

Styreansvar – ansvarets særlige karakter og ansvarsgrensen overfor enkeltforfølgende selskapskreditorer

Av Karl Rosén, advokat og partner i Arntzen de Besche Advokatfirma AS

1. Innledning

Aksjeselskap ble utviklet for å kanalisere kapital til svært risikofylte prosjekter, og noe senere vedvarende virksomhet.¹ Kjernen i dette var å akseptere investorenes – aksjonærenes – begrensede ansvar i bytte mot avkastnings- og vekstpotensialet som åpnet seg.

Å gjøre aksjeselskap til selvstendige rettssubjekter var nødvendig for å avgrense aksjonærenes ansvar. Den intersubjektive forestillingen om aksjeselskapets «eksistens» er sterk, men konsekvensene av ansvarsgrensningen – selve formålet med selskapsformen – er utfordrende å akseptere fullt ut når den kommer til anvendelse og kreditorer lider tap.

Spørsmål om ansvar for styremedlemmer overfor selskapet utfordrer ikke ansvarsgrensningen og selskapets rettssubjektivitet. De er tillitsmenn for selskapet, og kan naturlig nok komme i ansvar ved brudd på sine plikter overfor det. Ved spørsmål om ansvar overfor andre enn selskapet, kommer man imidlertid i berøring med selskapets rettssubjektivitet. Her kan man tenke seg flere tilnærminger:

i) Selskapets tillitsmenn er del av selskapet og handler innenfor selskapets rettssubjektivitet – ikke på egne vegne, og kan derfor ikke holdes ansvarlig av andre enn selskapet selv (og dets rettsettefølger ved konkurs, boet).

ii) Tillitsmenn er som utgangspunkt beskyttet av ansvarsgrensningen, men ansvar kan oppstå i visse tilfeller.

iii) Aksjeselskapsretten har ikke begrenset den alminnelige culpanormen, og ved å gå inn i rollen som tillitsmann, kan man bli ansvarlig overfor enhver på skyldgrunnlag.

Disse spørsmålene skal etter gjeldende rett løses med grunnlag i aksjeloven og allmennaksjeloven § 17-1.² Allerede ut fra lovteksten kan man fastslå at det første alternativet i oppstillingen over ikke er gjeldende rett. Graver man dypere i rettskildematerialet, trer det frem en rettsutvikling hvor rettsstilstanden synes å ha beveget seg fra posisjonen i alternativ iii, i retning av alternativ ii.

I det følgende behandler jeg først forholdet mellom aksjeloven § 17-1 første ledd og den alminnelige ulovfestede skyldregelen (culpanormen). Bestemmelsen skal tolkes på bakgrunn

2 I det følgende vises det for enkelthets skyld kun til aksjeloven § 17-1 første ledd. Bestemmelsene er likelydende hva gjelder vilkårene for ansvar. Kretsen av ansvarssubjekter etter allmennaksjeloven er imidlertid videre, i det den også omfatter «uavhengige sakkyndige», jf. allmennaksjeloven § 2-6.

1 Bakgrunnen for, opprettelsen av og utviklingen til VOC (Vereenigde Oostindische Compagnie) fra etableringen 20. mars 1602 til avviklingen i 1799, er her illustrerende.

av culpanormen og den kan suppleres av alminnelig erstatningsrett. Samtidig inneholder ordlyden ett element som man ikke gjenfinder i den alminnelige skyldregelen. Det gir grunn til å analysere om bestemmelsen har et særlig materielt innhold – både hva gjelder det materielle virkeområdet; om den kun omfatter rene formuestap, og ansvarsnormens innhold, og om det i så fall medfører at den alminnelige culpanormen ikke kan gis anvendelse innenfor bestemmelsens virkeområde.

Mens aksjonærene antakelig nyter et tilnærmet vanntett vern mot ansvarsgjennombrudd, og kun i nokså begrenset grad vil kunne bli ansvarlig på skyldgrunnlag, er selskapsledelsen eksponert for erstatningskrav fra selskapets kreditorer. Spørsmålet er hvor sterk eksponering det er tale om.

For selskapet handler dette om ledelsens styringsfrihet. For medlemmer av ledelsen handler det om risikoen for å bli personlig økonomisk ansvarlig for krav knyttet til selskapet. For den enkelte selskapskreditor handler det om hva de må akseptere før det tillates å se forbi selskapet som juridisk person, i retning av medlemmer av selskapsledelsen, med sikte på tapskompensasjon.

Denne ansvarsgrensen blir nærmere behandlet i punkt 3 med vekt på de særlige utgangspunktene og føringene som gjelder ved spørsmål om ansvar overfor selskapets kontraktsparter etter aksjeloven § 17-1 første ledd. Ansvar overfor tilfeldige selskapskreditorer og ansvar for skatte- og avgiftskrav blir ikke nærmere behandlet.

Overordnet må en selskapskreditor akseptere og forholdet seg til kredittrisikoen selskapet representerer. Først dersom kredittrisikoen anses som uakseptabel, vil erstatningsvern overfor selskapets ledelse være aktuelt.

Temaet for denne delen av artikkelen er hvilket harmoniseringsskjema gjeldende rett gir anvisning på. Et kjernespor er om det ved ansvarsvurderingen må tas som utgangspunkt at selskapets tillitsmenn ikke blir ansvarlige for

tap en enkelt selskapskreditor lider, dvs. at det skal noe spesielt til før risikoen for tap som følge av at selskapet ikke honorerer dets forpliktelser kan veltes over på et enkelt styremedlem eller daglig leder.

Temaene som drøftes i punkt 2 og 3, er nylig behandlet av Høyesterett.

2. Et ansvar «i den nevnte egenskap»

2.1 Oversikt

Aksjeloven § 17-1 første ledd lyder slik:

«Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsfor-samlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende.»

Det er tale om et individuelt ansvar (jf. «styremedlem»). Erstatningsvilkårene må vurderes for hvert enkelt styremedlem. Bestemmelsen hjemler ikke et kollektivt ansvar.³ (Et styremedlem kan imidlertid bli ansvarlig for å ha unnlatt å hindre skade som andre medlemmer av styret volder.) Ansvar er videre prinsipielt, ikke subsidiært selskapets ansvar.⁴

Som følge av at ansaret er prinsipielt, kan det ikke kreves at selskapets kredittrisiko har materialisert seg i skade. Selv om det i praksis normalt forholder seg slik at selskapskreditorer først fatter interesse for styreansvar når utsiktene til dekning fra selskapet er svinnende, vil ansvar i prinsippet kunne være aktuelt selv om selskapet er solvent.

