

UiO : **Det juridiske fakultet**

Aksjeselskapers videre drift ved forbigående betalingsudyktighet og insolvens

Kandidatnummer: 679

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 17 447



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.2	Definisjoner	3
1.2.1	Videre drift ved insolvens	3
1.2.2	Begrunnet håp om videre drift	3
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Den videre fremstillingen	4
2	STYRETS PLIKTER OG HANDLINGSROM.....	5
2.1	Forutsetninger for styrets handlingsrom	5
2.2	Styrets handlingsrom og plikter ved vanlig drift	6
2.2.1	Forvaltningsplikt	6
2.2.2	Tilsynsplikt.....	7
2.2.3	Opplysningsplikt	7
2.3	Styrets plikter ved svekket økonomi	8
2.3.1	Handleplikt	8
2.3.2	Styrets opplysningsplikt overfor kreditorene	9
2.4	Hensyn som begrenser styrets handlingsrom	13
2.4.1	Prinsippet om likebehandling av kreditorer	13
2.4.2	Forfordeling av kreditorer	13
2.4.3	Drift for kreditorenes regning	15
2.5	Selskapets driftsresultat og dets betydning for styrets handlingsrom.....	15
3	ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR SELSKAPETS KREDITORER.....	17
3.1	Innledning	17
3.2	Aksjeloven § 17-1	17
3.3	Når opptrer selskapets styre uaktsomt?	18
3.4	Kreditorfellesskapet kontra enkeltkreditoren	21

3.5	Er tap av omstøtelsesmulighet uaktsomt?	23
4	GRUNNLAGET FOR KONKURS	25
4.1	Konkursloven § 60.....	25
4.2	Konkursloven § 61 – Insolvens	25
4.3	Behandling av konkursbegjæring ved forbigående betalingsudyktighet.....	26
5	OPPBUDSPLIKTEN	29
5.1	Har styret en plikt til å begjære oppbud, og når inntre oppbudsplikten?	29
5.1.1	Straffeloven § 284	30
5.1.2	Alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper	30
6	FORBIGÅENDE BETALINGSUDYKTIGHET	33
6.1	Hvor lenge kan et aksjeselskap være forbigående betalingsudyktig?	33
6.1.1	Innledning – historisk perspektiv med fokus på lovens forarbeider	33
6.1.2	Utgangspunktet for akseptert lengde av forbigående betalingsudyktighet ..	35
6.1.2.1	Juridisk teori	35
6.1.2.2	Rettspraksis.....	37
6.1.3	Momenter i vurderingen av forbigående betalingsudyktighet	39
6.1.3.1	Konkret vurdering.....	39
6.1.3.2	Sannsynligheten for full dekning av alle fordringer	40
6.1.3.3	Økonomiske forhold	42
6.1.3.4	Begjæring om utsettelse.....	42
6.1.3.5	Tidsforløpet mellom første og andre rettsinstans	43
6.1.4	Utvikling av reglene om forbigående betalingsudyktighet	45
6.2	Styrets handlingsrom ved forbigående betalingsudyktighet.....	46
7	VIDERE DRIFT VED INSOLVENS	47
7.1	Kan videre drift ansvarsfritt gjennomføres ved insolvens?	47
7.2	Hvor lenge kan styret ansvarsfritt unnlate å begjære oppbud?.....	48
7.2.1	Begrunnet håp om videre drift	48

7.2.2	Videre drift uten et begrunnet håp?	52
7.3	Styrets handlingsrom ved insolvens	55
7.3.1	Fortsettelse av vanlig drift.....	55
7.3.2	Fullføring av allerede inngåtte avtaler	56
7.3.3	Inngåelse av avtale	57
7.3.3.1	Avtale etter kontantprinsippet.....	58
7.3.3.2	Avtale på kreditt	58
7.3.4	Betaling av selskapets forpliktelser.....	60
7.3.4.1	Eldre gjeld.....	61
7.3.4.2	Løpende utgifter.....	62
7.3.4.3	Betaling før forfall	62
7.3.5	Stille sikkerhet for eldre gjeld	63
7.3.6	Yte lån	63
7.3.7	Salg under insolvens	63
7.3.7.1	Salg av selskapets produkter.....	63
7.3.7.2	Salg av selskapets eiendeler.....	64
7.3.7.3	Salg av rettigheter som mister verdi ved konkurs	64
7.3.8	Anlegge søksmål	65
7.4	Oppsummering	66
8	OPPSUMMERING OG SAMMENLIGNING	67
9	LITTERATURLISTE	69
9.1	Juridisk teori	69
9.2	Artikler.....	70
9.3	Nettdokumenter	71
10	LOV- OG FORARBEIDSREGISTER	72
10.1	Norsk lov	72
10.2	Utenlandsk lov	72
10.3	Forarbeider.....	72

11	DOMSREGISTER.....	74
11.1	Høyesterettsavgjørelser	74
11.2	Underrettsavgjørelser.....	74

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Avhandlingen omhandler videre drift i et aksjeselskap etter at selskapet (1) har blitt betalingsudyktig, men hvor dette er forbigående og (2) er insolvent. Målet med avhandlingen er å besvare hvor lenge og under hvilke forutsetninger videre drift ansvarsfritt kan gjennomføres under forbigående betalingsudyktighet og videre drift ved insolvens. Videre behandles også hvilke handlinger som ligger innenfor styrets handlingsrom. Med styrets handlingsrom forstås de tiltak styret kan gjennomføre uten å komme i personlig ansvar.

Videre drift ved forbigående betalingsudyktighet eller insolvens kan medføre erstatnings- og straffansvar for selskapets styre. Hvorvidt styret blir ansvarlig avhenger av bakgrunnen for og gjennomføringen av videre drift. I de selskapene det er stor sannsynlighet for at selskapet vil kunne overvinne sine økonomiske problemer, bør ikke konkurs være løsningen. Samfunnet er ikke tjent med at ethvert selskap som sliter økonomisk, blir begjært konkurs straks det blir insolvent. Konkurs medfører tap for en rekke involverte parter. Både aksjonærer, kreditorer, ansatte, nærmiljøet og samfunnet kan bli berørt. Rettsreglene åpner derfor for at selskapet under visse betingelser kan drives videre.

Konkurs kan ikke åpnes før selskapet er insolvent, jfr. konkursloven § 60. Ved forbigående betalingsudyktighet er vilkårene for konkursåpning ikke oppfylt.¹ Det vil derimot alltid være en risiko for at et selskap som er forbigående betalingsudyktig, senere går konkurs. De forhold som begrunner hvorfor betalingsudyktigheten er forbigående, trenger ikke nødvendigvis å bli oppfylt som forventet. Dette kan medføre at betalingsudyktigheten ikke lengre er forbigående, og at selskapet er blitt insolvent.

¹ Se pkt. 4.

Styret har rett til å begjære oppbud ved insolvens. Videre drift ved insolvens, forutsetter følgelig at styret ønsker å fortsette driften. Insolvens medfører at styret også kan ha en plikt til å begjære oppbud (oppbudsplikten). Begrunnet håp om videre fremtidig drift kan imidlertid gjøre det aktsomt å drive videre etter at insolvens har inntrådt.² Styrets rett til å begjære oppbud på selskapets vegne inntreer ved insolvens.³ For det tilfellet at styret har brutt oppbudsplikten, kan styret både være erstatningsrettslig og strafferettslig ansvarlig for kreditorenes tap.

² Se pkt. 7.1.

³ Konkursloven § 60 og aksjeloven § 6-18.

1.2 Definisjoner

1.2.1 Videre drift ved insolvens

Videre drift ved insolvens innebærer fortsettelse av vanlig løpende drift av selskapet etter at insolvens har inntrådt. Det kan også i noen tilfeller bli aktuelt å fryse driften, mens ledelsen på annen måte forsøker å løse selskapets økonomiske problemer.

1.2.2 Begrunnet håp om videre drift

Begrunnet håp om videre drift innebærer et krav om at det foreligger et håp om at selskapet skal komme seg ut av den økonomisk vanskelige situasjonen. Videre drift i denne sammenheng innebærer en fremtidig og "varig" drift i selskapet. Kravet til et begrunnet håp innebærer at det ikke kreves full sikkerhet for at selskapet blir solvent, men at det er realistisk av styret å tro at de økonomiske problemene vil løse seg innen rimelig tid.

1.3 Avgrensninger

Fremstillingen behandler kun forbigående betalingsudyktighet, videre drift etter insolvens-tidspunktet og handlingsrommet under disse periodene i norske aksjeselskaper. Andre selskapsformer eller privatpersoner som debitor, vil ikke bli behandlet.

Avhandlingen vil også omtale styrets ansvar på bakgrunn av uaktsom handlemåte. Denne vurderingen vil begrense seg til styrets ansvar overfor selskapets kreditorer. Ansvar overfor selskapet, selskapets aksjonærer eller andre, vil ikke bli behandlet.

1.4 Den videre fremstillingen

Innledningsvis i avhandlingen vil jeg redegjøre for de underliggende regler avhandlingen bygger på. Kapittel 2 redegjør for styrets plikter og handlingsrom under vanlig og svekket økonomi. Videre vil det bli redegjort for de hensyn som begrenser styrets handlingsrom ved insolvens, og hvorvidt selskapets driftsresultat kan påvirke styrets handlingsrom. I kapittel 3 vil det bli redegjort for erstatningsansvaret, herunder aksjeloven § 17-1, hva som skal til for at et styre kan sies å ha handlet uaktsomt, søksmålskompetanse for kreditor, og hvorvidt tap av omstøtelsesmulighet er uaktsomt. Kapittel 4 redegjør for vilkårene for konkurs. Deretter redegjør kapittel 5 for styrets oppbudsplikt etter både straffeloven § 284 og alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

Avhandlingens hovedtyngde omfatter kapittel 6 om drift ved forbigående betalingsudyktighet og kapittel 7 om videre drift ved insolvens. Kapittel 6 og 7 inneholder en redegjørelse og drøftelse av hvor lenge videre drift kan gjennomføres ansvarsfritt. Deretter oppstilles hvilke handlinger som i begge periodene kan sies å ligge innenfor styrets handlingsrom. Forut for dette vil det i kapittel 7 bli redegjort for og drøftet hvorvidt det foreligger grunnlag for at videre drift ved insolvens kan finne sted.

Avslutningsvis i kapittel 8 foretar jeg en kort oppsummering og sammenligning av forbigående betalingsudyktighet og videre drift ved insolvens.

2 Styrets plikter og handlingsrom

2.1 Forutsetninger for styrets handlingsrom

Utgangspunktet for styrets handlingsrom er stiftelsen av aksjeselskapet, plikten til å oppnevne et styre og styrets plikt til å forvalte selskapet.⁴ Selskapsvedtektene, og særlig formålsparagrafen, kan også påvirke styrets handlingsrom.

Begrepsmessig er det ingenting i aksjeselskapsretten som betegnes som styrets handlingsrom, men aksjeloven § 6-12 gir styret en rett til å forvalte selskapet på selskapets vegne.⁵ Rammene for hva styret kan foreta seg avgjøres av hva styret plikter å gjennomføre, og hva som ikke kan gjennomføres uten at det medfører personlig ansvar.⁶

Innenfor det oppstilte handlingsrommet er det mange handlinger som kan gjennomføres i tråd med lovverket. I tider med vanlig drift og økonomi vil handlingsrommet være forholdsvis stort. Hvilke av disse handlingene som vil forvalte selskapet på best mulig måte er det opp til styret å avgjøre. Når et selskap drives med overskudd og egenkapitalen vokser, er det mindre fokus på hva styret kan gjøre. Har selskapet økonomiske vansker, medfører det økte plikter for styret. Konsekvensen av en sviktende økonomi er en innskrenkning av styrets handlingsrom.⁷

Avslutningsvis påpekes at styrets handlingsrom bortfaller ved konkurs.⁸ Ved konkursåpning omdannes selskapet til et konkursbo, og skyldnerens rett til å forføye over boets eien-

⁴ Aksjeloven kapittel 2, §§ 6-1 og 6-12.

⁵ Andenæs, M. H. (2006) s. 378.

⁶ Aksjeloven §§ 3-4, 3-5, 6-12, 6-13, 17-1, straffeloven § 284 og det alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipp for brudd på oppbudspflicht.

⁷ Se handleplikten og oppbudspflicht, jfr. pkt. 2.3.1 og pkt. 5.

⁸ Styrets handlingsrom vil også bortfalle ved oppløsning av et selskap. Bakgrunnen er at selskapet slettes. Dette vil ikke bli videre behandlet da oppløsning ligger utenfor avhandlingens tema.

deler, motta eller si opp fordringer, samt pådra boet forpliktelser bortfaller ved konkursåpningen, jfr. konkursloven § 100 første ledd. Ettersom det er styret som opptrer utad på vegne av selskapet, er det i realiteten styret som mister retten.⁹ Selskapet vil etter konkursåpning være representert av konkursboet ved bostyrer, jfr. konkursloven § 85.

2.2 Styrets handlingsrom og plikter ved vanlig drift

I henhold til aksjeloven § 6-12 første ledd har styret "ansvar for forvaltningen av selskapet og er dermed den øverste leder av selskapets virksomhet".¹⁰ Rt. 1997 s. 742 presiserer at styremedlemmer "er selskapets tillitsmenn og har et selvstendig ansvar for å handle i selskapets interesse". Styret har både rett og plikt til å forvalte selskapet. Plikten til å forvalte selskapet deles inn i tre hovedgrupper; forvaltningsplikt, tilsynsplikt og opplysningsplikt.¹¹ Disse vil i det følgende bli redegjort for.

2.2.1 Forvaltningsplikt

Et styre har etter aksjeloven § 6-12 første og annet ledd en plikt til å sørge for at selskapet forvaltes på forsvarlig måte, men gjennomføring kan delegeres til underliggende selskapsorganer.¹² Forvaltningsplikten innebærer at styret skal behandle og avgjøre saker som etter aksjeloven tilfaller deres myndighetsområde. Videre skal styret utøve overordnede funksjoner overfor selskapets daglige ledelse.

Styret har som overordnet ledelse en plikt til å gjennomføre planlegging av virksomhet og budsjetter. I aksjeselskap skal dette kun gjøres i "nødvendig utstrekning", og hvorvidt det er nødvendig avgjøres av en konkret vurdering i det enkelte selskap. Styret plikter også å sørge for forsvarlig organisering av selskapet. Videre skal forvaltningen av selskapet gjen-

⁹ Aksjeloven § 6-30.

¹⁰ Bråthen, T. (2013) s. 152.

¹¹ Bråthen, T. (2013) s. 152.

¹² Andenæs, M. H. (2006) s. 379-381.

nomføres på forsvarlig måte, jfr. aksjeloven § 6-12. For det første har styret en plikt til å "holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling". For det andre skal styret "påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll". Avslutningsvis plikter styret å "iverksette de undersøkelser det finner nødvendig for å kunne utføre sine oppgaver" i tråd med gjeldende regelverk og selskapsformålet.¹³

Oppsummert er det styret som har det overordnede ansvaret for at selskapet drives i tråd med regelverket og aksjonærenes ønske om utbytte.

2.2.2 Tilsynsplikt

Det følger av aksjeloven § 6-13 første ledd at styret er pålagt å "føre tilsyn med den daglige ledelse og selskapets virksomhet for øvrig". For det tilfellet at driften ikke er forsvarlig har styret instruksjonsrett overfor daglig leder, jfr. aksjeloven § 6-13 annet ledd. Om nødvendig, plikter styret å iverksette tiltak overfor daglig leder dersom vedkommende ikke utfører sine oppgaver i tråd med det som forventes og følger av loven.¹⁴

2.2.3 Opplysningsplikt

Et hvert aksjeselskap har gjennom styret en opplysningsplikt overfor aksjonærer, kreditorer, ansatte, myndigheter og andre.¹⁵ I dårlige økonomiske tider vil opplysninger være av stor betydning for de som berøres. Spørsmålet blir da om, og til hvem, styret plikter å opplyse om den økonomiske situasjonen. Hvorvidt styret plikter å informere nye og/eller gamle kreditorer vil være av særlig betydning. Dette vil det bli ytterligere redegjort for under pkt. 2.3.2.

¹³ Andenæs, M. H. (2006) s. 380.

¹⁴ Andenæs, M. H. (2006) s. 381.

¹⁵ Bråthen, T. (2013) s. 152, jfr. bl.a. aksjeloven §§ 2-18, 5-15, 5-27, 12-4, 13-11, 13-12 og 13-14.

2.3 Styrets plikter ved svekket økonomi

Svekket økonomi medfører begrensninger i styrets frie handlingsrom. En konsekvens av økonomiske problemer er at styret kan bli pålagt en handleplikt.

2.3.1 Handleplikt

Styrets handleplikt er begrunnet i hensynet til kreditorene og deres interesse i å bevare selskapskapitalen.¹⁶ Handleplikten inntreffer objektivt sett på det tidspunkt hvor det må antas at egenkapitalen og likviditeten er lavere enn forsvarlig, jfr. aksjeloven § 3-5, jfr. § 3-4.¹⁷ På den annen side oppstilles det et krav om faktisk kunnskap, og handleplikten inntreffer dermed ikke før styret får positiv kunnskap om uforsvarlig egenkapital og likviditet. Unntaket er dersom styret burde hatt kjennskap til forholdet på et tidligere tidspunkt. I så tilfelle inntreffer handleplikten fra det tidligere tidspunkt.

