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Videre ser vi at det i 1997-loven ble innført skjerpende pliktregler for styrets forvaltningsansvar, særlig i forhold til styrets handleplikt ved lav egenkapital, jf. asl §§ 3-4 og 3-5. I hvilken grad det enkelte styre kan holdes erstatningsansvarlig for sine forretningsmessige beslutninger beror i stor grad på en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. Det er en rekke hensyn som skal ivaretas og det vil variere fra selskap til selskap hva som kan kreves av grunnlag for styrets beslutning og hva som vil være en forsvarlig beslutning. Hvor langt de enkelte pliktregler vil rekke i praksis vil ut fra deres skjønnsmessige preg bero på domstolenes håndhevelse.

Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo 1998

Aarbakke m. fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer* av Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre. Annen utgave. Oslo 2004

Aarum, Kristin. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo 1994

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 1*, 3.utgave. Oslo 1991

Dotevall, Rolf. *Bolagsledningens skadestandsansvar*. Stockholm 1999

Gomard, Bernhard. *Aktieselskaper & anpartsselskaper*. København 1996

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utgave. Oslo 1999

Artikler i tidsskrift

Perland, Olav Fr.. *Styreansvar etter de nye aksjelovene*. I: Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2/1999

Sæbø, Rune. *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold, Nybrott og odling*. I: Festskrift til Nils Nygaard. Bergen, 2002, s. 199

Kommentar

Lovavdelingen jnr. 464/76 E

Elektronisk dokument

<http://www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article974615.ece>

Forarbeider

NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning

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

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

Lovregistre

1997 Lov om aksjeselskaper(aksjeloven) av 6. juni 1997 nr. 44

Domsregistre

Norske dommer

Rt. 1925 s 625

Rt. 1930 s 481

Rt. 1931 s 498

Rt. 1932 s 952

Rt. 1973 s 821

Rt. 1991 s 119

Rt. 1992 s 64

Rt. 1993 s 1399

Rt, 1993 s 244

Borgarting legmannsrettsdom 22. april 1998

Frostating lagmannsretts dom 6. desember 2004

Eidsivating lagmannsrett 5. desember 1991

Amerikansk dom

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).