Ordlyden er langt på vei utformet i samsvar med de alminnelige vilkårene for ansvar: «skade», ansvarsgrunnlag («forsettlig eller uaktsomt») og årsakssammenheng («har voldt vedkommende»). Det fremgår også av forarbeidene at bestemmelsen bygger på disse alminnelige vilkårene, slik de er utviklet i ulovfestet rett, og at

3 Jf. Rt. 1930 s. 533, hvor dette ble klarlagt etter den alminnelige culpanormen.

4 Jf. Rt. 1998 s. 276.

alminnelige erstatningsrettslige prinsipper supplerer bestemmelsen.⁵

2.2 En selvstendig lovfestet aksjeselskapsrettslig ansvarsnorm

Det er nokså vanlig at det anføres at ansvar følger av aksjeloven § 17-1 eller den ulovfestede skyldregelen. Dersom disse normene har et likt innhold, er en slik anførsel unødvendig. Motsett, dersom aksjeloven § 17-1 første ledd utgjør et selvstendig primært rettsgrunnlag, må man ta stilling til om den ulovfestede skyldregelen kan gis parallell anvendelse innenfor lovbestemmelens virkeområde.

Høyesterett har nylig gitt uttrykk for følgende overordnede forståelse av § 17-1 første ledd:⁶

«Bestemmelsen er en særlig regulering av den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen, og den omfatter også krav om erstatning for et rent formuestap hos en kreditor, jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) side 167. Den viderefører § 15-1 i aksjeloven 1976. Lovgiver har ansett en slik «generell» og «skjønnsmessig» regel som «ønskelig og nødvendig», fordi dette gir «en stor grad av fleksibilitet» og legger opp til at ansvars spørsmålet «må løses ut fra en konkret vurdering av forholdene i det enkelte tilfellet», jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) side 82. Ønsket om fleksibilitet, og forutsetningen om at det skal foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, er ikke til hinder for at det i rettspraksis foretas en avklarende presisering av normen for bestemte typetilfeller.»

Formuleringene «en særlig regulering av den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen» og «normen» taler for at Høyesterett la til grunn at bestemmelsen har et særlig materielt innhold – ikke at den er en ren henvisning til den alminnelige ulovfestede culpanormen.

5 Jf. bl.a. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 114.

6 Jf. HR-2017-2375-A, avsnitt 25, jf. HR-2019-317-A, avsnitt 45.

Av departementets uttalelse, som Høyesterett viste til, fremgår følgende:⁷

«Av språklige hensyn foreslås videre at uttrykket «under utførelsen av sin oppgave» erstattes med uttrykket «i den nevnte egenskap». Forslaget er ment å klargjøre at skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret.»

Formuleringen «i den nevnte egenskap» i aksjeloven § 17-1 første ledd er ikke nødvendig for å fange opp den såkalte rolleforventningen, dvs. de krav og forventninger som man med rimelighet kan stille til vedkommende i den rollen han innehar.⁸ Den ligger allerede implisitt i skyldkravet («forsettlig eller uaktsomt»).

Passusen inngår i følgende sammenheng: «skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende». Dette gjør vilkåret «i den nevnte egenskap» til det gjennomgående og sammenbindende elementet i aksjeloven § 17-1 første ledd. De tre alminnelige vilkårene, skade, skyld og årsakssammenheng, er bundet sammen ved formuleringen «i den nevnte egenskap».

Følgende gir rettskildemessig forankring for at det er tale om et særskilt materielt erstatningsgrunnlag – et lovfestet primært rettsgrunnlag for ansvar: En naturlig forståelse av ordlyden, departementets presisering av at kriteriet klargjør at «skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret», og Høyesteretts konstatering av at det er tale om en «særlig regulering av den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen» (under henvisning til departementets uttalelse).

Rettskildebildet er imidlertid videre og noe mer sammensatt.

7 Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 167.

8 Jf. bl.a. Nygaard, Skade og ansvar, 6. utg., Bergen 2007, s. 179.

Aksjeloven 1910 inneholdt ingen bestemmelse som hjemlet erstatningsansvar for tillitspersoner, bare en bestemmelse (§ 64) om adgangen til å beslutte ansvarsfrihet for tillitspersoner. Denne reguleringen forutsatte at ansvarsspørsmålet skulle løses etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

Heller ikke aksjeloven 1957 inneholdt noen bestemmelse som hjemlet erstatningsansvar for tillitspersoner. Aksjeloven 1957 § 122 inneholdt imidlertid en noe mer utførlig regulering enn aksjeloven 1910 av hvorledes et erstatningskrav kunne gjøres gjeldende av selskapet mot dets tillitspersoner, men også denne bestemmelsen forutsatte at ansvarsspørsmålet skulle løses etter alminnelige erstatningsrettslige regler.⁹ Det fremgår også klart av bl.a. Augdahl: Aksjeselskapet at det etter hans syn, som nok også var uttrykk for datidens generelle oppfatning, var tale om et rent og uinnskrenket deliktansvar:¹⁰

«Har styret begått et delikt overfor tredjemann, er det klart at de skyldige medlemmer hefter personlig overfor denne, og det uansett om tillike selskapet er ansvarlig eller ikke.»

Først med aksjeloven 1976 § 15-1 ble det innført en bestemmelse om selve ansvaret:

«Stifter, styremedlem, medlem av bedriftsfor-samling eller representantskap samt administrerende direktør plikter å erstatte skade som han under utførelsen av sin oppgave forsettlig eller aktløst volder selskapet, aksjeeier eller andre. Det samme gjelder den som i egenskap av aksjeeier forsettlig eller aktløst medvirker til slik skade.»

9 Jf. P. Augdahl: Aksjeselskapet, 3. utg. 1959 s. 282 flg., H.F. Marthinussen: Aksjeloven, 1960 s. 379 flg.

10 Jf. P. Augdahl: Aksjeselskapet, 3. utg. 1959 s. 282 flg.

I forarbeidene omtalte departementet bestemmelsen slik:¹¹

«Bestemmelsen fastsetter de materielle vilkår for erstatningsansvar og bygger på den generelle regel om aktløyseansvar som også kommer til uttrykk i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.»

I utredningen om innstilling til ny lov om aksjeselskaper fremgår følgende i merknaden til bestemmelsen:¹²

«Paragrafen fastsetter vilkårene for at stifter, styremedlem, representantskapsmedlem og administrerende direktør skal kunne holdes ansvarlig overfor selskapet, aksjeeier eller andre. Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i gjeldende aksjelov, og det kan reises tvil om berettigelsen av lovbestemmelser om dette. Det man i dag faller tilbake på, er den alminnelige regel om ansvar for uaktsomme handlinger, og det er denne regel som foreslås lovfestet i § 140. En definisjon av ansvarsvilkårene synes imidlertid rimelig og har vært ansett nødvendig fra de andre lands side, og en regel om dette fremstiller seg iallfall som naturlig som utgangspunkt for den adgang til å lempe på ansvaret som foreslås i utkastets § 142.»

I juridisk litteratur ble aksjeloven 1976 § 15-1 omtalt som «en spesialanvendelse av den alminnelige ulovfestede regel om erstatningsansvar for forsettlig og uaktsomme forhold», og at dens «vesentligste funksjoner [var] å skape klarhet, og å sette en ramme for de bestemmelser som følger etter».¹³

Aksjeloven 1976 § 15-1 ble videreført i aksjeloven 1997 § 17-1:¹⁴

11 Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) punkt 4.15.2.