Aksjeloven § 3-4 oppstiller at forsvarlighetsvurderingen beror på risiko og omfang av virksomheten. Forarbeidene presiserer at forsvarlighetsvurderingen innebærer en konkret og skjønsmessig helhetsvurdering hvor man ikke bare skal se på egenkapitalen, men også på selskapets reelle kapital situasjon.¹⁸

Handleplikten innebærer at styret skal foreslå tiltak som kan bedre utviklingen. Dette medfører en begrensning i styrets handlingsrom. Eksempler på tiltak som kan bedre økonomien kan være å få i stand nye avtaler, reforhandle kredittvilkår eller skaffe ny aksjekapital. Tilsvarende gjelder dersom egenkapitalen blir mindre enn halvparten av aksjekapitalen, jfr. aksjeloven §§ 3-4 og 3-5 første ledd. Følgene av at selskapets økonomi ikke er forsvarlig, er at styret plikter å begjære oppløsning, jfr. aksjeloven § 3-5 annet ledd. For det tilfellet at

¹⁶ NOU 1992:29 s. 37-40.

¹⁷ Andenæs, M. H. (2006) s. 422.

¹⁸ NOU 1996:3 s. 102. Dette ble senere presisert i forarbeidene til endringer i aksjelovens § 3-4, jfr. Prop.111 L (2012-2013) s. 75.

generalforsamlingen verken vil gjennomføre foreslåtte tiltak eller oppløse selskapet, bør styremedlemmene vurdere å fratre sin stilling for å unngå personlig ansvar, jfr. aksjeloven § 6-7 første ledd.

Avhengig av hvor nær insolvens selskapet er, vil foreslåtte tiltak som følge av handleplikten kunne bidra til videre drift. Suksessfulle tiltak gjennomført forut for insolvens resulterer i at selskapet ikke lengre er i fare for å gå konkurs. Uavhengig av resultatet, medfører handleplikten at styret må evaluere selskapets økonomiske situasjon forut for insolvens. Slik blir styret mer bevisst på selskapets økonomiske situasjon og mulige løsninger for å berge selskapet. Dersom styret utfører sine plikter på aktsomt vis unngås ansvar. Slik aktsomhet kan også gi grunnlag for videre drift etter insolvenstidspunktet. Dette gir styret en mulighet til å kontrollere konkursåpningstidspunktet, og i mellomtiden forbedre kreditorenes dekningsgrad.

Det presiseres at handleplikten verken er tilknyttet insolvenstidspunktet, eller plikten til å begjære oppbud.¹⁹ Handleplikten inntreer som nevnt på et tidligere stadium av en sviktende økonomisk utvikling, og formålet bak regelen er å unngå at selskaper må begjære oppbud.²⁰ Manglende oppfølging av handleplikten kan raskt utvikle seg i retning insolvens, og konkurs. Oppfyller ikke styret den pålagte handleplikt, kan det medføre at styremedlemmene blir personlig ansvarlig.

2.3.2 Styrets opplysningsplikt overfor kreditorene

Inngåelse av kredittavtaler innebærer forskjellsbehandling. Nye kreditorer skal informeres om selskapets svake økonomi, mens eksisterende kreditorer ikke har krav på slik informasjon. Forskjellsbehandling er et avvik fra likebehandlingsprinsippet. For det tilfellet at inn-

¹⁹ Aarbakke, M. (2012) s. 181.

²⁰ NOU 1996:3 s. 146.

gåelsen av kontrakten var nødvendig for videre drift, anses forskjellsbehandlingen som saklig, og i tråd med lovreglene.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er:

"at det ikke gjelder en generell opplysningsplikt for realdebitor. Hver av kontraktspartene har risikoen for egne forventninger og forutsetninger. Opplysningsplikt foreligger bare der det ville være uredelig av realdebitor å forholde seg taus".²¹

Hva som er uredelig og utløser en opplysningsplikt, må vurderes konkret. Det er imidlertid klart at inngåelse av kredittavtale med kunnskap om at selskapet ved forfall ikke kan betale, vil være uredelig dersom medkontrahtenten ikke var informert om selskapets svake økonomi.²² Det presiseres i LB-2010-176710 at det:

"avgjørende må etter lagmannsrettens mening være om det ble foretatt nye kjøp som pådro selskapet ny gjeld etter at det måtte fremstå som nærmest klart at slik gjeld ikke kunne betales av selskapet, og at den nye gjelden har påført Herføll tap[...]"²³

I LB-2012-204471 la retten til grunn at et styremedlem var erstatningsansvarlig for brudd på opplysningsplikten ved inngåelse av kredittavtale. Bakgrunnen for ansvaret var at han unnlot å informere om selskapets vanskelige økonomiske situasjon når han måtte forstå at selskapet med stor sannsynlighet ikke ville være i stand til å betale ved forfall. Avgjørelsen trekker i retning av at opplysningsplikten i noen tilfeller kan inntre forut for insolvens. Det ble imidlertid uttalt i LG-2007-119889 at "[o]pplysningsplikten inntreer ved insolvenstids-

²¹ LA-2006-133541.

²² Ro, K. (1994) s. 237, ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsregler, og se pkt. 7.3.3.2.

²³ LB-2010-176710.

punktet".²⁴ En tredje dom som problematiserer inntreden av opplysningsplikten er LG-2006-116552. Det oppstilles at hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet tilsier at styret i et insolvent selskap plikter å opplyse om sin økonomiske situasjon ved inngåelse av nye avtaler. Det legges også vekt på de mulige uheldige følgene av en for vid opplysningsplikt, og konklusjonen blir at det må foretas en konkret vurdering av disse hensyn.

Et mulig utfall av å informere kreditorene om økonomiske problemer er at kreditorene tidligere enn ellers begjærer selskapet konkurs. En snarlig konkurs trenger ikke nødvendigvis å være den beste løsningen, verken for selskapet eller kreditorene. Styret vil miste muligheten til å prøve å løse situasjonen, og konkursåpning kan i verste fall forverre den nåværende økonomiske situasjonen.²⁵

Oppsummert taler rettspraksis for at opplysningsplikten i hvert fall inntreder ved insolvens, og at det kan argumenteres for at inntreden også kan skje noe tidligere. Det vises i den forbindelse til uttalelser i de overnevnte dommer om at det må fremstå som "nærmest klart" og med "stor sannsynlighet" for at selskapet ikke vil være i stand til å betale. Dette taler for at det ikke trenger å være helt klart at selskapet er insolvent før opplysningsplikten inntreder.

For det tilfellet at selskapet informerer sine kreditorer om de vanskelige problemene, kan selskapet ikke bli ansvarlig for kreditors tap. Bakgrunnen for dette er at kreditor anses å ha akseptert risikoen for fremtidig tap som følge av videre drift. I Rt. 1939 s. 679 fastslo retten at arbeiderne hadde blitt informert om selskapets svake økonomiske situasjon, og dette medførte at videre drift var aktsomt. Det at arbeiderne fortsatte å arbeide ble ansett som aksept av risiko, og styret ble ikke ansvarlig for arbeidernes tap.²⁶

²⁴ LG-2007-119889 gjelder ansvar mot daglig leder, men da ansvar ofte rettes mot selskapets ledelse som sådan, vil også dommer mot daglig leder ha en viss rettskildeverdi.

²⁵ Forutsetter at styret ansvarsfritt ville hatt en mulighet til å drive videre for en periode så fremt selskapet ikke var begjært konkurs.

²⁶ Rt. 1939 s. 679, Normann Aarum, K (1994) s. 524.

Et unntak fra opplysningsplikt er dersom det foreligger et berettiget håp om fortsatt drift.²⁷ I LG-2007-119889 ble det bemerket at det som et utgangspunkt ikke bør stilles for strenge krav til opplysningsplikten. Retten idømte derfor ikke erstatningsansvar for manglende informasjon da det forelå et begrunnet håp om videre drift.

Det ble i THALL-2006-25030 drøftet hvorvidt selskapet ved styreleder hadde en særlig varslingsplikt grunnet vanskeligheter i økonomien. Kreditor var en byggevarehandel debitor handlet varer hos for å benytte i sine byggeprosjekter. Varer ble opprinnelig kjøpt på kreditt, men denne muligheten var i to perioder trukket tilbake. Erstatningskravene gjelder varer etter at kredittmuligheten var gitt tilbake. Retten legger vekt på at kreditor tar en "kalkulert kredittrisiko" ved å gi kreditt på ny. Det var fortsatt på det siste tidspunkt for kredittgivning et begrunnet håp om videre drift, og dette medførte at det ikke forelå noen varslingsplikt. Styreleder hadde ikke opptrådt "forretningsmessig uforsvarlig eller ansvarsbetingende uaktsomt".

Avgjørelsene viser at et begrunnet håp tilsier at opplysningsplikten ikke inntreder dersom videre drift er realistisk.

I et tilfelle hvor selskapet vet at det ikke er nok penger til å dekke fakturaen kontant, blir det avgjørende spørsmålet om styret hadde en berettiget forventning om at selskapet i nær fremtid igjen kunne betale sine regninger. Et realistisk og godt begrunnet håp som gir stor grunn til å tro at selskapet vil klare seg, fører til at det ikke er nødvendig å informere medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon.²⁸

I vurderingen av om opplysningsplikt var pålagt styret kan det være av betydning om selger har undersøkt kjøpers økonomi. Salg på kreditt kan innebære en risiko for kreditor om at

²⁷ LG-2007-119889.

²⁸ Rt. 1975 s. 198, LG-2006-116552.

betaling ikke blir gjennomført etter avtale. Tap som følge av senere konkurs hos debitor er i utgangspunktet ikke erstatningsbetingende for styret i selskapet. I LB-2012-204471 hadde kreditor en oppfordring til å undersøke kjøpers økonomi. Tiltross for oppfordringen, blir det presisert at en slik oppfordring ikke fritar debitor fra sin opplysningsplikt selv om kreditor unnlater å undersøke kjøpers økonomi.

2.4 Hensyn som begrenser styrets handlingsrom

Styrets handlingsrom påvirkes av de ulike hensyn styret må vurdere i tilknytning til sine handlinger. Avhandlingen vil i det følgende redegjøre for de hensyn som styret må vurdere dersom selskapet står i fare for å bli eller allerede er insolvent.

2.4.1 Prinsippet om likebehandling av kreditorer

Et grunnleggende hensyn etter at insolvens har inntrådt, er prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs. Likebehandlingsprinsippet er utledet fra dekningsloven § 9-6 som gir kreditorer av samme prioritet lik rett til dividende.²⁹ Kreditorer skal i utgangspunktet behandles likt, og prinsippet innebærer at usaklig forskjellsbehandling ikke skal finne sted.³⁰ Forskjellsbehandling som bygger på rettslig grunnlag er saklig, og anses ikke som brudd på likebehandlingsprinsippet.

2.4.2 Forfordeling av kreditorer

Hovedregelen i norsk rett er at selskapet ikke skal forfordele sine kreditorer dersom det er eller står i fare for å bli insolvent.³¹ Forfordeling finner sted når en kreditor får full dekning

²⁹ Sæbø, R. (1996) s. 123.

³⁰ Nazarian, H (2012) s. 45-46.

³¹ Normann Aarum, K. (1994) s. 518 og Villars-Dahl, L. (2003). Boken av Normann Aarum er av eldre årgang. Reglene etter lovendringen i straffeloven § 283a til § 284 innebar ingen realitetsendringer, med unntak av skyldkravene. Bokens omtale av straffeloven § 284 er også relevant for nyere drøftelser av tema.

forut for konkursåpning, mens de andre kreditorene kun får dividende i konkursboets utlodning.³² Dette utgjør også brudd på prinsippet om likebehandling.

Forfordeling kan skje både aktivt og passivt. Handlingen kan være motivert av et sterkt press fra en kreditor, eller at styret ser en fordel ved nettopp å betale denne kreditoren.

"Den eneste måten debitor effektivt kan forhindre at kreditor får dekning, er å begjære oppbud. Debitor har m.a.o en plikt til å begjære oppbud for å forhindre at en enkeltstående kreditor får full dekning på de øvriges bekostning."³³

Styret plikter å påse at ingen forrykker den fordeling som senere vil skje i konkursbehandling.³⁴ LE-1998-556 gjaldt et insolvent selskap hvor det ble foretatt flere utbetalinger. Handlingene ble funnet å være uaktsomme da det ikke lengre var grunnlag for videre drift. Retten konkluderte med at utbetalingene klart medførte en forfordeling av de øvrige kreditorene. Styreleder burde ha forhindre utbetalingene, og han ble funnet erstatningsrettslig ansvarlig da utbetalingene medførte en forfordeling av kreditorene.

Unntak fra forbudet mot forfordeling er for det første betaling av løpende, nødvendige utgifter som bidrar til videre drift så fremt det er et realistisk og begrunnet håp om fremtidig drift.³⁵ Et annet unntak er nedbetaling av gjeld hvor kravet er sikret med pant eller lignende. En pantesikret kreditor har krav på dekning før usikrede kreditorer.³⁶ En slik betaling av gjeld medfører derfor ingen forrykkelse av eventuelt senere kreditorfordeling, forutsatt at ikke andre sikrede kreditorer lider et tap. Handlinger som medfører en form for forfordeling er motarbeidet i lov ved bl.a. reglene om omstøtelse i dekningsloven kapittel 5.

³² Andenæs, M. H. (2009) s.309.

³³ Normann Aarum, K. (1994) s. 518.

³⁴ Normann Aarum, K. (1994) s. 517-522.

³⁵ Villars-Dahl, L. (2003).

³⁶ Normann Aarum, K. (1994) s. 517-522.

Jeg vil senere komme tilbake til dekningslovens omstøtelsesregler i den grad det er relevant for avhandlingen.

2.4.3 Drift for kreditorenes regning

Aksjeselskap er dannet på bakgrunn av aksjeeiernes innskutte egenkapital, men mange aksjeselskaper er hovedsaklig finansiert på kreditt. Aksjonærer i et aksjeselskap har et begrenset ansvar for selskapets gjeld, og kan kun tape innskutt aksjekapital.³⁷ Drift som påløper etter at selskapets egenkapital er tapt, innebærer drift for kreditorenes regning.³⁸ Fremtidige tap etter at egenkapitalen er tapt vil utelukkende ramme selskapets kreditorer.³⁹

Drift for kreditorenes regning vil kunne medføre erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1, alminnelige ulovfestede erstatningsrettlige prinsipper for brudd på oppbudsplikten og/eller straffeloven § 284. Både forbigående betalingsudyktighet og videre drift ved insolvens er perioder hvor egenkapitalen allerede er tapt. Hvorvidt erstatnings- og straffansvar er aktuelt, beror på om styrets handlinger har vært aktsomme.

2.5 Selskapets driftsresultat og dets betydning for styrets handlingsrom

Driftsresultatet til et selskap vil kunne påvirke hvorvidt det er uaktsomt å unnlate å begjære oppbud etter at insolvens har inntrådt. Hvorvidt videre drift er forsvarlig avhenger av selskapets underbalanse, men dersom selskapet har et positivt driftsresultat er det et sterkt argument mot at konkurs åpnes.⁴⁰ I en slik periode lider ikke selskapets kreditorer noe ytterligere tap, og det vil være stor sannsynligheten for at kreditorenes dekningsgrad øker. Dette er argumenter som taler for at styrets handlinger ikke er uaktsomme.

³⁷ Aksjeselskap har et begrenset ansvar, jfr. aksjeloven § 1-1 annet ledd.

³⁸ Levorsen, S. O. (2009) s. 93.

³⁹ LB-2010-176710.

⁴⁰ Spurkland, S. I. (2010).

Et positivt driftsresultat er et resultat av den løpende driften hvor selskapet har hatt høyere driftsinntekter enn utgifter. I et slikt tilfelle vil selskapets underbalanse trolig være et resultat av tidligere problemer, enten i løpende drift eller i enkeltstående prosjekter. Skyldes selskapets vanskelige økonomiske situasjon enkelte feilslåtte avtaler, kan videre drift i større grad forsvares. Selskapet viser ved løpende positivt driftsresultat at dette var et engangstilfelle, og at selskapet i sin helhet er levedyktig. Dette taler for at selskapet bør få mulighet til å rette opp de økonomiske problemene, så fremt løpende produksjon gir grunnlag for et begrunnet håp om videre drift.

I motsatt retning er det imidlertid viktig å påpeke at videre drift ved insolvens medfører risiko for økt tap. Denne risikoen vil kreditorene bære alene etter at selskapets egenkapital er tapt. Hvorvidt en slik risiko må sies å utgjøre en større risiko enn vanlig forretningsrisiko, vil være avhengig av det enkelte tilfellet. For å avgjøre om det er uaktsom å drive videre vil det, som avhandlingen senere drøfter, være avgjørende om det er et begrunnet håp om at selskapet overlever de økonomiske problemene.

Konklusjonen er at det i mange tilfeller kan være gode grunner som taler for at videre drift med positivt driftsresultat er en aktsom handling. Det viktige er at styret har foretatt en aktsom vurdering av situasjonen basert på forretningslivets normale aksept av risiko.

3 Erstatningsansvar overfor selskapets kreditorer

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at styremedlemmene ikke kan bli ansvarlig for selskapets gjeld.⁴¹ Dette har sammenheng med at enhver som selger på kreditt "regelmessig tar en viss risiko for tap".⁴² Et eventuelt tap skal ikke kunne lempes over på selskapets styre i et hvert tilfelle. Forutsatt at styret har påført kreditor et tap ved en uaktsom handling, følger det imidlertid av alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper at kreditor kan kreve erstatning.⁴³

Det påpekes at den videre fremstilling konsentreres om erstatningsansvar oppstått i forbindelse med betalingsudyktighet, insolvens og konkurs.

3.2 Aksjeloven § 17-1

Aksjeloven § 17-1 første ledd er en kodifisering av det alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige uaktsomhetsansvar, som avløste og bygde på den tidligere aksjeloven av 1976 § 15-1.⁴⁴ Det følger av bestemmelsen at bl.a. styremedlem, i egenskap av sin stilling, kan

⁴¹ Et selskap er en egen juridisk person med ansvar for egen gjeld. Styret blir normalt ikke ansvarlig for selskapets gjeld.

⁴² RG-1997-1658, jfr. LG-2006-116552, LF-2005-10724.

⁴³ Ot.prp.nr.23 (2003-2004) s. 42, LB-2011-13961, LG-2006-116552.

⁴⁴ Levorsen, S. O. (2009) s. 91, Aarbakke, M. (2012) s. 901-904. Aksjeloven av 1997 § 17-1 var forut for lovendringen ved lov av 15. desember 2006 nr. 88 en innskrenkning av aksjeloven av 1976 § 15-1 i henhold til hvem som kunne kreve erstatning for lidt tap. Bestemmelsen omfattet kun selskapet, og andre var henvist til det alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige uaktsomhetsansvar, jfr. Andenæs, M. H. (2007) s. 273. I tilknytning til vurdering av styrets ansvar og plikter overfor selskapets kreditorer, har ikke de ulike hjemmelsendringene medført noen endring. Hvorvidt kreditorene kunne holde styremedlemmene ansvarlig på lovfestet eller ulovfestet grunnlag utgjorde ingen rettslig forskjell. På denne bakgrunn vil eldre avgjørelser også være av betydning for min avhandling.

pålegges å erstatte skade som er påført "selskapet, aksjeeier eller andre" forsettlig eller uaktsomt. Ordlydens bruk av uttrykket "andre", henviser bl.a. til selskapets kreditorer.⁴⁵

Et erstatningsansvar er solidarisk. Imidlertid inntreer ansvar kun dersom det enkelte styremedlem er ansvarlig for den skade som ble voldt grunnet uaktsom handlemåte i tråd med den alminnelige skyldregelen.⁴⁶ I tillegg til kravet om uaktsom eller forsettlig handling, presiseres det at handlingen må ha medført et økonomisk tap for kreditor og at det er årsakssammenheng mellom det aktuelle tap og den uaktsomme handling.⁴⁷

Bestemmelsen har ingen direkte tilknytning til insolvens, men gjelder generelt når kreditor lider et tap som følge av styrets uaktsomme opptreden.

3.3 Når opptrer selskapets styre uaktsomt?

Uaktsom opptreden innebærer en handlemåte som avviker fra hvordan en omtenssom og forstandig person ville handlet.⁴⁸ Førstvoterende i LE-1988-339 presiserer at det skal "temmelig meget til for at styremedlemmene i et selskap med begrenset ansvar skal bli gjort ansvarlig for selskapskreditorenes tap ved en konkurs". Hva som på hvert enkelt område er uaktsomt er en konkret vurdering der ulike forhold kan ha betydning for avgjørelsen. Bakgrunnen for styreansvaret er hensynet til kreditorinteressene og en forsvarlig forvaltning av selskapet.⁴⁹

⁴⁵ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 167, Rt. 1998 s. 276.

⁴⁶ Andenæs, M. H. (2006) s. 661.

⁴⁷ Alminnelige ulovfestede erstatningsrettlige prinsipper.

⁴⁸ Gisle, J. (2010) s.430.

⁴⁹ LB-2008-120826.

Styret forventes å oppfylle de plikter og krav det er pålagt, og en eventuell unnlattelse kan være uaktsomt.⁵⁰ Ifølge Aarbakke m.fl. er det ingen forutsetning for ansvar:

"at bestemmelse i aksjeloven eller i selskapets vedtekter er overtrådt. På den annen side er det åpenbart at tilsidesettelse av bestemmelser i lov eller vedtekter er et helt sentralt utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger en uaktsom skadegjørende handling [...]".⁵¹

Utsagnet taler for at det skal mye til før brudd på en av styrets plikter ikke medfører uaktsomhet, men at ansvar uansett kan inntre uten at overtredelse av loven foreligger.

Handleplikten pålegger styret straks å foreslå tiltak for å bedre selskapets økonomiske situasjon, men loven sier lite om hvilke tiltak som skal iverksettes.⁵² Dette innebærer at en del av styrets handlingsrom er å velge den fremgangsmåten som styret mener vil bedre den økonomiske situasjonen. I mange tilfeller vil det være flere måter å forbedre selskapets økonomi. Så lenge styret har utført sine pålagte oppgaver på en aktsomhet, forstandig og tilstrekkelig måte, vil ikke ansvar inntre.

I LA-2007-37537 ble styremedlemmene erstatningsansvarlig som følge av manglende handling og forslag på tiltak i en periode hvor styret var antatt å ha vært kjent med selskapets likviditetsproblemer. Styret foretok verken nærmere undersøkelser av driften eller av den løpende økonomiske utviklingen, og perioden utgjorde nesten ett år forut for konkurser. Som følge av manglende undersøkelser ble det ikke avklart hvorvidt det var forsvarlig å fortsette driften. Retten viste også til brudd på forvaltnings- og tilsynsplikten. Manglende

⁵⁰ Normann Aarum, K. (1994) s. 60, jfr. aksjeloven § 17-1 og alminnelig ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

⁵¹ Aarbakke, M. (2012) s. 905.

⁵² Aksjeloven § 3-5, jfr. § 3-4. Se også pkt. 2.3.1.

oppfyllelse av handleplikten, forvaltnings- og tilsynsplikten utgjorde en uaktsom handlemåte som medførte erstatningsansvar.

Et tilsvarende faktum var tilfellet i LG-1993-1135. Her konkluderte retten med at selskapet ikke hadde et begrunnet håp om videre drift, og at styreleder hadde "[m]anglende forståelse av og innsikt i situasjonen". Dette ble ansett som uaktsomt, og medførte erstatningsansvar.

En tredje dom hvor brudd på handleplikten medførte erstatningsansvar er TLARV-2006-11940. Her mente retten at den økonomiske situasjonen tilsa at styret burde hatt løpende oppdatering av økonomien for å ha kontroll. Manglende kunnskap burde ha blitt avhjulpet ved å søke hjelp, og realistiske tiltak for å avhjelpe situasjonen burde vært gjennomført. Brudd på handleplikten innebar at styret hadde handlet grovt uaktsomt, og det medførte erstatningsansvar, jfr. aksjeloven § 17-1.

I LB-2008-120826 ble styrelederen personlig erstatningsansvarlig på grunnlag av passivitet, og manglende avholdelse av styremøter og referater.⁵³ I løpet av en to års periode avholdt styreleder kun to styremøter. Manglende oppfølging av selskapets økonomiske forhold var av betydning for rettens avgjørelse.⁵⁴ Videre forelå det et skjerpet tilsynsansvar da daglig leder var eneaksjonær. Dette var basert på hensynet til selskapets kreditorer. Da styreleders handlinger avvek fra det forventede og lovpålagte, ble handlingene ansett som uaktsomme. Styreleder ble dermed erstatningsansvarlig for kreditorenes tap.

I LB-2011-204401 hadde daglig leder unnlatt å innbetale forskuddstrekk, og det ble konstatert manglende tilsyn av selskapets økonomiske situasjon fra styrets side. Retten kom likevel til at det ikke forelå grunnlag for ansvar. Bakgrunnen var at styret hadde forsøkt å innhente tilstrekkelig informasjon fra daglig leder. Da daglig leders svar på styrets forsøk på å

⁵³ Aksjeloven § 17-1, jfr. §§6-19, 6-20 og 6-29.

⁵⁴ Aksjeloven §§ 6-12 og 6-13.

innhente informasjon var "klart og entydig", fant retten at styremedlemmene ikke handlet uaktsomt ved å stole på hans svar. Erstatningsansvar kunne ikke ilegges.

Samlet er de nevnte avgjørelser et argument for at manglende oppfyllelse av styrets plikter er uaktsomt.

Et annet tilfelle hvor uaktsomhet fra styrets side er aktuelt, er inngåelse av avtaler på kreditt. For det tilfellet at det er ytt kreditt, medfører kreditors egen handling risiko.⁵⁵ Det vil i et slikt tilfelle stilles strengere krav til uaktsom handling fra styret før det kan sies å foreligge en erstatningsbetingende handling. Hvorvidt en forretningsmessig handling er uaktsom vil bl.a. bero på om styret foretok en uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning.⁵⁶ Uavhengig av resultatet vil styret være ansvarsfri så fremt styrets avgjørelse og handling er basert på en normal forretningsmessig vurdering. Uriktige skjønnsmessige bedømmelser grunnet feilvurdering av en situasjon innebærer ikke erstatningsansvar så fremt vurderingen i seg selv var aktsom.⁵⁷

3.4 Kreditorfellesskapet kontra enkeltkreditoren

Et viktig spørsmål i vurderingen av om det foreligger et erstatningsansvar er hvem som i det enkelte tilfellet har søksmålskompetanse. Aktuelt for avhandlingen er om kreditor på egen hånd kan fremme et erstatningskrav eller om kreditor kun er beskyttet gjennom kredi-

⁵⁵ LE-1988-339.

⁵⁶ Rt. 1991 s. 119.

⁵⁷ Rt. 1991 s. 119, LE-1992-912. Det presiseres at Rt. 1991 s. 119 er avsagt forut for aksjeloven av 1997 og dens nye krav til forsvarlig egenkapital etter aksjeloven § 3-4. Konsekvensen av dette var i henhold til Andenæs ikke avgjort i 2006, jfr. Andenæs, M. H. (2006) s. 662. Så fremt styret etterlever kravet til forsvarlig egenkapital, fremstår det som rimelig at avgjørelsens fokus på en normal forretningsmessige vurderinger kan anses å være et moment som vil være av betydning for å vurdere om et styre har handlet aktsomt.

torfellesskapet og selskapets søksmålskompetanse. Det avgjørende er hvem som har lidt et økonomisk tap, og hvem som har interesse i saken.⁵⁸

For det første kan selskapet lide et tap. Lider selskapet et tap, rammes kreditorfellesskapet indirekte ved at kreditorfellesskapets dekningsinteresse blir svekket.⁵⁹ Da det er selskapet som skal verne om kreditorfellesskapets interesser, er det i hovedsak selskapet som har søksmålskompetanse til å forfølge et slikt erstatningskrav overfor styret.⁶⁰ Brudd på oppbudsplikten er et eksempel på et slikt tap.⁶¹ Et eventuelt erstatningskrav fremmes dermed av selskapet eller dets konkursbo.⁶²

For det tilfellet at selskapet ikke velger å forfølge et mulig erstatningskrav, åpner aksjeloven § 17-6 for at bl.a. den skadelidte kreditor selv kan forfølge kravet. Det forutsettes i Rt. 2006 s. 765 at aksjeloven § 17-6 gjennom en lovtolkning gir rettslig grunnlag for å si at kreditor har slik søksmålskompetanse.

Den andre måten en kreditor kan være berettiget til å fremme et erstatningskrav overfor styret, er dersom den har et særkrav som følge av styrets ansvarsbetingende handlemåte.⁶³ Et særkrav er et tap en enkeltkreditor har lidt uten at selskapet har lidt et korresponderende tap. Et slikt tap kan altså ikke fremmes av selskapet, og det er derfor "ikke tvilsomt at en enkeltkreditor kan fremme sitt særkrav".⁶⁴ Eksempel på et slikt særkrav er erstatningskrav som skyldes brudd på opplysningsplikten ved kredittkjøp.

⁵⁸ Tvisteloven § 1-3 annet ledd.

⁵⁹ Aarbakke, M. m.fl. (2012) s. 915.

⁶⁰ Normann Aarum, K. (1994) s. 162.

⁶¹ Andenæs, M. H. (1993) s. 38.

⁶² Sæbø, R. (2002) s. 207.

⁶³ Aarbakke, M. m.fl. (2012) s. 915.

⁶⁴ Rt. 2010 s. 3.

Utenom søksmålskompetansen vil forholdet mellom kreditorfellesskapet og enkeltkreditor kunne ha betydning for hvorvidt en handling er uaktsom. Hvem som rammes av den uaktsomme handling beror på om regelen er ment å beskytte fellesskapet eller den enkelte kreditor. Dette vil variere. I hovedsak vil reglene om videre drift ved insolvens være knyttet til fellesskapets og selskapets interesser. Det er imidlertid mulig at det i forhold til samme handling, kan oppstå tap både for kreditorfellesskapet og den enkelte kreditor. Brudd på opplysningsplikten ved kredittkjøp er et eksempel på et særkrav som rammer den som gav kreditt uten å få tilstrekkelig kunnskap om selskapets økonomiske forhold.⁶⁵ Den samme handlingen vil også øke selskapets gjeld, noe som vil ramme kreditorfellesskapet.

3.5 Er tap av omstøtelsesmulighet uaktsomt?

Handlinger som medfører forfordeling av kreditorer vil resultere i omstøtelse dersom kravene etter dekningsloven kapittel 5 er oppfylt. I tråd med rettsreglene i dekningsloven kapittel 5 må omstøtelse kreves innenfor oppstilte frister. Oversittes fristen, bortfaller muligheten til å omstøte den aktuelle handlingen.

Forbigående betalingsudyktighet og videre drift ved insolvens kan medføre en forskyvning av konkursåpning dersom forutsetningene for den videre drift i begge tilfeller slår feil. I et slikt tilfelle kan en forskyvning medføre bortfall av en eller flere omstøtelsesmuligheter. Enhver forskyvning av konkursåpning utgjør en risiko for at en omstøtelsesfrist oversittes.

For det tilfellet at omstøtelsesmuligheter bortfaller, er det klart at en forfordeling ikke kan kreves tilbakelevert boet på et senere tidspunkt. I et slikt tilfelle vil styret både ha handlet uaktsomt ved at forfordeling ble gjennomført, men også ved at konkursboet senere mistet omstøtelsesmuligheten. Begge typer uaktsomhet er grunnlag for erstatningsansvar etter både aksjeloven § 17-1 og alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

⁶⁵ Normann Aarum, K. (1994) s. 163.

Enhver forskyvning av konkursåpning bør vurderes opp mot hvorvidt boet vil miste omstøtelsesadgang. Der de positive konsekvensene ved å utsette konkursåpningen overstiger de negative, vil det trolig være mindre uaktsomt om omstøtelsesadgangen utløper. Hvorvidt dette tilsier at handlingen ikke er uaktsomt i det hele tatt, er derimot mer tvilsomt. Et viktig element i en slik vurdering er at konsekvensene for den enkelte kreditor trolig vil kunne avvike fra kreditorfellesskapet konsekvenser. Det er imidlertid ikke et argument at den kreditor det omstøtes fra kommer dårligere ut. Handlinger som er gjenstand for omstøtelse vil ikke være beskyttelsesverdige.

Oppsummert taler dette for at tap av omstøtelsesmulighet trolig vil være uaktsomt av styret.

4 Grunnlaget for konkurs

4.1 Konkursloven § 60

Det materielle vilkåret for å åpne konkurs er insolvens. For det tilfellet at skyldneren er insolvent "skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren eller en fordringshaver", jfr. konkursloven § 60. Hvorvidt et selskap er insolvent kan være vanskelig å avgjøre, men dersom vilkårene først er oppfylt skal ikke retten ved behandling av konkursbegjæring drøfte om konkurs bør åpnes.⁶⁶

4.2 Konkursloven § 61 – Insolvens

Det oppstilles to vilkår for insolvens; illikviditet og insuffisiens, jfr. konkursloven § 61. Illikviditet er selskapets manglende betalingsevne, og innebærer at et selskap ikke er i stand til å betale løpende regninger etter hvert som de forfaller.⁶⁷ Er betalingsudyktigheten forbigående, er kravet til insolvens ikke oppfylt.⁶⁸ Forbigående betalingsudyktighet er et unntak fra hovedregelen om at illikviditet kan medføre insolvens.

En naturlig språklig forståelse av forbigående betalingsudyktighet er noe flyktig, kortvarig og midlertidig.⁶⁹ Det gir en indikasjon på at forbigående betalingsudyktighet innebærer en kort og tidsbestemt situasjon, uten videre henvisning til akseptert lengde.⁷⁰

⁶⁶ Andenæs, M. H. (2009) s.12. Hvorvidt insolvens foreligger vil ikke bli behandlet i avhandlingen. Der insolvens er en forutsetning for videre drøftelser, forutsettes det at insolvensvilkårene er oppfylt.

⁶⁷ Store norske leksikon.

⁶⁸ Konkursloven § 61. Forbigående betalingsudyktighet drøftes ytterligere i pkt. 4.3.

⁶⁹ Kunnskapsforlaget (1994) s. 61.

⁷⁰ Akseptert periode drøftes i pkt. 6.1.

Det andre insolvensvilkåret, insuffisiens, oppstiller et krav om at selskapet har mer gjeld enn verdier. Alle kreditorer vil dermed ikke kunne få full dekning for sitt krav ved en eventuell konkurs.

Avslutningsvis i konkursloven § 61 første ledd annet punktum oppstilles et unntak for det tilfellet at debtors "eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning". Det er den samlede dekningsmuligheten som avgjør om insolvens foreligger.⁷¹ Unntaket kommer til anvendelse når debitor både er insuffisient og illikvid, men samlet sett dekker alle fordringer. Klarer debitor samlet sett å dekke sine fordringer, skal konkurs ikke åpnes. Konkurs skal forbeholdes de tilfellene hvor ikke alle kreditorene får full dekning gjennom enkeltforfølgning.⁷²

4.3 Behandling av konkursbegjæring ved forbigående betalingsudyktighet

Ved behandling av en konkursbegjæring skal retten ta stilling til om selskapet er insolvent.⁷³ Etter konkursloven §§ 70 annet ledd og 72 første ledd skal rettsmøte avholdes og begjæring avgjøres snarest mulig. Foreligger det forbigående betalingsudyktighet kan ikke konkurs åpnes, og konkursbegjæringen skal avvises, jfr. konkursloven §§ 60 og 61. Alternativt kan behandling av begjæring utsettes.⁷⁴

Brækhus argumenterer for at retten bør utsette behandlingen av konkursbegjæringen ved forbigående betalingsudyktighet, men forbigående betalingsudyktighet oppfyller ikke nødvendigvis kravene for utsettelse.⁷⁵ Utsettelse kan kun gjennomføres for å innhente nye opplysninger, ved fravær med gyldig grunn eller ved andre lignede grunner. Oppfylles ikke vilkårene i konkursloven § 71, skal behandlingen gjennomføres uten utsettelse. Et eventuelt

⁷¹ Wiker, H. (2010) note 64.