12 NUT 1970: 1.

13 Jf. Marthinussen og Aarbakke, Aksjeloven med kommentarer, Oslo 1986, s. 529.

14 Jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) (merknaden).

«Hovedregelen i første ledd svarer til gjeldende lov § 15-1 og § 15-2 første ledd og Aksjelovutvalgets forslag til § 16-1 første ledd. Regelen er bare et utslag av den alminnelige regelen om at en må erstatte skader en har voldt uaktsomt, og utelukker ikke andre saksøkte, andre saksøkere og andre ansvarsgrunnlag. Regelen setter heller ikke grenser for hva som skal anses som «selskapets krav» i de følgende paragrafer.»

Et naturlig spørsmål på bakgrunn av gjennomgangen foran, er om rettsutviklingen knyttet til aksjeloven 1976 § 15-1 og aksjeloven 1997 § 17-1 første ledd har ført oss til et punkt hvor det ikke lenger er dekkende å omtale lovreguleringen som en kodifisering av den alminnelige skyldregelen, evt. som en spesialanvendelse av den alminnelige skyldregelen e.l., men derimot som en særlig lovfestet erstatningsregel.

Spørsmålet kan presiseres med utgangspunkt i det Justisdepartementet ved siste lovendring fremholdt som en klargjøring av at «skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret». ¹⁵ Hva ligger bak en slik presisering og hva innebærer den?

For kravet til faktisk årsakssammenheng er betydningen åpenbar. En aktuell ansvarsfaktor (handling eller unnlatelse) må ha inntruffet på et sted til en tid hvor vedkommende opptrådte «i den nevnte egenskap». Dersom dette ikke er tilfellet, skal spørsmål om ansvar ikke løses etter aksjeloven § 17-1 første ledd. Man er da utenfor bestemmelsens saklige virkeområde.

I de alminnelige merknadene til endringen av aksjeloven 1997 § 17-1 første ledd i 2006, gikk departementet inn på visse særlige harmoniseringsspørsmål som kan oppstå ved spørsmål om ansvar for styremedlemmer. Foranledningen var spørsmål om (igjen) å ta inn «aksjeeier»

og «andre» som mulige skadelidte i tillegg til selskapet: ¹⁶

«Når departementet foreslår å lovfeste ansvaret overfor aksjeeierne og andre, og dessuten regler om medvirkeransvar (jf. punkt 16.3), kan det reises spørsmål om dette kan medføre ansvar for beslutninger som tar sikte på å bevare arbeidsplassene, selv om nedleggelse og eventuelt oppløsning av selskapet ville ha gitt aksjeeierne større økonomisk gevinst. Spørsmålet ble i praksis reist fra visse hold under diskusjonen om nedlegging av treforedlingsbedriften Union i Skien i 2005. Dette vil rettslig sett bero på om vedkommende volder selskapet en skade som er erstatningsbetingende.

Etter departementets oppfatning vil det normalt ikke utløse erstatningsansvar dersom et styremedlem mv. i et aksjeselskap eller allmenaksjeselskap treffer (eller medvirker til ...) beslutninger som tar sikte på å opprettholde driften og arbeidsplassene, selv om en eventuell nedleggelse og oppløsning ville ha gitt aksjeeierne en større økonomisk gevinst. Annerledes vil situasjonen kunne være der beslutningen i realiteten vil innebære at en tapsbringende virksomhet opprettholdes for kreditorenes regning.»

Departementet drøftet her eksempler som illustrerer særlige kryssende hensyn som må avstemmes ved spørsmål om ansvar for styremedlemmer. Det er ingen bred og dyp redegjørelse, men sammen med de øvrige uttalelsene i proposisjonen, indikerer den at det ble identifisert et behov for å presisere i) at det ikke var tale om en endring av rettsstilstanden (verken en utvidelse eller begrensning av ansvarets omfang overfor aksjonærer og andre) og ii) at det også i forhold til aksjonærer og andre, ikke bare overfor selskapet, er tale om ansvar i en aksjeselskapsrettslig kontekst – ikke en ren anvendelse av den alminnelige skyldregelen.

15 Jf. Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 167.

16 Jf. Ot.prp. nr. 55 (2006-2007) s. 114.

Departementets uttalelse om at «skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret» har en vel etablert bakgrunn i rettspraksis og juridisk teori om innholdet i den alminnelige culpanormen – særlig hva gjelder ansvar for rene formuestap. Thorsen legger f.eks. til grunn at «(...) erstatningsgretten bør vurderes i nær sammenheng med de øvrige reglene på de livsområder hvor erstatningsansvar er aktuelt»¹⁷, og Hjelmeng fremholder at «[e]rstatningsretten (som sanksjonsregler) [ikke] bør (...) føre til normdannelse som utkonkurrerer normene på det spesifikke livsområdet».¹⁸ Departementets uttalelse er imidlertid strammere og mer retningsgivende. Sammenhengen med den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være «avgjørende» ved fastleggelsen av ansvaret.

I forholdet mellom styremedlemmer og selskapet gir dette seg særlig utslag i behovet for å sikre nødvendig ansvarsfrihet for styremedlemmenes forretningsmessige skjønnsutøvelse ved beslutninger som treffes under styrets rett og plikt til å forestå forvaltningen av selskapet. Denne avveiningen vil imidlertid kunne ivaretas ved fastleggelsen av rolleforventningen under den objektive delen av uaktsomhetsvurderingen. Antakelig er det først når man står overfor spørsmål om å løfte på selskapets rettssubjektivitet som forutsetning for rettsforholdene, og gi en aksjonær eller selskapskreditor rett til å velte tap som følge av at selskapet ikke oppfyller dets forpliktelser over på et styremedlem eller en daglig leder, at harmoniseringsbehovene blir av en art som den alminnelige culpanormen ikke har utviklede argumentasjonslinjer for.

Det grunnleggende innholdet i skyldansvaret er vilkårene for å konstatere at vedkommen-

de på et gitt tidspunkt, i den situasjonen hun var i, skulle ha handlet annerledes. Grensen ligger i et krav om eller plikt til å reagere mot risiko for skade¹⁹ i vedkommende typetilfelle.²⁰ Skyldansvaret er tuftet på den enkeltes autonomi. Som styremedlem er imidlertid den enkeltes autonomi knyttet til en særlig ramme i form av selskapet som juridisk person.

Styremedlemmene handler innenfor rammen av selskapets rettssubjektivitet, og har ansvar for forvaltningen av selskapets forhold, jf. aksjeloven § 6-12 første punktum. Styremedlemmer operer i denne egenskapen som tillitsmenn for selskapet – og dermed nødvendigvis som utgangspunkt ikke på egne vegne overfor andre enn selskapet. Et rettsgrunnlag som medfører at dette utgangspunktet blir fraveket eller supplert, krever en særlig begrunnelse som knytter an til utgangspunktet. En frikobling i form av et annet startpunkt for rettsanvendelsen vil kunne øke risikoen for at man får en normdannelse som utkonkurrerer eller vanner ut selskapets rettssubjektivitet og ansvarsbegrensningen. Når departementet presiserte at sammenhengen med den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være «avgjørende» ved fastleggelsen av ansvaret, er det naturlig å forstå dette som uttrykk for en klar normativ holdning som ikke gir rom for frikobling som nevnt.