⁷² Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 85.

⁷³ Konkursloven §§ 60 og 61.

⁷⁴ Konkursloven § 71.

⁷⁵ Brækhus, S. (1991) s. 124, og Andenæs, M. H. (1993) s. 16.

utsatt møte skal avholdes innen én uke. Hvorvidt denne perioden er tilstrekkelig til at debitor igjen blir solvent, avhenger av selskapets konkrete forhold. For at forbigående betalingsudyktighet skal foreligge, må det med en viss grad av sannsynlighet være en forventning om at debitor blir solvent før neste møte. Det faktiske utfallet er mindre viktig dersom solvens på avgjørelsestidspunktet var en realistisk mulighet.

Andenæs argumenterte i sin bok *Konkurs* fra 1993 for at dersom retten skal ta stilling til om det foreligger forbigående betalingsudyktighet må retten realitetsbehandle konkursbegjæringen.⁷⁶ Et underliggende spørsmål ved utsettelse av behandling, er om man i det hele tatt kan ta stilling til om det foreligger forbigående betalingsudyktighet. "Kommer skifteretten etter en realitetsbehandling til at betalingsudyktigheten er forbigående, må det riktige være at konkursbegjæringen avslås for tiden, ikke at behandlingen utsettes."⁷⁷ Følgene av en realitetsbehandling blir at retten ikke har mulighet til å utsette behandlingen av begjæringen. Resultatet blir da at konkurs åpnes eller at begjæringen forkastes. Uttalelsen fra Andenæs taler for at utsettelse ikke kan gjennomføres dersom retten har tatt stilling til forbigående betalingsudyktighet.

I boken *Konkurs* fra 2009 argumenterte imidlertid Andenæs for hvordan situasjon ikke nødvendigvis er helt fastlåst.⁷⁸ Tvil vedrørende forbigående betalingsudyktighet løses ved at "retten utsetter behandlingen av konkursbegjæringen et par uker, og at konkurs deretter åpnes hvis skyldneren fortsatt ikke kan betale". Mot denne prosessen innvender han at retten i det utsatte møtet på nytt må ta stilling til hvorvidt det nå foreligger forbigående betalingsudyktighet. Utgangspunktet for om et selskap er forbigående betalingsudyktig, er om debitor er betalingsudyktig nå og fremover i tid.⁷⁹ Hva som har skjedd tidligere er dermed

⁷⁶ Andenæs, M. H. (1993) s. 16.

⁷⁷ Andenæs, M. H. (1993) s. 16.

⁷⁸ Andenæs, M. H. (2009) s. 65.

⁷⁹ Andenæs, M. H. (2009) s. 62.

av mindre betydning, men tidligere utsettelse og økonomiske problemer vil kunne påvirke hva som nå aksepteres som forbigående.

Utsettelse av konkurs kan medføre at debitor blir fokusert på å betale den aktuelle kreditor som begjærte selskapet konkurs. Dersom en kreditor får dekning på de andres bekostning vil dette utgjøre en forfordeling av kreditorene.⁸⁰ Dette vil være et godt argument mot at retten skal tillate utsettelse av behandling av konkursbegjæringen. Hensynet til kreditorfellesskapet tilsier at utsettelse kun bør godtas i de tilfellene hvor debitor har utsikter til å skaffe dekning til alle kreditorene. Retten bør verken legge til rette for, eller indirekte oppfordre til forfordeling av kreditorene.

⁸⁰ Se pkt. 2.4.2.

5 Oppbudsplikten

5.1 Har styret en plikt til å begjære oppbud, og når inntre oppbudsplikten?

Konkursloven § 60 oppstiller en rett for insolvente selskaper til å begjære oppbud, men konkurslovens har ingen korresponderende plikt. Oppbudspликт kan derimot hjemles i straffeloven § 284 og alminnelig ulovfestet erstatningsansvar.

Styret blir ikke automatisk ansvarlig for alt tap kreditorene lider som følge av unnlattelse av å begjære oppbud.⁸¹ Insolvens alene er ikke tilstrekkelig for at styret har en oppbudspликт.⁸² Ansvar er altså ikke objektivt, men forutsetter uaktsomhet fra styrets side. Dette innebærer at styremedlemmene ikke blir ansvarlig for at selskapet blir insolvent, så lenge de har utført sine pålagte plikter på aktsom måte.⁸³

Andenæs vurderer det slik at "[n]oen ubetinget plikt til å begjære konkurs [...] dersom selskapet er insolvent, foreligger ikke. Plikten til å begjære [...] konkurs er her som ellers avhengig av at vilkårene i strl. §284 (tidl. § 283 a) er oppfylt".⁸⁴

Bakgrunnen for at oppbudspликт ikke inntre ved insolvens, er for at styret skal ha en mulighet til å forfølge et eventuelt begrunnet håp om å redde selskapet.⁸⁵ I LE-1998-556 uttalte lagmannsretten at styret ikke bør "tvinges til å begjære oppbud dersom det foreligger en reell mulighet til å redde selskapet, men bør gis en rimelig tid etter at insolvens har inntrådt for om mulig å kunne sikre fortsatt drift". Trolig vil dette både være i selskapets og kreditorenes interesse. Det å ha strafferettslige oppbudsppliktsregler som gir et styre muligheten og

⁸¹ Rt. 1975 s. 198.

⁸² Ot.prp.nr.37 (2003-2004) pkt. 14.1.

⁸³ Børresen, P. B. (2007) s. 88.

⁸⁴ Andenæs, M. H. (2007) s. 255 og (2006) s. 625 (dog kun henvisning til § 283 a i sistnevnte), jfr. Normann Aarum, K. (1994) s. 496.

⁸⁵ NOU 1972:20 s. 368.

motivasjonen til å finne mulige løsninger, anses som viktig for å unngå unødige konkurser.⁸⁶

5.1.1 Straffeloven § 284

Oppbudsplikten med tilhørende straffesanksjon blir først aktuelt dersom vilkårene i straffeloven § 284 første ledd er oppfylt. Første straffbarhetsvilkår er unnlattelse av å begjære konkurs som medfører tapt omstøtelsesmulighet, og dette betydelig forringer fordringshavernes dekningsmulighet. Det andre straffbarhetsvilkår er at selskapet "klart går med tap og skyldneren må innse at han ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid". Skyldkravet er derimot et kumulativt vilkår for straff etter straffeloven § 284 første ledd. Bestemmelsen oppstiller at brudd på oppbudsplikten må ha vært "forsettelig eller grovt uaktsomt".

Hvis styret handlet i overensstemmelse med kreditorene, vil unnlattelse av å begjære oppbud ikke medføre ansvar.⁸⁷ Informasjonen gir kreditorene kunnskap om situasjonen, og grunnlag for at de selv kan ivareta egne interesser.

Da avhandlingen omhandler styrets erstatningsansvar som følge av uaktsomme handlinger, vil straffebestemmelsen ikke bli omtalt ytterligere. Jeg går dermed over til å drøfte om det er grunnlag for en oppbudsplikt basert på erstatningsansvar.

5.1.2 Alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper

Spørsmålet blir om det foreligger en oppbudsplikt basert på erstatningsansvar, og om oppbudsplikt inntreffer tidligere ved erstatningsansvar enn ved straffansvar.

⁸⁶ Normann Aarum, K. (1994) s. 498.

⁸⁷ Straffeloven § 284 annet ledd, og forutsetter at de informerte kreditorer representerte en vesentlig del av fordringsmassen både i antall og beløp.

Selv om straffansvar ikke kompenserer for kreditorenes tap, er ikke erstatningsansvar rettet mot selskapet en egnet sanksjon mot brudd på oppbudsplikten.⁸⁸ Skyldneren vil være insolvent og dekningsmuligheten vil derfor være veldig liten. Når erstatningsansvar for brudd på oppbudsplikten retter seg mot styremedlemmene personlig, er ikke argumentet like tungtveiende. Det behøver ikke være nevneverdig sammenheng mellom selskapets konkurs og styremedlemmenes personlige økonomi. Med utgangspunkt i straffeloven § 284 har det på ulovfestet grunnlag utviklet seg et supplerende erstatningsansvar.⁸⁹ Et slikt erstatningsansvar vil bidra til å gjenopprette det tap styret påførte kreditorene ved uaktsom videre drift etter insolvenstidspunktet.

Etter alminnelige erstatningsrettslige regler må også de erstatningsrettslige vilkårene skyld, økonomisk tap og påregnelig årsakssammenheng være oppfylt.⁹⁰

Både Andenæs og Normann Aarum argumenterer for at et erstatningsansvar bør korrespondere med straffansvaret.⁹¹ De mener videre at erstatningsansvaret også kan være aktuelt i tilfeller hvor uaktsomheten ikke er like grov som det kreves etter straffeloven § 284. Uttalelsene bygger på en bred enighet i juridisk teori om at et erstatningsansvar kan utledes fra straffelovens § 284.⁹² Et erstatningsansvar ved brudd på oppbudsplikten har også støtte i rettspraksis.⁹³

På den annen side argumenterte Mitsem mot at brudd på opplysningsplikten kunne medføre erstatningsansvar for styret.⁹⁴ Bakgrunnen for hans oppfatning var at han mente at det ikke

⁸⁸ NOU 1972:20 s. 366.

⁸⁹ Normann Aarum, K. (1994) s. 490-491, Andenæs, M. H. (2007) s. 35.

⁹⁰ Børresen, P. B. (2007) s. 87.

⁹¹ Normann Aarum, K. (1994) s. 490-491, og Andenæs, M. H. (1993) s. 35 flg.

⁹² Andenæs, M. H. (1993) s. 37, Marthinussen, H. F. (1986) s. 538.

⁹³ RG-2007-1625, LH-2008-704, LG-2008-39560, LF-2004-987, Normann Aarum, K. (1994) s. 490-491, jfr. Rt. 1930 s. 126, RG 1955 s. 747.

⁹⁴ Mitsem, P. (1990) s. 457.

var tilstrekkelig hjemmel for et slikt ansvar. I senere rettspraksis og teori praktiseres det et erstatningsansvar ved uaktsom unnløstelse av begjæring av oppbud.⁹⁵ Dette viser at Mitsens oppfatning ikke fikk fotfeste.

Tungtveiende grunner taler for at det skal mer til for å bli idømt straffansvar enn erstatningsansvar. Dette kan begrunnes med at det vil være mer alvorlig å bli ansvarlig på strafferettslig grunnlag enn på erstatningsrettslig grunnlag. Uaktsomme handlinger som ikke oppfyller straffansvarets krav til grov uaktsomhet, kan dermed medføre ansvar på erstatningsrettslig grunnlag. Den senkede terskelen medfører at oppbudsplikten inntreffer ved uaktsomhet. Altså på et tidligere nivå av skyld enn for straff. Muligheten for ansvarsfritt å drive videre innskrenkes dermed tilsvarende. Hvor mye tidligere oppbudsplikten og det erstatningsrettslige ansvaret i praksis vil inntre, vil avhenge av det enkelte tilfellet.

Oppsummert medfører uaktsom unnløstelse av å begjære oppbud et erstatningsansvar som grunnet et lavere skyldkrav inntreffer på et tidligere tidspunkt enn straffansvaret.

I den videre fremstillingen vil uttrykket "oppbudsplikt" henviser til plikten å begjære oppbud hvor uaktsom unnløstelse medfører erstatningsrettlig ansvar.

⁹⁵ LB-2008-704, LG-2008-39560, LF-2004-987, Normann Aarum, K. (1994) s. 490-491, og Andenæs, M. H. (1993) s. 35 flg.

6 Forbigående betalingsudyktighet

6.1 Hvor lenge kan et aksjeselskap være forbigående betalingsudyktig?

6.1.1 Innledning – historisk perspektiv med fokus på lovens forarbeider

Forut for den nåværende konkurslov av 1984 var det omdiskutert om forbigående betalingsudyktighet kunne utsette insolvenstidspunktet. Konkurslovutvalget konkluderte med at det ikke var nødvendig å kodifisere et unntak fra insolvens ved forbigående betalingsudyktighet.⁹⁶ Den generelle oppfatning på den tiden var at betalingsforsinkelser på noen dager ikke var å anse som insolvens. Noen dagers utsettelse ble sett på som forbigående betalingsudyktighet, og utsikter til snarlig betaling kunne utsette konkursvurderingen. Rettsoppfatningen var basert på ulovfestet rett, og var i samsvar med den tidligere konkursloven av 1863. I likhet med Konkurslovutvalgets forslag, ble det under den tidligere konkursloven praktisert at kortvarig betalingsudyktighet var akseptert som forbigående. Kortvarig utsettelse ga ikke grunnlag for å åpne konkurs hos debitor.⁹⁷

Den tillatte tidsperioden for forbigående betalingsudyktighet er ifølge NOU 1972:20 forholdsvis kort. Det er presisert at "noen dagers utsettelse" ikke fører til insolvens, men det sies ingenting om lengre perioder. I motsetning til dansk rett, ble ikke betalingsudyktighet på opptil et halvt år ansett som forbigående. Bakgrunnen var at dansk rett utgjorde en realitetsforskjell fra norsk rett.⁹⁸

Justisdepartementets gjennomgang av forbigående betalingsudyktighet innebar ingen endringer, og Konkurslovutvalgets forslag ble derfor fremmet i sin helhet.⁹⁹

⁹⁶ NOU 1972:20 s. 121.

⁹⁷ Wiker, H (2003) s. 226.

⁹⁸ NOU 1972:20 s. 121. Se kommentar note 102.

⁹⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 87.

Den ulovfestede regel om forbigående betalingsudyktighet ble deretter foreslått kodifisert av Justiskomiteen.¹⁰⁰ Bakgrunnen for kodifiseringen var at komiteen fant det mer hensiktsmessig å lovfeste unntaket. Justiskomiteen fant at fordringer måtte kunne oppfylles innen "innen rimelig tid" for å at betalingsudyktighet skulle være forbigående.

I vurderingen av hvilket tidsrom som utgjorde "innen rimelig tid" var Justiskomiteen delt.¹⁰¹ Flertallet på fem medlemmer la vekt på at det kun var aktuelt med betalingsutsettelse av "rent forbigående art". Hva "rent forbigående art" innebar, ble ikke nærmere presisert. Manglende presisering taler for at Justiskomiteens flertall var enige med Konkurslovutvalget om at noen dagers forsinkelse er en akseptabel periode. Flertallet la derimot også vekt på at betalingsutsettelsen må være knyttet til "en så stor grad av sikkerhet til skyldnerens fremtidige inntekter at hans fordringshavere ikke vil kunne lide noe tap ved dette". Hvilke momenter som inngår i vurderingen av hvorvidt nær fremtidig likviditet og solvens foreligger, ble ikke omtalt i forarbeidene.

Mindretallet på fire medlemmer var av en annen oppfatning. Utgangspunktet for akseptert lengde av forbigående betalingsudyktighet ble av mindretallet ansett å utgjøre noen måneder. Sikkerhet for innfrielse på fastsatt tidspunkt vil også kunne påvirke lengden. Mindretallets oppfatning trakk i retning av svenske og danske regler vedrørende forbigående betalingsudyktighet.¹⁰²

¹⁰⁰ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15-16.

¹⁰¹ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15-16.

¹⁰² Insolvens inntreffer etter dansk og svensk rett ved illikviditet, med mindre betalingsudyktigheten er forbigående, jfr. dansk konkurslov § 17 og svensk konkurslag kap. 1 § 2. Insuffisiens er ikke et vilkår. Ved forbigående betalingsudyktighet blir behov for en lengre tidsperiode større enn i norsk rett. Et svensk eller dansk selskap vil ved forbigående betalingsudyktighet fortsatt ha mulighet og behov for å realisere noen eller alle av sine eiendeler for å kunne betjene sine løpende fordringer. En slik realisasjon kan ta tid. Perioden må legges til rette for rimelig tid til å omsette eiendeler. Dette taler for at norske regler ikke har behov for en tilsvarende lang periode.

Til tross for kodifiseringen av hjemmel for forbigående betalingsudyktighet, fremgår det fortsatt ikke klart hvor lang periode som anses å være forbigående. Samlet fremstår forarbeidene slik at en periode kun utgjør noen dager. Rettspraksis og juridisk teori legger imidlertid til grunn at forbigående betalingsudyktighet i henhold til forarbeidene utgjør noen dager eller uker.¹⁰³ En slik forståelse må bero på rettspraksis og juridisk teoris egen tolkning av uttrykket "innen rimelig tid", hvor det konkluderes med at uttrykket også innebærer noen uker.

Jeg vil i den videre fremstilling se på hvilke momenter som vektlegges i avgjørelsen av hvilket tidsrom som anses å være forbigående betalingsudyktighet.

6.1.2 Utgangspunktet for akseptert lengde av forbigående betalingsudyktighet

6.1.2.1 Juridisk teori

Det finnes få klare uttalelser om hva som anses som aksepterte perioder for forbigående betalingsudyktighet. Huser mener, i likhet med Justiskomiteens mindretall, at perioden som utgangspunkt bør utgjøre "noen måneder".¹⁰⁴ Til forskjell fra mindretall, legger han konkret til grunn et utgangspunkt på tre måneder. Perioden begrunnes med forventet lengde for en eventuell enkeltforfølgning. Huser mener de to lengdene er sammenlignbare, og at lengden for enkeltforfølgning gir et forsvarlig utgangspunkt for forbigående betalingsudyktighet. Kreditorer vil da kunne få dekning for sitt krav forholdsvis samtidig, uavhengig av inndrivelsesmetode.

Husers uttalelser strekker seg lengre enn andre uttalelser i juridisk teori. Ingen andre juridiske forfattere tar til ordet for en tilsvarende lengde. Det er imidlertid flere forfattere som følger Justiskomiteens flertall.

¹⁰³ Wiker, H. (2003) s. 226, LF-2012-179049, LA-2010-169196.

¹⁰⁴ Huser, K. (1988) s. 108-111, og gjentas i Huser, K. (1995) s. 298, Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15-16.

Brækhus er en av de som tar avstand fra Husers argumentasjon og konklusjon.¹⁰⁵ Hans hovedargumentasjon mot en tre måneders periode, var at det overses at dansk og svensk rett ikke har et krav om insuffisiens ved insolvens.¹⁰⁶ Insolvens kan dermed inntre på et tidligere tidspunkt enn i norsk rett. Dette begrunner hvorfor norsk rett ikke har behov for en like lang periode som aksepteres som forbigående betalingsudyktighet som dansk og svensk rett. Andenæs uttrykker seg i samme retning:

"Etter dette må en helt kortvarig forsinkelse anses som forbigående, og en forsinkelse på flere måneder anses som mer enn forbigående. Mellom disse ytterpunktene må det riktige etter mitt syn være at varigheten av den forventede forsinkelsen tas i betraktning som ett av flere momenter ved helhetsvurderingen."¹⁰⁷

På bakgrunn av uttalelsen kan det kan stilles spørsmålsteget ved om én måned kan godtas som forbigående. Dersom Andenæs anser én måned som forbigående, utgjør det en lengre periode enn det som er oppstilt i forarbeidene. På den annen side fremstår det ikke slik at Andenæs støtter Justiskomiteens mindretall.

Videre viser Moe til at "[i] skifteretten legger man vanligvis til grunn en norm på inntil fjorten dager[...]".¹⁰⁸ Vedrørende følgene av forbigående betalingsudyktighet uttaler Moe:

"Dersom retten kommer til at skyldneren er forbigående illikvid, skal konkursbegjæringen stilles i bero inntil videre. Makter ikke skyldneren å komme over sin likviditetskrise innenfor fortrinnsvis fjorten dager, vil konkursbegjæringen bli tatt opp til behandling og konkurs åpnes."

¹⁰⁵ Brækhus, S. (1991) s. 124-125.

¹⁰⁶ Se note 102, jfr. dansk konkurslov § 17 og svensk konkurslag kap. 1 § 2.

¹⁰⁷ Andenæs, M. H. (2009) s. 65.

¹⁰⁸ Moe, E. (1999) s. 44-45.

Oppsummert fremgår det som et utgangspunkt at flertallet i juridisk teori legger til grunn at forbigående betalingsudyktighet kun kan strekkes til å vare noen dager eller uker. Rettspraksis har derimot ikke vært like konsekvent, og det er avvik i avgjørelsens begrunnelser. Årsaken til dette kan være at domstolene må foreta en konkret vurdering basert på den enkelte sak.

6.1.2.2 Rettspraksis

I det følgende drøftes noen kjennelser som kan danne utgangspunktet for hvilken periode som aksepteres som forbigående betalingsudyktighet. Fire kjennelser hvor retten konkluderte med ikke forbigående betalingsudyktighet var LF-2012-179049, LA-2010-169196, LB-2003-2267 og LF-1994-523. Disse gir uttrykk for hvilke lengder som ikke er blitt akseptert som forbigående, men avgjørelsene gir ingen ytterligere presiseringer angående akseptert lengde.

Førstvoterende uttalte i LF-2012-179049 at som "tingretten påpeker er det noe usikkert hvor langvarig en slik forbigående betalingsudyktighet kan være – om det er « noen dager eller uker », eller « noen måneder » [...]". Et gjennomgående moment i flere kjennelser er nettopp denne usikkerheten rundt hva som er korrekt rettslig forståelse av ordlyden "forbigående betalingsudyktig". Da det uansett ikke var godtgjort at betaling ville skje innen tre måneder ble selskapet ikke ansett som forbigående betalingsudyktig.

En fordring som hadde forfalt seks måneder tidligere gav ikke retten i LA-2010-169196 grunn til å tro at betalingsproblemene ville løse seg innen forholdsvis kort tid. Retten fremhevet den påløpte tid fra fordringens forfallsdato, og utsiktene for betaling som begrunnelse for at betalingsudyktighet ikke ble funnet å være forbigående.

"Spørsmålet som reiser seg er da om det vil være mulig å betale gjelden til skatteoppkreveren innen forholdsvis kort tid. Forbigående betalingsudyktighet er ikke nærmere definert i konkursloven, men av lovens forarbeider fremgår det at flertallet i Stortingets justiskomité la til grunn at det med « forbigående » kunne være

snakk om dager eller uker, mens mindretallet mente « noen måneder ». Uansett hva som legges i begrepet, er det etter lagmannsrettens syn ikke tale om en forbigående betalingsudyktighet i dette tilfellet. Siste termin av avgiftskravet er forfalt for ca 6 måneder siden."¹⁰⁹

Tilsvarende var tilfellet i LB-2003-2267. Gjelden var mer enn et år gammel, og retten konkluderte med at betalingsudyktigheten ikke lengre kunne anses som forbigående.

I en annen dom, LF-1994-523, ble det lagt vekt på at bedring i likviditeten var avhengig av to søksmål. Retten konkluderte med at da den ene saken nylig var påstartet, mens det andre enda ikke var berammet, var man "utenfor et tidsforløp hvor det er rimelig å snakke om illikviditet av forbigående art".

Konsekvensene av at avgjørelsene begrunnes ved å vise til at periodens absolutte maksimaltid uansett er oversteget, er at det ikke blir noen ensartet oppfatning av hva som følger av lovens ordlyd. Dette medfører usikkerhet som kan føre til ulikheter i avgjørelsene. Manglende avgjørelser fra Høyesterett avhjelper heller ikke situasjonen. Det er imidlertid viktig å påpeke at de aktuelle tidsperiodene i disse dommene var klart utenfor selv Justiskomiteens mindretalls oppfatning av forbigående betalingsudyktighet.¹¹⁰ Dette medførte at det ikke var et særlig behov for ytterligere drøfting.

Av publisert rettspraksis fremkommer det ingen kjennelser hvor et aksjeselskap har vært forbigående betalingsudyktighet. På denne bakgrunn har jeg valgt å drøfte en tingrettskjennelse hvor selskapet var et ansvarlig selskap (ANS).¹¹¹

¹⁰⁹ LA-2010-169196.

¹¹⁰ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15-16.

¹¹¹ Selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav b. Selv om avgjørelsen er et avvik fra avhandlingens fokus på aksjeselskap, anser jeg det slik at uttalen om vurderingen av forbigående betalingsudyktighet har generell nytteverdi uavhengig av selskapsform.

Tingrettskjennelsen fra 2007 gjaldt et ansvarlig selskap hvor betaling innen tre måneder ble godtatt som forbigående.¹¹² Bakgrunnen var sannsynligheten for at betaling ville skje til påstått tid. Sannsynligheten var basert på at et nylig inngått arbeidsoppdrag ville dekke alle selskapets fordringer innen tre måneder. Dette viser at Justiskomiteens mindretalls aksepterte periode har blitt lagt til grunn. Kjennelsen gir imidlertid ingen informasjon om resultatet bygger på et langt utgangspunkt for forbigående betalingsudyktighet eller en forlenget periode grunnet den gode sikkerheten. Mye taler for at sistnevnte var av avgjørende betydning for retten.

6.1.3 Momenter i vurderingen av forbigående betalingsudyktighet

I tråd med drøftelsene over, opererer rettpraksis med et utgangspunkt for perioden av forbigående betalingsudyktighet. Selv om utgangspunktet ikke er klart, fremstår det som en samlet oppfatning at perioden i hver enkelt sak skal avgjøres etter en helhetsvurdering.¹¹³ I en slik helhetsvurdering er tidsperioden for forventet lengde av illikviditet kun et moment. Hvilke andre momenter som inngår i en slik helhetsvurdering vil bli drøftet i det følgende.

6.1.3.1 Konkret vurdering

Det fremgikk av LE-1995-939 at hvorvidt det foreligger en forbigående betalingsudyktighet, beror på en "konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor lengden på perioden vil øke eller minke i takt med sannsynligheten for at debitor igjen blir likvid".¹¹⁴

Det ble ytterligere uttalt i THAFE-2007-3796-2 at det må:

¹¹² THAFE-2007-3796-2.

¹¹³ Andenæs, M. H. (2009) s. 64.

¹¹⁴ LE-1995-939.

"under en hver omstendighet foretas en konkret vurdering hvor det foruten lengden på betalingsudyktigheten isolert sett legges vekt på hvor sikkert det er at betalingsudyktigheten er forbigående samt i hvilken grad det kan virke urimelig overfor kreditorene å nekte åpning av konkurs".¹¹⁵

Avgjørelsene tilsier at enhver vurdering av forbigående betalingsudyktighet skal avgjøres konkret og med hensyn til sikkerheten for fremtidig betaling.

6.1.3.2 Sannsynligheten for full dekning av alle fordringer

Som nevnt i sitatene i pkt. 6.1.3.1 er sannsynligheten for at selskapet innen rimelig tid betaler alle sine fordringer, et moment som kan påvirke lengden av forbigående betalingsudyktighet. Sannsynligheten for betaling kan påvirke perioden både positivt og negativt.

Vurderingen av sannsynligheten er ikke nødvendigvis enkel. Verken rettspraksis, forarbeidene eller juridisk teori går nærmere inn på graden av sannsynlighet som kreves for å påvirke periodens utgangspunkt. Forutsetningsvis må graden av sannsynlighet forstås slik at jo sikrere betalingen er, desto større grunn er det for å øke perioden for hva som anses som forbigående betalingsudyktighet. Dette må som sagt vurderes konkret og det vil ikke være realistisk å tro at retten oppstiller klare rammer for hva som kan påvirke lengden av forbigående.

Sannsynligheten for betaling vil påvirkes av hvorvidt fremtidig betaling er tilstrekkelig dokumentert. Bedre bevis for fremtidig betalingsmuligheter øker sannsynligheten for at betaling faktisk vil bli gjennomført. I LG-2003-14959 la retten vekt på at debitor ikke klarer å sannsynliggjøre tilstrekkelig konkrete planer for økonomisk utnyttelse av en patent. Jo mer konkret planene er, desto høyere blir sannsynligheten for at betaling kan skje etter planen. Videre hadde debitor heller ikke tilstrekkelig godtgjort at selskapet "innen rimelig tid

¹¹⁵ THAFE-2007-3796-2. Se tidligere omtale nevnt i pkt.6.1.2.2.

vil kunne oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller". Konklusjonen ble derfor at selskapets betalingsproblemer ikke var forbigående.

Selv om lagmannsretten i LG-2003-14959 viste til manglende sannsynlighet for senere bedring i betalingsdyktigheten, fremkom det ikke av kjennelsen hvordan sannsynligheten vurderes.

På bakgrunn av at utsettelse av konkursåpning innebærer en risiko for kreditorene, vil en økt sannsynlighet for betaling være et argument for å øke perioden for forbigående betalingsudyktighet. Forutsatt at sjansen er stor for at situasjonen bedrer seg, vil risikoen synke og kreditorene vil kanskje ønske å ta risikoen fremfor å begjære selskapet konkurs. I det lange løp ønsker kanskje kreditorene at driften skal bestå. Dette vil særlig være aktuelt ved varige forretningsforhold hvor også kreditor ser interesse i selskapets fortsatte drift. Sannsynlighet for fremtidig betalingsmuligheter må "vurderes på grunnlag av opplysninger så vel om fortiden som fremtiden".¹¹⁶ Dette viser at fortiden antas å påvirke sannsynligheten for fremtidig mulighet til å betale.

Et forhold som kan minke sannsynligheten for betaling, er at debitor selv avventer betaling.¹¹⁷ I et slikt tilfelle vil risikoen for fortsatt manglende betaling ikke bero på forhold debitor selv har kontroll over. Et ekstra betalingsledd minker sannsynligheten for betaling på forespeilet tidspunkt. Momenter som øker usikkerheten er innsigelser mot fakturaer, kunders betalingsevne og -vilje, om arbeid blir utført i tide og om fakturerer kan faktureres som planlagt.

¹¹⁶ Huser, K. (1988) s. 109.

¹¹⁷ TOBYF-2009-35874.

6.1.3.3 Økonomiske forhold

Selskapets økonomi forut for betalingsudyktigheten, og betalingsudyktighetens lengde, vil være sentrale momenter som påvirker vurderingen om forholdet er forbigående.¹¹⁸ Forfalte og ubetalte regninger tyder på at selskapet har vært betalingsudyktig også på et tidligere stadium. Dette er ikke alene avgjørende, men avhengig av betalingsudyktighetens lengde kan økonomien vise om perioden med forbigående betalingsudyktighet allerede er forbi eller nettopp har begynt. I denne vurderingen kan også kravenes størrelse få betydning.

I mange saker hvor betalingsudyktighet allerede har vært aktuelt over en lengre periode, konkluderer retten med at selskapet har hatt mulighet og plikt til å betale i lengre tid. Selskapets betalingsudyktighet vil da ikke anse å være forbigående. Særlig aktuelt er dette i de tilfellene hvor tidsrommet klart overstiger hva som kan regnes som forbigående.¹¹⁹ I LA-2013-57181 ble det konstatert at selskapet som drev med havrafting hadde betalingsproblemer som hadde vart i over et år. Da disse innbefattet to sommersesonger konkluderte retten med at betalingsudyktigheten var vedvarende og ikke forbigående. Kjennelsen viser at økonomiske problemer over en lengre periode taler mot at selskapet er forbigående betalingsudyktig da det er liten sannsynlighet for at selskapet uten drastiske tiltak klarer å snu utviklingen.

6.1.3.4 Begjæring om utsettelse

Utsettelse av behandling av konkursåpningsbegjæringen påvirker vurderingsgrunnlaget. I TOBYF-2009-35874 ble det lagt vekt på at behandling av konkursbegjæringen i flere omganger var blitt utsatt. Bakgrunn for utsettelsene var anførsler om forbigående betalingsudyktighet og snarlig forventede inntekter. Utsettelsene varte totalt to måneder før begjæring om konkurs ble behandlet. Ved behandlingen anførte debitor fortsatt at selskapet var forbigående betalingsudyktig og at betaling ville skje i løpet av tre måneder. For å avgjøre

¹¹⁸ Huser, K. (1988) s. 108-111.

¹¹⁹ LB-2003-2267, LA-2010-169196.

hvorvidt den tidligere utsettelsen var et moment i vurderingen, uttalte retten at ved "vurderingen av om betalingsudyktigheten er av forbigående karakter, skal retten først og fremst se fremover. Men det vil ved vurderingen også være relevant å se hvor lenge skyldneren har hatt betalingsproblemer".

Resultatet ble at betalingsudyktigheten ikke var av forbigående art. Årsaken var at retten ikke fant det sannsynliggjort at debitor ville klare å gjøre opp for seg innen tre måneder. Lovnader om betaling var ikke tilstrekkelig dokumentert. Det avgjørende fra kjennelsen er at vurderingen hovedsakelig er fremoverskuende, men at tidligere betalingsproblemer og utsettelse vil kunne påvirke sannsynligheten for at betalingsudyktigheten fortsatt er av forbigående art.

I en annen kjennelse hadde behandlingen blitt utsatt med to uker.¹²⁰ Retten konkluderte med at debitor ikke hadde klart å fremskaffe "konkrete holdepunkter for at selskapet snarlig ville få likvide midler." Utsettelsen hadde gitt debitor en mulighet til å løse sine betalingsproblemer. Da utsettelsen ikke resulterte i konkrete holdepunkter for snarlig betaling, var ikke betalingsudyktigheten forbigående.

I tråd med de nevnte avgjørelser ovenfor, utgjør tidligere utsettelse klart et moment av betydning for vurderingen av om betalingsudyktighet er forbigående.

6.1.3.5 Tidsforløpet mellom første og andre rettsinstans

Ved anke bruker retten ofte den utsatte tiden som vurderingsmoment for å avgjøre om betalingsudyktigheten er forbigående. I LB-1999-3230 ble tiden mellom første og andre rettsinstans benyttet som argument for at betalingsudyktigheten ikke lengre var forbigående. Førstvoterende presiserte at det her ikke kunne "være snakk om en rent forbigående betalingsudyktighet, ettersom den kjærende part hadde hatt en hel måned på seg til å avklare

¹²⁰ LB-1995-2587.

forholdet og skaffe nødvendig finansiering". Sitatet sier ingenting om akseptert lengde, men viser at en måned utsatt behandling av konkursbegjæringen, mer eller mindre automatisk medførte at forholdet ikke kunne anses som forbigående i denne saken.

Den påløpte tiden var klart et moment som talte for at debitor allerede hadde hatt mulighet til å løse sine betalingsproblemer. Uttalelsen taler også for at retten legger til grunn flertallet i Justiskomiteens fortolkning, slik at forbigående kun kan strekkes til å gjelde noen dager.¹²¹

I en annen ankesak var spørsmålet om konkurs ble åpnet på feil grunnlag fordi vilkårene for konkurs ikke var oppfylt.¹²² Dette viser at retten i tillegg til å vurdere betalingsudyktigheten på anketidspunktet og fremover, også må vurdere tidspunktet for konkursåpningen. Som tidligere nevnt vil en vurdering av akseptert periode av forbigående betalingsudyktighet avhenge av debitors økonomiske situasjon forut for både tingrettsavgjørelsen og anken. Lagmannsretten uttalte at den heller ikke kunne:

"se at rettighetene kan ha noen realiserbar verdi i så nær fremtid at de kan få betydning i relasjon til regelen i konkursloven § 61 annet punktum om forbigående betalingsudyktighet. Det bemerkes at det i dag allerede er gått vel fem måneder siden konkursåpningen".¹²³

Avgjørelsen taler for at selv om vurderingen av forbigående betalingsudyktighet skal være fremtidsrettet, er det også naturlig å se hen til tidligere betalingsudyktighet og eventuelle utsettelse.

¹²¹ Innst.O.nr.56 (1983-1984) s. 15-16.

¹²² LB-2004-19410.

¹²³ LB-2004-19410.