Operasjonelt kan man dele rettsanvendelsen ved krav fra andre enn selskapet i to kategorier. For det første tilfeller hvor det foreligger særlige lovbestemmelser eller andre rettsgrunnlag som pålegger styremedlemmer eller daglig leder plikter direkte overfor andre enn selskapet. Da eksisterer det et særskilt pliktgrunnlag som kan ha et innhold som medfører at spørsmålet

17 Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap, Oslo 2011, s. 27.

18 Hjelmeng, Revisoransvar og ansvarsbegrensning, Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, Oslo 2010, s. 96.

19 Begrepsbruken er her ikke ment å indikere at skadeevnekriteriet, som står sentralt ved integritetskrenkelser, også skal anvendes ved rene formuestap. Argumentasjonsmønstrene ved formuestap er berørt i punkt 2.3 under.

20 Se Nygaard, Skade og ansvar, 6. utg., Bergen 2007, s. 174.

om erstatningsansvar langt på vei blir løftet ut av forholdet til selskapets rettssubjektivitet.

For øvrige tilfeller, hvor det ikke foreligger et slikt direkte tilknytningsgrunnlag, ligger selskapets rettssubjektivitet og den tilhørende ansvarsbegrensningen som et sentralt og virksomt element i erstatningsnormen. Den relevante interessesfæren er da knyttet til selskapet som sådan – ikke direkte til det enkelte styremedlem eller til daglig leder. *Spørsmålet er om den som fremmer krav har en interesse overfor selskapet som skal nyte erstatningsvern overfor selskapets tillitsmenn.*

Med dette som forutsetning vil ansvars-spørsmålet være knyttet til den kredittrisikoen selskapet representerer. Tilknytning til selskapets forhold – selskapets risikofære – innebærer således at andre først kan bli påført «skade» i henhold til aksjeloven § 17-1 første ledd i sammenheng med at vedkommende er *eksponert* for selskapets kredittrisiko. Enhver «skade» vil angå risiko som er undergitt ansvarsbegrensningen, og spørsmålet er om et tap som overfor selskapet ville strandet i ansvarsbegrensningen, likevel skal kunne kreves erstattet av selskapets tillitsmenn: I hvilken grad bør selskapets tillitsmenn måtte svare erstatning, og ved det svare personlig med sin formue, for en interesse som er eksponert for ansvarsbegrensningen som ligger i aksjeselskapsformen?

Som jeg kommer nærmere inn på i punkt 3.4, er det her bl.a. et spørsmål om man etter gjeldende rett skal ta ansvarsfrihet som utgangspunkt og kreve at det må foreligge særlige forhold før ansvar kan være aktuelt, eller om rettsanvendelsen etter erstatningsnormen har et mer løst harmoniserings skjema for de særlige selskapsrettslige forholdene.

Om man inntar det standpunkt at aksjeloven § 17-1 bare er en henvisning til den alminnelige skyldregelen, og så gir den alminnelige normen et innhold i samsvar med at tilknytningen til det selskapsrettslige forhold skal være avgjørende, eller anser bestemmelsen som et selvstendig primært rettsgrunnlag for ansvar, så

bør resultatene bli samsvarende. Det er imidlertid avgjørende at culpanormen anvendes under tilbørlig hensyntaken til det sammenslutningsrettslige forholdet den er forbundet med, og det er vanskelig å se at det ikke sikres best ved at man legger til grunn at det er en særlig lovfestet erstatningsregulering hvor rettsanvendelsen skal ta skje med utgangspunkt i ordlyden i aksjeloven § 17-1 første ledd, de øvrige særskilt tilknyttede rettskildene og først deretter eventuelt suppleres med den generelle ulovfestede skyldregelen.

2.3 Tilknytning til risiko eller interessevern som minstekrav – realskader faller utenfor bestemmelsens virkeområde og det ulovfestede ansvaret for formuestap danner alene den ulovfestede referanserammen for tolkningen av aksjeloven § 17-1

Det grunnleggende innholdet i skyldansvaret er som nevnt vilkårene for å konstatere at vedkommende på et gitt tidspunkt, i den situasjonen han var i, skulle ha handlet annerledes. Grensen ligger i et krav om eller plikt til å reagere mot risiko for skade i vedkommende typetilfelle.

Ved realskader (person- og tingskader) trenger man ingen nærmere begrunnelse for å oppstille aktsomhetsplikter. Man tar normalt utgangspunkt i et krav om reaksjon mot risiko for integritetskrenkelser, som så nyanseres gjennom rolleforventninger, bransjenormer, lovgivning mv. Erstatningsansvar for realskader bygger i utpreget grad på en individuell – rettferdighetsorientert – begrunnelse og tilnærming. Det innebærer at det tas utgangspunkt i de individuelle og konkrete omstendighetene, og fokuseres på forholdet mellom skadelidte og skadevolder.

Skyldansvar bygger på den enkeltes autonomi og krav om tilknytning til risiko. Tilknytningen må være så sterk at den kan begrunne et krav om å handle annerledes. Tilknytningen fungerer som minstekrav og variabel. Det må foreligge en tilknytning som gjør ansvar mulig (minstekrav). I så fall blir ansvarsspørsmå-

let nærmere fastlagt ut fra rolleforventningen som den aktuelle tilknytningen gir grunnlag for (variabel).

Ansvar etter aksjeloven § 17-1 første ledd omfatter bare tilfeller hvor årsaksforholdene ligger slik an at vedkommende opptrådte som styremedlem mv. (jf. «i den nevnte egenskap»). Dette innebærer at ansvar etter denne bestemmelsen bare er aktuelt så fremt f.eks. styrevervet utgjør et virksomt tilknytningsselement ved spørsmålet om minstekrav til tilknytning er innfridd.

Det er ikke vanlig å utelukke tingsskade fra virkeområdet til aksjeloven § 17-1 første ledd, men det er erkjent at den praktiske tapsformen er formuestap, og at «[d]et er vanskelig å finne praktiske eksempler på at person- eller tingskade vil kunne anses påført av et styremedlem mfl. i «den nevnte egenskap».²¹

Spørsmålet er om man som styremedlem («i den nevnte egenskap») overhode kan volde realskade.

Ansvar for tingsskader vil gjennomgående bygge på en tilknytning til risiko som bringer ansvarsspørsmålet utenfor bestemmelsen, til vurdering etter den alminnelige culpanormen. Det samme gjelder for personskader. Den typiske tilknytningen ved spørsmål om ansvar for integritetskrenkelsener er aktive fysiske handlinger som krenker en annens person eller ting, eller en unnlattelse av å avverge synbar fare for krenkelse av person eller ting.

At man som styremedlem skal ha et større eller mindre ansvar for realskader enn det som følger av den alminnelige culpanormen, er det ikke forankring for i aksjeloven. Ei heller er det mulig å se at det gjør seg gjeldende rettferdighetsorienterte hensyn eller mer instrumentelle, rettsystematiske grunner som tilser at realskader skal sortere under aksjeloven § 17-1.

Dersom en person som er styremedlem i et selskap har befunnet seg på et sted til en gitt

tid som gir mulighet for tilknytning til risiko for realskade, er det ikke grunnlag for å vurdere hans aktsomhet som styremedlem. Han skal da bedømmes rent etter den alminnelige culpanormen, hvoretter rolleforventningen fastsettes med utgangspunkt i alminnelige ulovfestede krav til forsvarlighet (bonus pater familias).

For å si det med departementets ord²², har ikke skadevoldelsen en slik tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon at ansvarsspørsmålet sorterer under aksjeloven § 17-1. Ved integritetskrenkelsener vil det foreligge andre og dominerende tilknytningsfaktorer som innebærer at vurdering etter styreansvarsreguleringen i aksjeloven § 17-1 ikke blir aktuell.

Dersom et styremedlem f.eks. er på reise for et selskap og i den forbindelse skader inventaret i et hotellrom, er det de skadegjørende handlingene som utgjør den dominerende tilknytningen. Å legge vekt på tilknytningen i form av styrevervet som foranlediget reisen, kan det ikke være rom for.

Denne avgrensningen medfører at ansvar etter aksjeloven § 17-1 bare er aktuelt for rene formuestap.

Gitt at det ikke foreligger eksempler i rettspraksis hvor ansvar for realskader er vurdert etter denne bestemmelsen, og at det allerede er erkjent i juridisk teori at det er vanskelig å finne praktiske eksempler på mulig ansvar i den nevnte egenskap for realskader, kan det synes som denne konklusjonen vil ha liten praktisk betydning. Den har imidlertid prinsipiell verdi – særlig ved at man kan utgå fra at den alminnelige erstatningsretten som supplerer bestemmelsen er knyttet til formuestap – hvilket igjen kan bidra til å gjøre rettsanvendelsen mer konsistent og forutberegnelig.

Mens individuelle og rettferdighetsorienterte betraktninger er dominerende ved tilnærmingen til ansvar for integritetskrenkelsener, gis det større rom for instrumentell tilnærming ved formuestap, dvs. at erstatningsretten mer antar

21 Aarbakke mfl., 4. utg., punkt 1.6 til § 17-1 første ledd.

22 Jf. sitatet inntatt i punkt 2.2 foran.

karakter av et styringsmiddel som kan anvendes for å realisere øvrige gitte målsetninger som f.eks. kreditorvern, og at kost/nytte-vurderinger ofte vil stå sentralt.²³

Av rettspraksis vedrørende ansvar for formuestap synes det også å være grunnlag for å syntetisere et argumentasjonsmønster hvor visse temaer, med glidende overganger og sammenhenger, går igjen, herunder 1) om det foreligger aktsomhetsplikt til vern av skadelidtes formuesinteresser i det foreliggende tilfellet, 2) det nærmere innholdet av denne plikten, 3) hvor tapet forutsetter skadelidtes egne disposisjoner, som f.eks. å levere på kreditt til et selskap, om skadelidte var berettiget til å disponere i tillit til informasjonen fra skadevolder, og 4) om det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom tapet og skadevolders brudd på plikten til aktsomhet.

Hvordan denne alminnelige bakgrunnsretten gir støtte for rettsanvendelsen under aksjeloven § 17-1 blir berørt i punkt 3 i tilknytning til spørsmålet om ansvarets innhold og utstrekning overfor enkeltforfølgende selskapskreditorer. En videre generell fremstilling av culpanormen ved formuestap ligger imidlertid utenfor rammen for denne fremstillingen.

2.4 Full harmonisering eller parallell anvendelse av den alminnelig skyldregelen?

Som det fremgår av punkt 2.2, har ansvarsreguleringen i aksjeloven § 17-1 første ledd et særlig materielt innhold som skiller den fra den alminnelige culpanormen, og bestemmelsen kommer kun til anvendelse på rene formuestap, jf. punkt 2.3. Den bærende begrunnelsen for denne særreguleringen er knyttet til behovet for å avveie og harmonisere de særlige og kryssende hensynene som gjør seg gjeldende ved spørsmål om skyldansvar for tillitsmenn mv. i aksjeselskaper. Dette tilsier at et rettsfaktum som faller inn

23 Se nærmere Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap, Oslo 2011, s. 22 flg. og s. 72 flg. med videre henvisninger.

under det saklige virkeområdet til aksjeloven § 17-1, ikke også kan behandles under den alminnelige culpanormen. Alene den prinsipielle muligheten for at resultatet kan bli et annet, er etter mitt syn avgjørende.

Bestemmelsen har et særlig materielt virkeområde og et regelinnhold som gjør at tanken om at bestemmelsen – innenfor dens anvendelsesområde – kan suppleres med ansvar etter den alminnelige culpanormen på ulovfestet grunnlag, må avvises. Bestemmelsen utgjør en fullharmonisering av motstridende hensyn og interesser, og et supplement på ulovfestet grunnlag, som forutsetningsvis bare gir mening om resultatet blir et annet, må vike for lovens løsning.

I den grad andre rettsgrunnlag enn den alminnelige culpanormen er aktuelle, dvs. at det ikke er tale om et erstatningsrettslig skyldansvar, blir forholdet et annet. Det foreligger ikke grunnlag for å anta at § 17-1 første ledd begrenser rommet for krav basert på annet enn ulovfestet skyldansvar. Ansvar innenfor bestemmelsens virkeområde kan bl.a. følge av særlige lovgrunnlag, se f.eks. aksjeloven § 2-19.

Frem til aksjeloven 1976 forelå det ingen lovregulering av erstatningsgrunnlag i aksjeselskapsforhold, og uttalelsene i forarbeidene til aksjeloven 1976 § 15-1 ga et visst grunnlag for å anta at lovreguleringen ikke var uttømmende, evt. at aksjeloven 1976 § 15-1 ikke skulle gis et annet innhold enn den alminnelige culpanormen (jf. gjennomgangen i punkt 2.2 foran). Dette kan forklare hvorfor det tidligere var nokså utbredt antatt i juridisk teori at ansvar også kunne bygge på den alminnelig skyldregelen.²⁴

I siste utgave av Aarbakke mfl., Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer²⁵, er

24 Se bl.a. Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, Oslo 1994, s. 36: «Aksjeloven § 15-1 er neppe uttømmende, men kan suppleres med alminnelige erstatningsregler.»