All påløpt tid etter betalingsudyktigheten har gitt mulighet for å bedre situasjonen. Dette gjelder spesielt påløpt tid etter behandling i første instans. Hvor lang tid som har gått i det enkelte tilfellet, og styrets tidligere og fremtidige handlinger, påvirker vurderingen av om de forfalte fordringene blir betalt innen rimelig tid.

6.1.4 Utvikling av reglene om forbigående betalingsudyktighet

Det har historisk ikke skjedd noen stor utvikling i hva som anses som forbigående. Som nevnt var flertallet i forarbeidene på 1970- og 1980-tallet av den oppfatning at forbigående betalingsudyktighet kun var ment å gjelde utsettelse på noen dager. Basert på de nevnte kjennelser, er min vurdering at utviklingen har gått et lite skritt i retningen av at også noen ukers betalingsudyktighet kan anses som forbigående. Noen avgjørelser har benyttet perioden på tre måneder i sine drøftelser, men det fremstår som at bakgrunnen for dette var for å unngå å måtte ta stilling til hvilken tidsperiode som utgjør forbigående betalingsudyktighet. Uavhengig av disse dommene, foreligger det ikke grunnlag som tilsier avvik fra utgangspunktet. Økonomiske problemer som løses innen forholdsvis kort tid vil fortsatt anses som forbigående. Det interessante er forhold hvor betaling vil skje opp mot tre måneder frem i tid. Selv om en tingrettsdom godkjente en slik periode som forbigående, gjenstår det fortsatt å se en lagmannsrett eller Høyesterett akseptere en så lang betalingsutsettelse som forbigående.

Et annet forhold av interesse, er at konkursloven § 61 ikke har blitt endret siden lovens ikrafttredelse i 1986. Lovens alder trenger imidlertid ikke å tilsi lovendring. Det avgjørende er om det har skjedd en rettsutvikling på området som foranlediger at det skjer endringer. Mange av konkurslovens bestemmelser vedrørende konkurs har blitt endret etter lovens tilblivelse. Da dette ikke er tilfellet for konkursloven § 61, er det et argument for at lovgiver anser rettsstilstander som konstant og uten behov for fornyelse.

6.2 Styrets handlingsrom ved forbigående betalingsudyktighet

Utgangspunktet er at styret skal forvalte selskapet og skape profitt for aksjeeierne. I perioder med økonomiske problemer må styret veie hensynet til eierne mot hensynet til kreditorene.¹²⁴ Jo mer den økonomiske situasjonen i selskapet forverrer seg, desto dårligere dekning får kreditorene for sine krav.

Forutsatt at selskapet er forbigående betalingsudyktig, er selskapet enda ikke blitt insolvent. Den økonomiske situasjon kan likevel være svekket og vanskelig for styret å håndtere. Aksjeloven skal påse at selskapet drives fornuftig og ikke for kreditorenes regning. Følgen av dette er at selskaper som blir forbigående betalingsudyktig blir underlagt en handleplikt.¹²⁵ Handleplikten begrenser styrets frie handlingsrom, men bidrar til at styret iverksetter tiltak som bedrer selskapets svekkede økonomi. Tiltakene vil optimalt resultere i at selskapets økonomi forbedrer seg slik at selskapet igjen blir likvid og får en positiv egenkapital.

Utenom handleplikten er styrets handlingsrom under forbigående betalingsudyktighet tilsvarende vanlig drift. Styret må handle i tråd med dets forvaltnings- og tilsynsplikt, men har fortsatt en rett til å forvalte selskapet.¹²⁶ Så lenge selskapet er solvent, består disse rettighetene uten større inngrep enn handleplikten. For det tilfellet at det viser seg at styret feilaktig er av den oppfatning at selskapet er forbigående betalingsudyktig, er selskapet allerede insolvent. Selskapet vil da allerede ha hatt en mulighet og kanskje en plikt til å begjære oppbud. Dette medfører en risiko for at oppbud blir begjært på et senere tidspunkt enn det burde. En slik utsettelse kan i verste fall være uaktsom og erstatningsbetingende. I et slikt tilfelle vil styrets handlingsrom være innskrenket til å begjære oppbud.

¹²⁴ LE-1998-556.

¹²⁵ Se pkt. 2.3.1. Det forutsettes at selskapets egenkapital eller likviditet har blitt uforsvarlig lav. Forbigående betalingsudyktighet forutsetter illikviditet, men det er kun aktuelt å påberope seg forbigående betalingsudyktighet dersom selskapet også er insuffisient og kunne blitt insolvent. Dette taler for at alle selskaper som er forbigående betalingsudyktig, er underlagt en handleplikt etter aksjeloven § 3-5, jfr. § 3-4.

¹²⁶ Som nevnt over i pkt. 2.2.1 og 2.2.2.

7 Videre drift ved insolvens

7.1 Kan videre drift ansvarsfritt gjennomføres ved insolvens?

Det forutsettes her at selskapet er insolvent, men at styret av ulike grunner ikke ønsker å slå selskapet konkurs. Det avgjørende i slike selskaper er hvor lenge videre drift kan gjennomføres uten at styret kommer i ansvar. Altså hvor lenge selskapet kan drive etter insolvens-tidspunktet, men før plikten til å begjære oppbud inntre.¹²⁷

Utgangspunktet er at oppbud skal begjæres når unnlattelse er uaktsomt, men at oppbud kan begjæres allerede ved insolvens. I juridisk teori legges det til grunn at styret ansvarsfritt kan unnlate å begjære oppbud for å drive selskapet videre.¹²⁸ Det at "skyldneren er insolvent og dermed kan sies å drive virksomheten for kreditorenes regning, er imidlertid i seg selv ikke erstatningsbetingende i forhold til kreditorfelleskapet".¹²⁹

For at et styre skal bli ansvarlig kreves et subjektivt ansvarsgrunnlag. Det er ikke " grunnlag for at ledelsen i et aksjeselskap skulle ha objektivt ansvar for tap som medkontrahenter lider [grunnet] kreditt som ytes etter at selskapet ble insuffisient eller insolvent".¹³⁰ Dommen underbygger at et styre ikke kan bli ansvarlig på objektivt grunnlag, og at så lenge styret handler aktsomt vil selv ikke insolvens medføre at styret blir erstatningsansvarlig.

I Rt. 1932 s. 857 ble et styre ikke funnet erstatningsansvarlig for en kreditors tap, da det ikke ble godtgjort at styrets handling var ansvarsbetingende.

¹²⁷ Se pkt. 5.

¹²⁸ Normann Aarum, K. (1994) s. 496.

¹²⁹ Andenæs, M. H. (1993) s. 37.

¹³⁰ Rt. 1975 s. 198.

For at styret skal bli ansvarlig på subjektivt grunnlag, er det avgjørende om styret var klar over at selskapet var insolvent, eller om det kunne bebreides for sin uvitenhet. Uaktsom uvitenhet medfører at ansvar inntreer selv om styret ikke hadde positiv kunnskap.

Rettspraksis viser at det i mange saker ikke er idømt ansvar selv om styrene hadde unnlatt å begjære oppbud etter insolvenstidspunktet.¹³¹ For at drift etter insolvenstidspunktet skal være aktsom kreves et begrunnet håp om at selskapet igjen blir solvent og overlever.¹³² Uberettiget optimisme fra styret kan medføre at handlingen blir ansett som uaktsom.

"Hva som i det enkelte tilfellet vil være uaktsomt, må bero på en helhetsvurdering, der selskapets økonomiske situasjon og utvikling og daglig leder/styremedlems plikter etter aksjeloven vil være sentrale momenter."¹³³

En uaktsom handling vil medføre erstatningsansvar for styremedlemmene dersom kreditorene lider et tap som følge av den uaktsomme handling, jfr. aksjeloven § 17-1 eller alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

Når det foreligger grunnlag for ansvarsfri videre drift ved insolvens, blir det neste spørsmålet hvor lenge styret kan unnlate å begjære oppbud.

7.2 Hvor lenge kan styret ansvarsfritt unnlate å begjære oppbud?

7.2.1 Begrunnet håp om videre drift

Fra det tidspunkt selskapet ikke lengre har noe begrunnet håp om videre drift, er det heller ikke lengre mulig å redde selskapet fra konkurs. Videre drift etter dette vil være uaktsomt, og styret plikter da å levere inn oppbudsbegjæring.

¹³¹ Rt 1991 s. 119, LE-2004-987, LB-2008-704.

¹³² Rt. 1975 s. 198, LB-2004-36271, LG-2006-116552, RG-2007-1625, THAUG-2008-89887.

¹³³ LB-2012-204471.

Det følger av rettspraksis at styret i et aksjeselskap må "kunne fortsette driften dersom det er et begrunnet håp om å redde selskapet, også om selskapets økonomi er særdeles svak".¹³⁴ Dette taler for at begrunnet håp om å redde selskapet fra konkurs kan være tilstrekkelig grunnlag for videre drift uten at styret blir ansvarlig.

Spørsmålet om styret hadde et begrunnet håp om at et annet selskap skulle stille sikkerhet overfor banken var aktuelt i Rt. 1975 s. 198. Retten la til grunn at styret en måned før avtaleinngåelsen hadde fått beskjed om at ytterligere sikkerhetsstillelse ikke var aktuelt. Styret mente imidlertid at dette standpunktet ville bli revurdert. Da det ikke ble godtgjort at slik revurdering ville finne sted, la retten til grunn at det ikke forelå noe begrunnet håp om at sikkerhetsstillelse ville bli gitt. Styrets håp var ubegrunnet og dermed uaktsomt.

I LB-2008-704 var selskapet Stenberg AS nær ved å gå konkurs grunnet feilslåtte avtaler. Stenberg hadde på dette tidspunkt overlatt den daglige driften av selskapet til sønnen, mens han selv fortsatte som styreleder. Da selskapet begynte å gå med stadig større underskudd overtok Stenberg den daglige ledelse, og innledet forhandlinger med aktuelle og realistiske interessenter. Det henvises i dommen til Normann Aarums uttalelser om at styrer bør "gis rimelig tid etter at insolvensen er inntrådt, til å forsøke å redde selskapet".¹³⁵ Videre trekker retten frem hva Normann Aarum mener følger av "rimelig tid":

"Det er umulig å angi en ekstakt frist for hvor lang tid styret bør få å områ seg på. Tidsrommet må avhenge av omstendighetene i det konkrete tilfellet. Rettsstridsvurderingen må foretas ut fra forholdene slik de fremsto på det aktuelle tidspunkt. Det bør gis rom for en viss optimisme, men denne må ha grunnlag i konkrete forhold. En generell optimisme hos styret er ikke tilstrekkelig. Foreligger særlige holdepunkter, bør en utsettelse på noen måneder etter at selskapet er blitt insol-

¹³⁴ THAUG-2008-89887, jfr. Rt. 1975 s. 198, LB-2004-36271, LG-2006-116552, RG-2007-1625.

¹³⁵ LB-2008-704, jfr. Normann Aarum, K. (1994) s. 499.

vent, ikke være for mye. Dette kan være nødvendig dersom styret skal gis en reell mulighet til å snu den uheldige utviklingen."¹³⁶

Sitatet trekker frem mange momenter som utgjør kjernen i vurderingen av akseptert periode av videre drift ved insolvens. Utgangspunkt for lengden anses å utgjøre noen måneder. Videre bemerkes det at en unnløstelse kun kan gjennomføres ansvarsfritt i de tilfellene hvor det er særlige holdepunkter som tilsier utsettelse. Hva som utgjør særlige holdepunkter fremkommer ikke klart, men det kan argumenteres for at konkrete forhold som gir grunnlag for optimisme med hensyn til å snu den uheldige økonomiske utviklingen utgjør et slikt særlig holdepunkt. Dette vil i så fall være tilsvarende et begrunnet håp om videre drift. Avgjørelsen trekker i retning av en slik forståelse.

Retten konkluderte i LB-2008-704 med at Stenberg ikke hadde opptrådt erstatningsbetingende ved ikke å levere oppbudsbejæringen tidligere. Begrunnelsen var at utsettelsen på ni og halv måned fra insolvenstidspunktet til oppbud ble levert, ikke kan "betegnes som uforvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning". Bakgrunnen for dette var at årsaken til den lange utsettelsen var grunnet realistiske forhandlinger med seriøse interessenter for oppkjøp og samarbeid. Stenberg hadde ikke opptrådt uaktsomt, og erstatningsansvar ble ikke idømt. Dommen underbygger at realistiske muligheter for å redde selskapet basert på et begrunnet håp om videre drift, selv ved lange utsettelser, kan gi grunnlag for ansvarsfrihet.

Et insolvent selskap som prøver å snu en negativ utvikling, trenger litt tid for å gjennomføre sine planer. Salg av eiendeler eller forhandlinger med investorer og aksjonærer kan ta tid. Det bør på den andre siden foreligge sterke holdepunkter som tilsier en slik videre drift. Drift etter at selskapet har blitt insolvent innebærer drift for kreditorenes regning dersom egenkapitalen er negativ. For det tilfellet at løpende driftsresultater også er negative, medfører den videre drift en stadig økning av kreditorenes tap. Den videre drift skjer da på kreditorenes regning. Kreditorene trenger ikke å ha kunnskap om selskapets økonomiske prob-

¹³⁶ Normann Aarum, K. (1994) s. 500.

lemer og insolvens, og en forskyvning av styrets oppbudspflicht svekker deres vern. Oppbudspikten foreligger for å ivareta kreditorenes interesser.

I Devold Tekstil AS ble styreleder saksøkt for erstatning for selskapets driftstap i en periode på tre måneder forut for konkursåpning.¹³⁷ I løpet av denne perioden ble selskapets virksomhet flyttet ut av Norge. Retten kom til at styrets vurdering av muligheten for å sikre videre drift ved å flytte virksomheten, var basert på realistiske planer da det skjedde i sammenheng med tilførsel av ny likviditet.

Dommen taler for at det viktigste i vurderingen av om styret legitimt kan unnlate å levere begjæring om oppbud etter insolvenstidspunktet, er om styret har foretatt en realistisk vurdering som gir begrunnet håp om videre drift. Har styret vært aktiv i en vanskelig økonomisk situasjon, taler det for at videre drift er basert på en realistisk og aktsom vurdering. Fravær av en slik realistisk vurdering vil raskt kunne være uaktsomt.

I LE-2004-16121 var spørsmålet om utsettelsen av å begjære oppbud var basert på en aktsom vurdering.¹³⁸ Styret antok feilaktig at selskapet ville få et positivt resultat som kunne snu den negative utviklingen. Videre var styreleder kjent med manglende skatteinnbetalinger i nesten ti måneder før konkursåpning. Dette medførte at videre drift ved insolvens var brudd på oppbudspikten. Lagmannsretten la til grunn at den forventede utviklingen ikke var realistisk da styret "burde innsett at fordringshaverne ikke kunne tilfredsstilles innen « rimelig tid » med vanlig drift". Selskapets var kapitalsvak, og gjeldsbyrden hadde i lengre tid vært betydelig. Det medførte at retten konkluderte med at perioden rimelig tid ikke kunne være særlig lang tid. I dette tilfellet var utsettelsen omtrent tre måneder, og må

¹³⁷ LF-2004-987. Dommen gjelder et konkursbo som saksøkte styreleder. Vurderingen av om styreleder har handlet aktsomt forblir den samme uavhengig av om det er en kreditor eller konkursboet som krever erstatningen. Forskjellen er hvem som har søksmålskompetanse, jfr. pkt. 3.4.

¹³⁸ Det overordnede spørsmålet i saken var imidlertid om styreleder kunne idømmes konkursskarantene.

her forstås som mer enn ikke særlig lang tid. Selskapets tidligere økonomiske situasjon medførte dermed at akseptert lengde av videre drift ble innskrenket.

Skyldes insolvens et enkeltstående tilfelle vil det tale for at selskapet bør få lengre tid til å stabilisere virksomheten enn om selskapet over lengre tid har vært betalingsudyktig. Hensynet bak denne vurderingen er at det vil være større grunn til at et selskap med positiv drift vil lykkes med en snuoperasjon enn et selskap med negative driftsresultater. Ved lengre tids betalingsudyktighet er driftsresultatene trolig negative. Dersom det skal være realistisk at det foreligger et begrunnet håp om videre drift, må styret gjøre noe mer enn bare å fortsette driften. Driften har allerede vist seg å ikke bedre situasjonen.

Oppsummert er det klart at videre drift ved insolvens ansvarsfritt kan finne sted dersom handlingen er aktsom.¹³⁹ Hva som er aktsomt beror på om det er begrunnet håp om videre drift. Styret kan dermed unnlate å begjære oppbud så lenge det er begrunnet håp om videre drift. Det oppstilles imidlertid ingen fast lengde for hvor lenge styret kan unnlate å begjære oppbud. Bakgrunnen for dette er at ansvarsfri utsettelse av konkurs er nært knyttet til hvilke handlinger styret foretar seg i den aktuelle perioden.

7.2.2 Videre drift uten et begrunnet håp?

Dette punktet forutsetter at det begrunnede håp om videre drift allerede har bortfalt da konkurs er uunngåelig. Utgangspunktet er da at styret blir underlagt en plikt til å begjære oppbud.¹⁴⁰ Videre drift for en periode vil imidlertid gagne kreditorene, og det forutsettes at selskapets dekningsgrad overfor kreditorene øker. Kreditorene vil av den grunn ikke lide noe tap. Et slikt tilfelle er aktuelt dersom selskapet driver med positive driftsresultater eller at styret på annen måte klarer å bedre den negative egenkapitalen.

¹³⁹ Se nevnte dommer og teori i pkt. 7.1 og 7.2.1.

¹⁴⁰ Se pkt. 5.

Spørsmålet blir altså om det finnes et unntak fra hovedregelen. Kan videre drift ved insolvens ansvarsfritt gjennomføres selv om det ikke lengre foreligger et begrunnet håp om videre drift?