25 Aarbakke mfl., 4. utg., Oslo 2017.

fremstillingen i hovedsak klar på at parallell anvendelse av aksjeloven § 17-1 første ledd og den alminnelige culpanormen ikke er aktuelt.²⁶ I note 1.22 om forholdet til selskapskreditorer, gis det imidlertid uttrykk for at ansvar overfor selskapets medkontrahent kan være aktuelt «(...) med grunnlag i § 17-1 eller alminnelige erstatningsregler om ansvar for forsettlig eller uaktsom skadeforvoldelse (skyldansvar)», og det gjentas samme sted at «[r]epresentantens ansvar er et selvstendig ansvar som har grunnlag i skyldansvaret etter § 17-1 første ledd, eventuelt det alminnelige ulovfestede skyldansvaret». Det er ikke kommentert hvorfor dette evt. skal stille seg annerledes overfor selskapets kontraktsmotparter enn det som er lagt til grunn tidligere i fremstillingen. Noe grunnlag for at spørsmålet om forholdet mellom aksjeloven § 17-1 første ledd og den alminnelige skyldregelen skal behandles på annet vis ved krav fra andre enn selskapet eller aksjonærer, foreligger etter mitt syn ikke. Tvert imot er behovet for å bestemme ansvarets rekkevidde ut fra skadeforvoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon særlig viktig i denne sammenhengen.

3. Ansvar overfor enkeltforfølgende selskapskreditorer

3.1 Interessevern overfor selskapet med tilknytning til selskapsledelsen

Forholdet er her at en part har et pengekrav overfor selskapet – i likhet med alle øvrige selskapskreditorer. Dersom en bestemt selskapskreditor skal kunne få dekket dette kravet på grunnlag av aksjeloven § 17-1 første ledd, må det overfor selskapet bygge på et rettsgrunnlag og et faktum som gir tilstrekkelig tilknytning til ett eller flere medlemmer av selskapsledelsen.

Såfremt selskapet betaler ved forfall, vil det ikke foreligge et tap som kan kreves erstattet etter aksjeloven § 17-1 første ledd. Et spørsmål om personlig erstatningsansvar for selskapets styremedlemmer blir først aktuelt dersom sel-

skapet er ute av stand til å betale. Ansvar kan prinsipielt være aktuelt ved illikviditet, men i praksis har personlig ansvar for styrets medlemmer hovedsakelig interesse der selskapet er insolvent.

Selskapskreditoren anfører at han er blitt utsatt for en uakseptabel kredittrisiko (skaderisikoen) og at styrets medlemmer burde ha forhindret det. I dette ligger det i) at selskapet på et gitt tidspunkt, før kredittrisikoen ble pådratt for den bestemte kreditoren, skulle ha opptrådt på en måte som ville forhindret dette, og ii) at ett eller flere medlemmer av selskapets ledelse kunne og burde ha handlet annerledes i denne sammenhengen, dvs. utført en alternativ handling som ville forhindret kredittpådragelsen (effektiv) og var praktisk gjennomførbar.

Interessevern overfor selskapet kan bygge på lov, avtale, sedvane og eiendomsrett. Et klassisk eksempel på et slikt interessevernsgrunnlag er avtaleloven § 33. Et annet er ulovfestede krav til lojalitet i kontraktsforhold. Når det gjelder det videre grunnlaget for tilknytning til medlemmer av selskapets ledelse, vil aksjelovens regulering av henholdsvis styrets og daglig leders plikter og kompetanse utgjøre en nødvendig bestanddel.

3.2 Selskapskreditorens undersøkelsesplikt vs. selskapets og selskapsledelsens informasjonsansvar. Skadelidtes interessevern ved tapsbringende disposisjoner. Aktivitet og passivitet – tilknytning som variabel

Det praktisk viktigste området for styreansvar overfor en selskapskreditorer er de tilfellene hvor selskapskreditoren har foretatt en tapsbringende disposisjon i et kontraktsforhold med selskapet. Dette er i praksis et spørsmål om informasjonsansvar, og i og med at et mulig ansvar knytter seg til selskapskreditorens disposisjoner – enten aktive handlinger eller unnlatelser – som f.eks. å inngå en kontrakt eller fortsette å levere på kreditt under et løpende avtaleforhold, er ansvarsspørsmålet alltid knyttet til en psykisk årsakssammenheng. Et ansvar

26 Se notene 1.4 og 1.17.

må hvile på at selskapskreditorens disposisjon er motivert av selskapets og styremedlemmets atferd.

Kontraktsforholdet og selskapskreditorens disposisjon skjer i forhold til selskapet. Ved den nærmere normative avgrensningen av årsaksammenhengen må man derfor først ta stilling til ansvarsspørsmålet i forholdet mellom dem. Først dersom det konstateres at selskapet skulle handlet annerledes, går den normative vurderingen av årsakssammenhengen videre, til en vurdering av forholdet til medlemmer av selskapsledelsen.

Enhver har ansvar for egne forutsetninger ved kontraktsinngåelse, og kredittrisiko er et forhold enhver kreditor forutsettes å ha et aktivt forhold til. I tillegg kan det foreligge konkrete omstendigheter som tilsier at vedkommende kreditor må anses for å ha akseptert den aktuelle kredittrisikoen før kreditten ble pådratt. En skyldner skal imidlertid verken positivt eller negativt villedde sine kreditorer.²⁷

Om negativ villedelse i løpende kontraktsforhold, la Høyesterett følgende til grunn i HR-2017-2375-A «Ulvesund Elektro»:²⁸

«Rekkevidden av den kontraktsrettslige lojalitetsplikten i løpende kontraktsforhold vil i høy grad bero på kontraktstypen og forholdene ellers. Men det bør, etter mitt syn, være et utgangspunkt at et insolvent selskap som mottar nye leveranser på kreditt, forventes å gjøre medkontrahenten oppmerksom på at det har inntrådt en svikt i selskapets økonomi som innebærer at det ikke regner med å kunne gjøre opp for de nye leveransene ved forfall – i realiteten er det da grunnlag for å konstatere antasert mislighold. Jeg viser her til Rt. 2011 s. 562 avsnitt 43, hvor det var avgjørende at kreditorene ble utsatt for «en helt annen risiko enn det som var forutsetningen for ordningen» og «åpenbar tapsrisiko». (...)»

27 Jf. f.eks. Rt. 1991 s. 119 «Normount» s. 125.

28 Jf. HR-2017-2375-A avsnitt 35.

Når dette gjelder ved spørsmål om å motta nye leveranser på kreditt, er det neppe grunn til å anta at noe annet vil bli lagt til grunn ved spørsmål om å inngå nye kontrakter som eksponerer motparten for selskapets kredittrisiko. Også i disse tilfellene vil insolvent selskap som utgangspunkt ha plikt til å gi motparten informasjon om den foreliggende svikten i selskapets økonomi.

Om selskapskreditoren kan anses for å ha en berettiget forventning om at selskapet skulle ha handlet annerledes, vil, utenfor insolvenstilfellene, som det fremgår av sitatet over fra Ulvesund Elektro, bero på en nærmere og utpreget konkret vurdering innenfor rammen av de generelle utgangspunktene nevnt foran.

Et informasjonsansvar synes imidlertid i alle tilfelle å måtte bygge på at informasjonen har villedet skadelidte (her selskapskreditoren). Dersom villedelsen ikke har hatt betydning for selskapskreditorens disposisjon, kan man avvise ansvar under henvisning til den såkalte betingelseslæren, dvs. at villedelsen ikke anses som en nødvendig betingelse for disposisjonen.²⁹ Under henvisning til det supplement alminnelige erstatningsprinsipper utgjør ved tolkningen av aksjeloven § 17-1 første ledd, kan det også legges til grunn at informasjonsfeilen må anses for å vært en så vesentlig betingelse for selskapskreditorens disposisjon at det er naturlig å knytte ansvar til den.³⁰

Det vil her føre for langt å gå videre bredt inn på den generelle nærmere normative vurderingen ved informasjonsansvar.

Ved negativ villedelse er det tale om *unnlatelse* – typisk – av å gi relevant informasjon om selskapets økonomiske stilling eller foreta eventuelle andre handlinger som ville forhindret

29 Jf. f.eks. Rt. 1937 s. 501. Se også tilsvarende Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap, Oslo 2011, s. 172 flg. med videre henvisninger.

30 Se Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap, Oslo 2011, s. 173, jf. P-pilledom II, Rt. 1992 s. 64.

kredittpådragelsen for en bestemt selskapskreditor. Ved unnlatelse vil den aktuelle alternative handlingen for medlemmer av selskapsledelsen normalt være å sørge for at kontraktsmotparten blir tilstrekkelig informert om kredittrisikoen.

For det tilfellet at det er utvist *aktivitet*, og det er tale om positiv villedelse, f.eks. ved at et medlem av selskapsledelsen har gitt uttrykk for at et fremtidig krav vil bli gjort opp av selskapet, eller mer generelt gitt uttrykk for at selskapet er mer solid enn hva tilfellet var, vil den effektive og eventuelt praktisk gjennomførbare alternative handlingen være å unnlate å gi en slik meddelelse – utvise en slik aktivitet.

Det er i alminnelighet etablert som del av den alminnelige culpanormen at aktivitet gir en sterk tilknytning til risikoen som medfører at ansvar letter vil kunne oppstå. Dette vil også gjelde ved spørsmål om ansvar etter aksjeloven § 17-1 første ledd.³¹

I den videre fremstillingen forutsettes det at det kun er spørsmål om ansvar for unnlatelse av å gi selskapets medkontrahent informasjon om selskapets økonomiske stilling.

3.3 Ansvarsspørsmålet ved passivitet

I Rt. 1991 s. 119 «Normount» ble ansvarsspørsmålet formulert slik:

«Twistespørsmålet er, som tidligere antydnet, om Normounts økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet – krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når det forfalt.»

Denne formuleringen er isolert sett for vid. Det er ikke avgjørende om økonomien var så dårlig at ethvert ytterligere krav burde vært søkt avverget. Som Høyesterett selv formulerte det nærmere i samme dom, må «[s]kyldkravet (...) bedømmes i relasjon til den kreditor som gjør kravet gjeldende». Det er tale om et såkalt sær-

krav, dvs. et krav som tilkommer en enkelt kreditor alene på deliktsgrunnlag.

I HR-2017-2375-A «Ulvesund Elektro» ble ansvarsspørsmålet angitt slik (avsnitt 36):

«Skal A kunne holdes personlig ansvarlig etter aksjeloven § 17-1 må det kunne bebreides ham som uaktsomt – i hans egenskap av daglig leder i [Firma 1] – at Ulvesund ikke fikk informasjon om [Firma1]s økonomiske vanskeligheter på et tidligere tidspunkt.»

Spørsmålet kan stilles slik: Kan det bebreides X i egenskap av styremedlem eller daglig leder at selskapskreditor Y ikke fikk informasjon om selskapets økonomiske vanskeligheter før Ys kreditt til selskapet ble pådratt?

3.4 Det overordnede rettslig utgangspunktet for ansvarsvurderingen

Spørsmålet er her om rettssubjektiviteten og ansvarsbegrensningen må respekteres og danne utgangspunktet, eller om det gjelder en presumsjon for ansvar ved brudd på aksjelovens bestemmelser.

Det er tale om erstatning for skade på en interesse som er knyttet til selskapet. Da sier det seg selv at det ikke kan gjelde et umiddelbart én-til-én forhold mellom selskapets plikter og ledelsens personlig ansvar overfor den kreditor som lider tap som følge av at selskapet ikke overholder dets plikter.³² Selskapsledelsen er ikke selskapet.

Selskapsledelsen er en del av selskapet, og i Rt. 1991 s. 119 «Normount» ble følgende utgangspunkt lagt til grunn:

«Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning i disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal

31 Se f.eks. Rt. 1933 s. 115.

32 Jf. tilsvarende HR-2017-2375-A avsnitt 38.

kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet.» (Understreket her.)

En selskapsform med personlig ansvar for selskapsledelsen overfor selskapets kreditorer som utgangspunkt, er ikke aksjelovens regulering. Selskapet som rettssubjekt med begrenset ansvar kan heller ikke forenes med en erstatningsregulering som medfører at ledelsen i denne egenskap får en for sterk personlig økonomisk interesse i selskapets nedsiderisiko. Ledelsen må være fri et slikt ansvar for å kunne realisere aksjeselskapets formål og funksjon.

Som nevnt i punkt 2.2, vil et styremedlem «i den nevnte egenskap» måtte ta stilling til forhold hvor en rekke kryssende hensyn og partsforhold gjør seg gjeldende – ikke minst når økonomien i selskapet er presset. Høyesterett har nylig løftet dette frem (HR-2017-2375-A «Ulvesund Elektro»):³³

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

(...) Kravene til forsvarlig handlemåte må avstemmes mot den vanskelige situasjonen som ledelsen befinner seg i når det drar seg til økonomisk for selskapet, og til at ledelsen forventes å foreta balanserte avveininger og valg.»

At selskapsledelsen under normale forhold har en slik skjønnsfrihet som Høyesterett fremholder, er alminnelig anerkjent. Det er imidlertid avklarende at Høyesterett anerkjenner et så vidt

bredt interessetilfang, og presiserer at selskapsledelsen, selv i selskaper som har økonomiske vanskeligheter, har «et visst strategisk arbeidsrom (...) til å arbeide for å redde virksomheten i det stille». Høyesterett lar det komme klart til uttrykk at interesse mangfoldet må avstemmes med ansvarsnormen ved at ledelsen gis et rom til å utøve skjønn uten risiko for ansvar for resultatet av den materielle skjønnsutøvelsen (herunder interesseavveiningen) selv når selskapets økonomi er presset.³⁴ Selv om språkbruken og til dels rettskildebruken er ulik, er dette i samsvar med Høyesteretts tilnærming i Rt. 1991 s. 119 «Normount».