Videre drift kan skje uten begrunnet håp dersom dette er i overensstemmelse med kreditorene. Dette medfører at kreditorene informeres om selskapets økonomiske situasjon, og at et eventuelt tap i ettertid ikke kan kreve erstattet. Problemet ved å gi informasjon er imidlertid, at styret ikke har kontroll på kreditorenes handlinger.¹⁴¹ For det tilfellet at en av kreditorene ikke tjener på den videre driften i likhet med kreditorfellesskapet, kan kreditoren, av denne eller andre grunner, begjære selskapet konkurs. Selskapet er insolvent, og tingretten vil da være pålagt å åpne konkurs, jfr. konkursloven § 60. En snarlig konkursbegjæring vil medføre at styret mister muligheten til å "rydde opp" før konkursåpningen.

For det tilfellet at styret velger å ikke informere sine kreditorer om den økonomiske situasjonen blir vurderingen annerledes. Utgangspunktet ved begrunnet håp om videre drift er at videre drift ved insolvens kan gjennomføres ansvarsfritt dersom styret opptrer aktsom.¹⁴² Hvorvidt aktsomme handlinger etter bortfall av begrunnet håp om videre drift gir grunnlag for ansvarsfrihet er lite behandlet. Dersom ansvarsfri videre drift skal være mulig, må handlingen i det minste være aktsom, jfr. kravet til aktsomhet ved begrunnet håp.

Forbedring av kreditorenes dekningsgrad vil kunne være et argument for at handlingen er aktsom. Reelle hensyn taler for at handlinger som gagnar kreditorene er aktsomme, og kan gjennomføres ansvarsfritt av styret selv om konkurs er uunngåelig. Motargumentet mot en slik argumentasjon er at videre drift i et slikt tilfelle medfører en risiko for tap for kreditorene. En slik risiko vil nødvendigvis overgå den risiko kreditorene må forvente som følge av forretningsmessig forhold. Tap av omstøtelsesmuligheter vil også være et moment som teller i retning av at videre drift i et slikt tilfelle ikke ansvarsfritt kan gjennomføres.

¹⁴¹ Se også drøftelse om dette under pkt. 2.3.2.

¹⁴² Se pkt. 7.1 og 7.2.1.

To momenter som kan ha betydning for vurderingen er økningen av kreditorenes dekningsgrad og sannsynligheten for at styrets plan om å bedre kreditorenes dekningsgrad oppfylles som planlagt. For at en handling skal være aktsom er det av stor betydning at dekningsgradens økning overstiger den risiko videre drift medfører. Mindre økninger kan, selv om de er positive, være uaktsomme å gjennomføre dersom kreditorene utsettes for en stor risiko for tap.¹⁴³

Uten grunnlag i empiriske undersøkelser er det etter min mening sannsynlig å tro at styremedlemmer kan komme i en situasjon der videre drift uten begrunnet håp vil gagne selskapets kreditorer. De fleste styremedlemmer ønsker å gjøre en god jobb, men vil nødlig utføre handlinger som medfører styreansvar. Det kan dermed argumenteres for at mange styrer foretar realistiske og fornuftige vurderinger, og at det ikke er umulig at det kan oppstå tilfeller hvor det etter en konkret vurdering vil være aktsomt å forfølge muligheten til å bedre kreditorenes dekningsgrad. Det kan også spørres om det i visse tilfeller vil være uaktsomt av styret å ikke forfølge en stor mulighet til å bedre kreditorenes dekningsmulighet?

Konklusjonen blir at vurderingen av om styret i en slik situasjon blir erstatningsansvarlig ikke er avklart. Vurderingen bygger verken på lovregel, rettspraksis eller juridisk teori, men på reelle hensyn om at selskapets kreditorer kan være godt tjent med at videre drift fortsettes, selv etter at begrunnet håp om å overleve er bortfalt. På bakgrunn av manglende hjemmel vil det ikke være snakk om noen konkret lengde. For det tilfellet at en slik handling anses aktsom, vil lengden i stor grad være avhengig av styret handlinger.

¹⁴³ Viser til LG-2008-39560 hvor bedring av kreditorenes dekningsgrad ikke var stor nok til å veie opp for den risiko utsettelsen medførte.

7.3 Styrets handlingsrom ved insolvens

Vurderingen av hvilke handlinger som ansvarsfritt kan gjennomføres ved insolvens er basert på avgjørelser hvor retten i ettertid har tatt stilling til om styrets handlinger forut for konkurs var uaktsomme. Selv om videre drift ved insolvens kan gjennomføres grunnet et begrunnet håp om videre drift, vil visse handlinger fortsatt kunne være uaktsomme og utløse erstatningsansvar. Den videre fremstillingen av temaet og rettspraksis vil dermed være tett knyttet opp mot ansvarsvurderinger i avgjørelser som har behandlet erstatningsrettslig styreansvar.¹⁴⁴

Den videre fremstillingen vil bestå av en gjennomgang av de ulike handlinger som styret kan stå overfor under videre drift ved insolvens. Avslutningsvis sammenfattes de ulike handlingene i en oppsummering.

7.3.1 Fortsettelse av vanlig drift

I tråd med drøftelsene over er det klart at rettspraksis og teori gir grunnlag for videre drift ved insolvens.¹⁴⁵ Dette er et argument for at et produksjonsselskap for eksempel skal fortsette sin vanlige produksjon. Fortsettelse av driften uten gjennomføring av mer spesielle handlinger vil ofte være tilfellet dersom selskapet går inn i en økonomisk gunstig periode. For noen selskaper vil en slik fortsettelse i seg selv føre til solvens. I andre tilfeller vil vanlig drift ved insolvens alene være uaktsomt og medføre ansvar. Dette vil særlig være aktuelt dersom vanlig drift var bakgrunnen til at selskapet ble insolvent, og over lengre tid har hatt negative driftsresultater. Hvorvidt videre drift faktisk er uaktsomt må avgjøres konkret.

I LG-2008-39560 unnlot et selskap å begjære oppbud for å fortsette driften i en økonomisk gunstig periode. Selskapet hadde i den utsatte tiden inntekter som redusert kreditorenes tap. Retten vurderte om kreditorene ble utsatt for en risiko utover det aktsomme. Konklusjonen

¹⁴⁴ Aksjeloven § 17-1, aksjeloven av 1976 § 15-1 eller alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

¹⁴⁵ Se pkt. 7.1 og 7.2.

ble at bedret dekningsgrad var for liten sett i forhold til risikoen, og utsettelsen på en måned ble ansett som uaktsom. Uaktsomheten medførte erstatningsansvar. Ansvarer ble imidlertid avkortet grunnet kreditors kunnskap om selskapets økonomiske stilling og styrets handlinger.

7.3.2 Fullføring av allerede inngåtte avtaler

Mange selskaper inngår avtaler i stor skala, og selv om et selskap sliter økonomisk vil det trolig ha avtaler som er løpende eller som i det minste ble inngått forut for de økonomiske problemene. Så lenge selskapet består, er selskapet pålagt å utføre sine plikter i henhold til kontrakt.¹⁴⁶ Problemstillingen er om selskapet på det aktuelle tidspunkt kan gjennomføre de forpliktelser selskapet tidligere har pådratt seg.

Avtaler som gir stort overskudd og fremtidig likviditet er i seg selv et argument for at disse avtalene bør gjennomføres. Manglende oppfyllelse vil kunne være negativt for selskapets inntekter. Særlig gjelder dette dersom manglende oppfyllelse fra selskapets side ville medført at forholdsvis sikker oppfyllelse fra motparten bortfaller i sin helhet. Det bør også vurderes hvordan oppfyllelse vil påvirke kreditorfellesskapet i forhold til kreditorene enkeltvis.

Oppfyllelse av allerede forpliktende avtaler vil både være aktuelt i de tilfellene selskapet har et berettiget håp om å overleve, og der konkurs er eneste utvei. Sistnevnte tilfellet er aktuelt der gjennomføring vil gi en betydelig bedring av kreditorenes dividende.¹⁴⁷

I et selskap hvor manglende oppfyllelse av allerede eksisterende avtaler ville medføre betydelige tap, unnløt styret å begjære oppbud for å kunne gjennomføre avtalene i håp om at dette ville redde selskapet.¹⁴⁸ Korrekt oppfyllelse ville gi store inntjeningsmuligheter og

¹⁴⁶ Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

¹⁴⁷ LG-2008-39560.

¹⁴⁸ LE-1992-123.

medføre dekning til også uprioriterte fordringshavere. Selskapet ble under gjennomføringene av avtalene begjært konkurs. Dette medførte at forventet inntekt ikke ble aktuelt da selskapet ikke fikk fullført sin del av avtalen. Retten viste til at styret hadde foretatt en aktsom og lojal vurdering, og konkluderte med at styret hadde handlet aktsomt. Resultatet av forsøket var ikke avgjørende, så lenge det var rimelig sjanse for å lykkes.

7.3.3 Inngåelse av avtale

I solvente selskap er det normalt en del av styrets forvaltningsrett å inngå og/eller påse at selskapet inngår avtaler i tråd med selskapets forretningsvirksomhet.¹⁴⁹ Hvorvidt denne muligheten består når selskapet får økonomiske problemer vil være avhengig av den konkrete situasjon.

Selskaper som driver med produksjon vil selv i en dårlig periode være avhengig av jevn tilførsel av driftsmateriell for å kunne fortsette driften. Forsøker styret å finne en langsiktig løsning som vil redde selskapet når insolvens har inntrådt, kan avtaleinngåelser i denne perioden være nødvendig, og aktsomt.¹⁵⁰ Dette gjelder for både avtaler etter kontantprinsippet og kjøp på kreditt. Bakgrunnen for at handlingen er aktsom er at begrunnet håp om videre drift og overlevelse gir grunnlag for å drive videre ved insolvens. Dersom slik videre drift gjør det nødvendig å inngå noen avtaler for å opprettholde denne videre driften tilsier det at handlingen er aktsom.

Et viktig moment i forhold til avtaleinngåelse med nye kreditorer ved videre drift ved insolvens er at disse ikke må påføres tap eller større risiko for tap enn det som følger av nor-

¹⁴⁹ Se pkt. 2.2.

¹⁵⁰ Villars-Dahl, L (2003).

mal forretningsrisiko.¹⁵¹ Dette vil i mange tilfeller tilsi at styret er underlagt en opplysningsplikt overfor medkontrahtenten.¹⁵²

Jeg vil i det følgende se på avtaleinngåelse i lys av to ulike betalingsmetoder.

7.3.3.1 Avtale etter kontantprinsippet

Avtaleinngåelse etter kontantprinsippet taler alene for at handlingen er aktsom da selskapets gjeld ikke vil øke som følge av handlingen.¹⁵³ Handlingen utsetter heller ikke medkontrahtenten for risikoen for at betaling ikke vil skje som avtalt. Erstatningsansvar grunnet avtaleinngåelse etter kontantprinsippet vil neppe omhandle manglende betaling. Det er imidlertid trolig av interesse for kreditorfelleskapet at det fremmes et erstatningssøksmål mot styret dersom styret ved kjøp av unødige varer tapper selskapets likvider i en vanskelig økonomisk situasjon.

7.3.3.2 Avtale på kreditt

Avtaleinngåelse på kreditt øker selskapets gjeld, og økt gjeld fører til redusert dekningsgrad for allerede eksisterende kreditorer. Insolvens begrenser styrets rett til å inngå avtaler på kreditt. Bakgrunnen for begrensningen er hensyn til selskapets kreditorer. Begrensningen innebærer bl.a. en plikt for styret til å opplyse om selskapets økonomiske situasjon ved kjøp på kreditt.¹⁵⁴

"Dersom man vet at selskapet er insolvent (eller burde vite dette) og at konkurs er en ikke usannsynlig utvei, bør man ikke kjøpe på kreditt. Det skal derfor i en slik situasjon ikke så meget til før tillitsmenn som kontraherer på vegne av selskapet,

¹⁵¹ LH-1994-379.

¹⁵² Se pkt. 2.3.2.

¹⁵³ Kjøp basert på ytelse mot ytelse.

¹⁵⁴ Se pkt. 2.3.2, og Normann Aarum, K. (1994) s. 537-538.

pådrar seg personlig ansvar dersom de ikke gjør medkontrahtenten kjent med selskapets stilling."¹⁵⁵

På den annen side tar enhver kreditor en forretningsrisiko ved inngåelse av avtale på kreditt. Sammenhengen mellom forretningsrisiko og styreansvar fremstilles slik:

"Når det gjelder styremedlemmer og administrerende direktør, må det legges vekt på at det å drive virksomhet innebærer økonomiske risiki, om enn i sterkt varierende grad. At forhold i ettertid fremstår som utslag av en feilvurdering, hører til de risiki som virksomhetsutøvelse innebærer. Selskapets, dets aksjeeiere eller kreditorer kan ikke kreve erstatning for tap som er utslag av slike risiki. For at ansvarsgrunnlag skal foreligge, må tillitsmenn ha begått feil som går ut over det å ta forretningsmessige risiki [...]".¹⁵⁶

Kredittkjøp innebærer risiko. Jo større risiko kreditor tar, desto mer alvorlig må uaktsomheten være før det kan sies å være uaktsomhet som overstiger den risiko kreditor ved avtaleinngåelse påførte seg selv.¹⁵⁷ Inngår et styre en kredittavtale på vegne av et insolvent selskap anses dette trolig som illojalitet i avtaleforholdet.¹⁵⁸ Det taler for at inngåelsen var uaktsom.

I Rt. 1975 s. 198 inngikk et selskap som drev med elektriske installasjoner en avtale om levering av varer mot kreditt. Spørsmålet var om styret visste eller burde ha visst at selskapet ikke ville være i stand til å dekke fordringen ved forfall. Retten fastslo at selskapet hadde vært insolvent, og at det ikke forelå noe begrunnet håp om videre drift. Styret "burde således ha forstått at selskapet ikke ville kunne betale kjøpesummen for varepartiet ved

¹⁵⁵ Ro, K. (1994) s. 240.

¹⁵⁶ Marthinussen, H. F. (1986) s. 532.

¹⁵⁷ LE-1988-339, jfr. Lødrup, P. (1987) s. 124.

¹⁵⁸ Alminnelig kontraktsrettslige prinsipper.

forfall". Da styret ikke hadde informert medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon, var det uaktsomt av styret å gjennomføre kjøpet på kreditt. Uaktsomheten medførte erstatningsansvar.

I LB-1994-2122 var spørsmålet om det forelå en begrunnet forventning om at selskapet kunne betale alle fordringer ved økonomiske problemer gjennom realisasjon av skjulte reserver og fremtidige aksjonærlån. Styret var av den oppfatning at selskapet kunne betale for seg. Da det ble klart at selskapet ikke var i stand til å betale sine fordringer, konkluderte retten med at antagelsen var uaktsom. Det neste spørsmålet var om styret hadde begrunnet forventning til at denne reserven ville dekke alle kreditorenes krav ved avvikling. Retten fant at reserven var tilstrekkelig, og at styrets forventninger var begrunnede og realistiske. Avtalen ble ikke funnet å være uaktsom, og styret ble ikke erstatningsansvarlige for det tap kreditoren hadde lidt som følge av inngåelse av avtale på kreditt.

Dommene gir uttrykk for at så lenge det er begrunnet håp om at alle kreditorer får full dekning, vil det ikke være uaktsomt å inngå avtale på kreditt. Et begrunnet håp om videre drift innebærer også at det ikke var uaktsomt å ikke opplyse om selskapets økonomiske situasjon.¹⁵⁹

Kort oppsummert er kredittkjøp uaktsomt dersom det foreligger visshet om at selskapet ikke vil klare å betale ved forfall. Konklusjonen er at avtaleinngåelse på kreditt ved insolvens ligger innenfor styrets handlingsrom så lenge styret har et begrunnet håp om videre drift.

7.3.4 Betaling av selskapets forpliktelser

Inngåtte avtaler innebærer en forpliktelse til å betale. Insolvens medfører imidlertid betalingsproblemer, og i verste fall betalingsstans. Det er av stor betydning hvordan manglende

¹⁵⁹ Se pkt. 2.3.2.

likviditet håndteres. Kreditorerne vil ved konkurs ikke få full dekning, og det blir dermed viktig for styret å påse at ingen kreditorer forfordes slik at det oppstår avvik fra likebehandlingsprinsippet.¹⁶⁰

7.3.4.1 Eldre gjeld

Utgangspunktet er at betaling av eldre gjeld ikke skal gjennomføres ved insolvens. Hvis alle kreditorer ikke får full dekning, vil betaling av eldre gjeld medføre en forfordeling av kreditorerne.¹⁶¹

I LB-2010-75338 ble ikke styret ansvarlig for betaling av gammel gjeld. Styret betalte her gammel skattegjeld fremfor å sette penger inn på skattetrekkkontoen. Kemneren var kreditor for begge fordringene. Retten presiserte at valget verken var noen unndragelse av penger fra kemneren, eller at kemneren led noe tap. Handlingen ble ikke ansett å være uaktsom, og de saksøkte styremedlemmene ble frikjent.

Avgjørelsens begrunnelse taler for at handlingen ville vært uaktsom dersom betaling av den eldre gjelden hadde vært en unndragelse fra kemneren. Dette viser at selskapet i denne saken kun opptrådte aktsomt grunnet sakens konkrete forhold.

Ansvar ved betaling av eldre gjeld kan sammenlignes med omstøtelsesadgangen av ekstraordinære betalinger.¹⁶² Omstøtelsesadgangen viser at lovgiver har funnet det ønskelig å forhindre slik forfordeling av kreditorerne forut for konkursåpning. Dette taler for at styret vil komme i ansvar om de gjennomfører tilsvarende handlinger. For ytterligere redegjørelse av omstøtelse se pkt. 3.5.

¹⁶⁰ Se pkt. 2.4.1 og pkt. 2.4.2.

¹⁶¹ Røstad, J. (2011), Villars-Dahl, L. (2003). Se også pkt. 2.4.2.

¹⁶² Dekningsloven § 5-5.

Oppsummert er hovedregelen at betaling av eldre gjeld ved insolvens er uaktsomt og utenfor styrets handlingsrom.

7.3.4.2 Løpende utgifter

Betaling av løpende utgifter stiller seg i et annet lys enn betaling av eldre gjeld. Betaling av løpende utgifter vil anses som en nødvendig kostnad av stor betydning for videre drift dersom styret ønsker å holde liv i selskapet. Betales ikke husleie, strøm eller produksjonsmateriell vil det trolig få den konsekvens at videre drift ikke kan gjennomføres. Videre drift av selskapet kan i beste fall gå så godt at selskapet igjen får en solvent økonomi. Avbrudd i driften vil i en slik situasjon trolig være negativt.

Betaling av nødvendige, løpende utgifter for videre drift kan sammenlignes med en ordinær betaling etter dekningsloven § 5-5. Bestemmelsen innebærer at omstøtelse ikke kan gjennomføres dersom betaling er å anse som ordinær. Dette taler for at betaling av slike ordinære handlinger er aktsomme. Betaling av nødvendige utgifter til løpende drift vil dermed være innenfor styrets handlingsrom.

7.3.4.3 Betaling før forfall

Betaling før forfall er for det første omfattet av omstøtelsesreglene som omstøtelig.¹⁶³ Dette taler for at lovgiver har funnet det uaktsomt av styret å gjennomføre en slik handling. For det andre vil slik betaling være en forfordeling av kreditorene.¹⁶⁴ Oppsummert er betaling før forfall uaktsomt, og styret vil bli erstatningsansvarlig da handlingen lå utenfor styrets handlingsrom.

¹⁶³ Dekningsloven § 5-5.

¹⁶⁴ Se pkt. 2.4.2.

7.3.5 Stille sikkerhet for eldre gjeld

Å yte sikkerhet for eldre gjeld til en eller enkelte kreditorer ved insolvens innebærer en form for forfordelig, og kan sammenlignes med betaling av eldre gjeld til noen få kreditorer. Kravene som i utgangspunktet var usikret medfører at kreditoren vil få forbedret kreditorposisjon ved en senere sikkerhetsstillelse. Kreditoren får da dekning før kreditorer uten sikkerhet ved dividende utbetaling.

En hver form for forfordeling ved insolvens er uheldig, og ønskes motvirket og forhindret av lovgiver, jfr. dekningsloven § 5-7. Dette taler for at styret under insolvens ikke har ansvarsfri adgang til å gi enkelte kreditorer sikkerhet for allerede eksisterende krav.

7.3.6 Yte lån

Selskaper kan i visse tilfeller yte kreditt.¹⁶⁵ I det tilfellet at selskapet selv har lite eller ingen likvider vil det være svært uheldig om selskapet benytter sine reserver til å yte andre lån. Dette vil være særlig viktig dersom selskapet selv har problemer med å betjene løpende utgifter. Et lån vil i et slikt tilfelle gis på kreditorenes risiko. Drift på kreditorenes regning vil ofte medføre uaktsomhet. Dette taler for at handlingen er uaktsom og utenfor styrets handlingsrom.

7.3.7 Salg under insolvens

7.3.7.1 Salg av selskapets produkter

Salg av selskapets produkter er en naturlig del av videre drift. Dersom videre drift ved insolvens i seg selv er aktsomt, er det et argument for at salg av selskapets produkter vil kunne fortsette som tidligere. Et viktig moment er imidlertid at salg må skje til markedspris, eventuell en annen forsvarlig pris forholdene tatt i betraktning. Salg under forsvarlig prisnivå vil trolig være å anse som uaktsomt. Et argument er at selskapet kanskje vil få bedre

¹⁶⁵ Aksjeloven kap. 8.

dekningsgrad dersom produktene ved salg i konkurs følger med som driftstilbehør, enn ved å selge varene meget billig under insolvens. Vurderingen vil bero på det konkrete tilfellet.

7.3.7.2 Salg av selskapets eiendeler

Så fremt salgene foregår på normalt vis, og til markedspris vil salg trolig være et egnet tiltak for å bedre selskapets likviditet. Unntaket er dersom selskapets videre drift er avhengig av gjenstandene som skal selges. Ved et slikt salg vil gjennomføring stenge for fortsatt drift, og det må avveies hvilket alternativ som vil gi det beste resultatet for et selskap i en økonomisk vanskelig situasjon. Det at salg kanskje vil være et fornuftig tiltak etter styrets handleplikt ved svekket økonomi, taler for at aktsomme og fornuftige salg er innenfor styrets handlingsrom. Salg vil i så fall ikke medføre erstatningsansvar.

7.3.7.3 Salg av rettigheter som mister verdi ved konkurs

Lisenser og andre rettigheter, ofte gitt av det offentlige, kan i noen tilfeller inneholde klausuler om at de inndras eller kan inndras ved konkurs. Ulike lisenser og rettigheter kan ha høy verdi, og bortfall av rettigheten uten likviditetsøkning, kan medføre et stort tap for selskapet og dets kreditorer. Å omsette rettigheter forut for konkursåpning kan derfor ha stor betydning for den dekningsgrad kreditorene vil få ved den senere konkurs. Å påse at selskapet ikke går glipp av betydelige verdier, tilsier at det er god grunn for at videre drift for en periode etter insolvenstidspunktet ikke vil være uaktsomt. Videre drift vil gagne kreditorfellesskapet da salg av rettigheter vil gi ekstra inntekter til selskapet. Viser i den forbindelse til en avgjørelse der styret ble holdt erstatningsansvarlig da fortsatt drift genererte for lite penger i forhold til årlig omsetning.¹⁶⁶ Overført på salg av rettigheter tilsier dette at utsettelse av å begjære oppbud for å selge en rettighet krever at salget gir mer enn bare en liten økning i selskapets dekningsgrad overfor kreditorene. Hvorvidt videre drift på slikt

¹⁶⁶ LG-2008-39560.

grunnlag faktisk er aktsomt, må avgjøres ut fra den samlede risiko kreditorene utsettes for i perioden.

Salg av lisenser eller rettigheter vil imidlertid kun være av interesse for selskapet dersom konkurs er uunngåelig. Foreligger det et begrunnet håp om videre drift vil lisensen eller rettigheten trolig være nødvendig for fremtidig inntektsgrunnlag. Salg vil i et slikt tilfellet ikke være aktsomt.

7.3.8 Anlegge søksmål

Søksmål kan være en kostbar og lang prosess med et usikkert utfall. En avgjørelse om å gå til sak i en periode hvor selskapet er insolvent vil være av stor betydning for selskapet og dets kreditorer. Dette tilsier at vurderingen av om selskapet skal gå til sak må gjøres i overensstemmelse og etter ønske fra kreditorfellesskapet.

Det er flere momenter som kan tale for at selskapet bør gå til søksmål. Jo større mulighet for medhold, desto større grunn til å gjennomføre søksmålet. Medhold i saken representerer en mulig økning av kreditorenes dekningsgrad. Veier mulig gevinst tyngre enn prosessrisikoen, kan det nok i noen tilfeller være aktsomt av styret å ta ut søksmål på vegne av selskapet.

For det tilfellet at et selskap ikke er i stand til å dekke motpartens saksomkostninger, kan styret bli ansvarlig. "Det er et vilkår for slikt ansvar at selskapets standpunkt i saken må anses som urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og at den som handler på vegne av selskapet, er eller bør være klar over dette."¹⁶⁷

Det er av denne grunn viktig at styremedlemmene foretar en nøye vurdering før søksmål tas ut. For det tilfellet at søksmålet anses å være uaktsomt, og selskapet taper i retten, står

¹⁶⁷ Rt. 1999 s. 589, jfr. Schei, T. (1998) s. 547.

styremedlemmene altså i fare for å måtte erstatte både selskapets og motpartens saksomkostninger. Det vil særlig være aktuelt dersom selskapet går konkurs og motparten ikke får full dekning for sine saksomkostninger hos selskapet eller dets bo.¹⁶⁸

7.4 Oppsummering

I tråd med rettspraksis og teori er det klart at styret, dersom det foreligger begrunnet håp om videre drift, ansvarsfritt kan fortsette driften av et selskap etter insolvens. Forutsetningen er som utgangspunkt at videre drift gjennomføres med et begrunnet håp om at selskapet skal overleve. Selv om Normann Aarum uttalte at "noen måneder" ikke kunne være for mye, vil en hver vurdering bero på konkrete forhold i det enkelte selskap.¹⁶⁹ De ulike momentene som rettspraksis har anvendt i sine avgjørelser, kan brukes som argumenter for at alle situasjoner er ulike, og at en vurdering av hva som er aktsomt i stor grad vil bero på disse individuelle faktorene. Det taler for at en fast akseptert lengde for videre drift ikke har grunnlag i det virkelige liv.

De ulike momentene som er fremstilt og drøftet utgjør forhold som i større eller mindre grad vil påvirke den aksepterte lengde i hvert tilfelle. Disse momentene har ikke bare påvirket lengden av videre drift, men også styrets handlingsrom ved insolvens. Både den inntrådte handleplikten og risiko for at styret blir pliktig til å begjære oppbud, innebærer begrensninger i hva styret ansvarsfritt kan gjennomføre sett i forhold til et solvent og godt drevet selskap. De omtalte momentene kan dermed føre til at de handlinger styret ønsker å gjennomføre medfører uaktsomhet og erstatningsansvar.

¹⁶⁸ LG-2007-97317.

¹⁶⁹ Normann Aarum, K. (1994) s. 500.

8 Oppsummering og sammenligning

Et interessant spørsmål er om tidligere forbigående betalingsudyktighet stenger for at styret ansvarsfritt kan unnlate å begjære oppbud ved insolvens. Det forutsettes at grunnlaget for at betalingsudyktigheten var forbigående, ikke ble oppfylt som forventet. Selskapet er dermed insolvent. Intuitivt kan bortfall av tidligere forbigående betalingsudyktighet som fører til insolvens, tilsi at begrunnet håp om videre drift også er bortfalt. Manglende sannsynlighet for betaling i forhold til den forbigående betalingsudyktighet taler for at sannsynligheten for at selskapet overlever heller ikke er veldig stor. Dette taler for at et selskap som først har vært forbigående betalingsudyktig, ikke aktsomt kan forsette driften etter insolvenstidspunktet.

På den annen side er det viktig å presisere at de to ulike tidsperiodene bygger på ulike hensyn. For kreditorene vil det være av stor betydning om selskapet er blitt insolvent, og om de har mulighet til å begjære selskapet konkurs.¹⁷⁰ Hensynet til kreditorene og deres dekningsmulighet taler for at fristen for forbigående betalingsudyktighet bør være betraktelig kortere enn akseptert lengde av videre drift ved insolvens. Altså at lengden av akseptert forbigående betalingsudyktighet bør være forholdsvis kort.¹⁷¹

Da periodene forbigående betalingsudyktighet og videre drift ved insolvens ikke oppstiller en like lang akseptert lengde medfører dette et behov for en ny vurdering når selskapet blir insolvent. Mens forbigående betalingsudyktighet kan sies å utgjøre noen dager eller uker, vil videre drift ved insolvens som et utgangspunkt utgjøre noen måneder. Perioden forbigående betalingsudyktighet bygger i større grad enn videre drift ved insolvens på en vurdering av om betaling kan skje innen rimelig tid. Hvilke handlinger som gjennomføres i perioden er imidlertid av mindre betydning, så lenge sannsynligheten for betaling er stor nok til å si at forholdet er forbigående. For videre drift ved insolvens skjer motsatt vurdering.

¹⁷⁰ Konkursloven § 60.

¹⁷¹ Dette er i tråd med lovgivers oppstilte lengde, jfr pkt. 6.1.1.

Grunnlaget for unnløtelse av å begjære oppbud for å drive videre er basert på om styret handler aktsomt. Dette vil i mye større grad bero på selve handlingene enn det aktuelle tidsforløp. Vurderingene beror således på ulike hensyn knyttet til hva som er målet med den videre drift.

Vurderingenes ulikheter kan ses som et argument i retning av at et selskap som forut for insolvens var forbigående betalingsudyktig, skal vurderes på nytt i forhold til om drive videre ved insolvens er aktsomt. Det er klart at vurderingene av de to periodene ikke er identiske, men det er som nevnt mange fellestrekk.

9 Litteraturliste

9.1 Juridisk teori

Andenæs, Mads Henry *Konkurs*. 3.utg. Oslo, 2009.

Andenæs, Mads Henry *Selskapsrett*. Oslo, 2007.

Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper & allmennaksjeselskaper*. 2.utg. Oslo, 2006.

Andenæs, Mads Henry *Konkurs*. 1.utg. Oslo, 1993.

Brækhus, Sjur *Omsetning og kreditt I*. 3.utg. Oslo, 1991.

Bråthen, Tore *Selskapsrett*. 4.utg. Oslo, 2013.

Børresen, Pål B. *Konkurs*. 6.utg. Oslo, 2007.

Gisle, Jon, m.fl. *Jusleksikon*. 4.utg. Oslo, 2010.

Huser, Kristian *Gjeldsforfølgingsrett*. Bergen, 1995.

Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 2: *Konkurs*. Bergen, 1988.

Kunnskapsforlaget, *Norsk synonymer blå ordbok*. 2.utg. Oslo, 1994.

Levorsen, Svein O. *Styrearbeid i praksis*. 6.utg. Oslo, 2009.

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 2. utg. Oslo, (1987).

Marthinussen, Hans Fredrik og Magnus Aarbakke, *Aksjeloven*. Oslo, 1986.

Moe, Ernst *Konkursrett*. 2.utg. Oslo, 1999.

Nazarian, Henriette *Konkursrett*. Oslo, 2012.

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

Schei, Tore *Tvistemålsloven Bind I: §§ 1-182*. 2. utg. Oslo, 1998.

Sæbø, Rune *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold*. I: Nybrott og odling. Gudrun Holgersen m.fl. (red.). Bergen, 2002.

Wiker, Håvard og Knut Ro *Konkursloven Kommentartutgave*. Oslo, 2003.

Aarbakke, Magnus... [et al.]. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*. 3.utg. Oslo, 2012.

9.2 Artikler

Mitsem, Pål *Styrets og daglig leders erstatningsansvar når selskapet går konkurs*. I: Lov og rett. (1990), s. 443-465.

Ro, Knut *Konkursboet eller enkeltkreditorers erstatningskrav*. I: Lov og rett. (1994), s.

233-241.

Sæbø, Rune *Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs*. I: Lov og rett. (1996), s. 123-141.

9.3 Nettdokumenter

Røstad, Jesper *Oppbud - debitors egen begjæring om konkursbehandling*. I: Norges autoriserte regnskapsføreres forening. Oslo, 2011. <http://www.narf.no/Fagstoff/Annet/Annet-fag/Oppbud---debitors-egen-begjaring-om-konkursbehandling1/> [sitert 21. oktober 2013].

Spurkland, Stein Inge *Når kassa er tom - Hvordan insolvenslovgivningen kan bidra til å rekonstruere en virksomhet*. I: Praktisk økonomi og finans nr. 2 (2003) [sitert 8. november 2013 fra Idunn.no].

Store norske leksikon <http://snl.no/likviditet> [sitert 28.august 2013].

Villars-Dahl, Leif *Hvordan bør styret forholde seg i en insolvenssituasjon?* <http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=21&ArtKey=268> [sitert 11. september 2013].

Wiker, Håvard *Kommentar til konkursloven § 61 note 64*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. 2010. http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=kkl_§61&sDest=gL19840608z2D58z2EzA761 [sitert 25. september 2013].

10 Lov- og forarbeidsregister

10.1 Norsk lov

- 2006 Lov om endringer i aksjelovgivningen mv. av 15. desember 2006 nr. 88.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59.
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58.
- 1976 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven av 1976) av 4. juni 1976 nr. 59.
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr.10.
- 1863 Lov om Conkurs og Conkursboers (konkursloven av 1863) behandling av 6. juni 1863.

10.2 Utenlandsk lov

Hentet fra Karnovgroup.se og Retsinformation.dk

- Konkursloven Lovbekendtgørelse nr 217 af 15. mars 2011 Konkursloven [Danmark]
- Konkurslagen Konkurslagen (1987:672) [Sverige]

10.3 Forarbeider

- NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning.
- NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.
- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.
-
- Ot.prp.nr.55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.
- Ot.prp.nr.37 (2003-2004) Om lov om endring i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)

Ot.prp.nr.23 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs og i enkelte andre lover
Ot.prp.nr.50 (1980-1981)	Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs Gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.
Innst.O.nr.56 (1983-1984)	Innstilling fra Justiskomiteen om A)lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.
Prop.111 L (2012-2013)	Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger).

11 Domsregister

11.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2010 s. 3

Rt. 2006 s. 765

Rt. 1999 s. 589

Rt. 1998 s. 276

Rt. 1997 s. 742

Rt. 1991 s. 119

Rt. 1975 s. 198

Rt. 1939 s. 679

Rt. 1932 s. 857

Rt. 1930 s. 126

11.2 Underrettsavgjørelser

RG-2007-1625

RG-1997-1658

RG-1955-747

LA-2013-57181

LB-2012-204471

LF-2012-179049

LB-2011-204401

LB-2011-13961

LB-2010-176710

LA-2010-169196

LB-2010-75338

LB-2008-120826

LG-2008-39560

LB-2008-704
LG-2007-119889
LG-2007-97317
LA-2007-37537
LA-2006-133541
LG-2006-116552
LF-2005-10724
LB-2004-36271
LB-2004-19410
LE-2004-16121
LE-2004-987
LG-2003-14959
LB-2003-2267
LB-1999-3230
LE-1998-556
LB-1995-2587
LE-1995-939
LB-1994-2122
LF-1994-523
LH-1994-379
LG-1993-1135
LE-1992-912
LE-1992-123
LE-1988-339

TOBYF-2009-35874
THAUG-2008-89887
THAFE-2007-3796-2
THALL-2006-25030
TLARV-2006-11940