I *Ulvesund Elektro* valgte Høyesterett også å gi ytterligere prinsipielle avklaringer for å gi handlingsrommet realitet gjennom økt forutberegnelighet for selskapsledelsen med hensyn til når erstatningsansvar kan være aktuelt. Det gjelder for det første spørsmålet om ansvar kan være aktuelt før selskapet er insolvent, og for det andre i hvilken grad selskapsledelsen, også etter at insolvens har inntrådt, kan arbeide i det stille med sikte på å redde selskapet fra konkurs, jf. nærmere punkt 3.5. Denne tilnærmingen har god forankring i den alminnelige reguleringen av ansvar for formuestap, hvor rommet for rettssystematiske betraktninger og kost/nytte-vurderinger er langt større enn ved realskader, se punkt 2.3 foran.

I en annen høyesterettsdom, HR-2016-1440-A «Håheller», som også gjaldt spørsmål om det var grunnlag for å konstatere ansvar for særkrav, la førstvoterende, som representant for flertallet (3:2), følgende utgangspunkt til grunn ved ansvarsvurderingen:³⁵

«Ved vurderingen av om vilkårene etter § 17-1 er oppfylt, må det tas utgangspunkt i om aksjeeier/styreleder har overtrådt de plikter som objektivt sett gjelder for vedkommende. Der disse pliktene er overtrådt, vil det være en presumsjon for at

33 Avsnitt 37 og 38.

34 HR-2017-2375-A avsnitt 39 og 40.

35 HR-2016-1440-A avsnitt 41.

vedkommende har opptrådt uaktsomt, jf. Kristin Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper (1994) side 221.»

Det er vel etablert under den alminnelige culpanormen at den har en objektiv og en subjektiv side, og at pliktene som gjaldt for vedkommende i den rollen han opptrådte i på det avgjørende tidspunktet i årsaksrekken, vil tjene til å fastlegge innholdet i culpanormens objektive side. Førstvoterende viser til Normann Aarum, s. 221, hvor følgende fremgår:

«Har retten først kommet til at handlingen eller unnlåtelsen er i strid med de plikter som objektivt sett gjelder for styremedlemmene, vil forholdet gjerne bli betraktet som culpøst, fordi det ikke foreligger noen relevant unnskyldningsgrunn. Dette innebærer at dersom retten finner at et styremedlems forhold er rettsstridig, så foreligger en presumsjon for et culpøst forhold. Synsmåten er utslag av at culpavurderingen som hovedregel er objektiv.»

I hvilken grad det er treffende å bruke betegnelsen presumsjon for culpøst forhold ved rettsstridsbrudd, kan nok diskuteres. Poenget er at det normalt vil være få aktuelle unnskyldningsgrunner ved rene formuestap.

Når det gjelder sitatet fra Normann Aarums bok og sitatet fra *Håheller* som viser til hennes fremstilling, er det en iøynefallende forskjell. Normann Aarum viser til at retten allerede har konkludert med at rettsstridsgrensen var overtrådt i det konkrete forholdet mellom en bestemt skadelidt og en bestemt skadevolder, mens førstvoterende i *Håheller* fremholder at det skal tas «utgangspunkt i om aksjeeier/styreleder har overtrådt de plikter som objektivt sett gjelder for vedkommende» ved vurderingen av om vilkårene etter aksjeloven § 17-1 er oppfylt. Det synes derfor å være behov for å presisere at det er tale om rettsstridsgrensen – den objektive siden av culpavurderingen – i forholdet mellom en bestemt selskapskreditor og ett medlem av

selskapsledelsen. Hvilke plikter daglig leder og/eller styremedlemmer har overfor selskapet og kreditorfellesskapet, er ikke avgjørende ved denne vurderingen, i den forstand at det kan utgjøre primært rettsgrunnlag for fastsettelsen av rettsstridsgrensen. Tvert imot, vil hensyn til selskapet, og herunder kreditorfellesskapet som del av selskapsinteressen, kunne tale mot at det er grunnlag for å konstatere at det foreligger uaktsom skadevoldelse overfor en enkelt selskapskreditor.

I den grad aksjeloven (eller annen lov) inneholder bestemmelser som gir en selskapskreditor rettigheter overfor medlemmer av selskapsledelsen som sådanne, og motsvarende plikter for dem, vil en slik bestemmelse, naturligvis, kunne få en helt avgjørende betydning ved vurderingen av ansvarsgrunnlag – nærmest som et slikt utgangspunkt som det kan være førstvoterende i *Håheller* siktet til. Selv da vil man imidlertid måtte ta stilling til om den aktuelle bestemmelsen har en begrunnelse, et formål og en funksjon som tilsier at brudd på den bør kunne danne grunnlag for erstatningsansvar.

I regelen inneholder aksjeloven bestemmelser som gir medlemmer av selskapsledelsen plikter overfor selskapet, herunder kreditorfellesskapet som del av selskapsinteressen, og aksjonærene – ikke direkte overfor bestemte kreditorer eller andre tredjeparter. Det har sammenheng med selskapsledelsens rolle som del av selskapet. Ved spørsmål om ansvar for medlemmer av selskapsledelsen overfor en bestemt selskapskreditor, er det derfor normalt nødvendig, i mangel av spesifikt og relevant lovgrunnlag for fastsettelsen av rolleforventningen og interessevernet, å knytte an til selskapsledelsens rolle som del av selskapet ved ansvarsvurderingen. Som det fremgår av forarbeidene skal også alltid «skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret», jf. punkt 2.2 foran. Dette gir den overordnede normative føringen som gjør at det utgangspunktet som ble lagt til grunn i *Normount*, og videre for-

ankret og ytterligere operasjonalisert i *Ulvesund Elektro*, har den sterkeste autoritative og samlede rettskildeforankringen.

Førstvoterende i *Håheller* viser til *Normount* (avsnitt 48):

«I Rt. 1991 s. 119 (*Normount*) – som gjaldt den tidligere erstatningsregelen i aksjeloven 1976 § 15-1 – ble utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen beskrevet slik på side 124:

«*Twistespørsmålet er, som tidligere antydde, om Normounts økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet – krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når de forfalt.*»»

Utgangspunktet som ble lagt til grunn i *Normount*, fremgår på side 123, slik det er gjengitt over. Sitatet fra side 124 som førstvoterende i *Håheller* viser til, gjelder formuleringen av ansvarsspørsmålet. Det er derfor vanskelig å følge førstvoterendes rettskildebruk på dette punktet.

3.5 Betydningen av selskapets økonomi på tidspunktet for den alternative handlingen – rettslige harmoniserings skjemaer

3.5.1 Oversikt

Selskapets økonomiske stilling vil inngå som en sentral del av reaksjonsgrunnlaget. Det er nettopp den uakseptable kredittrisikoen som det kan være tale om å gi erstatningsvern mot, og spørsmålet er som tidligere nevnt om selskapets økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at ledelsen burde ha forhindret at gjelden til en bestemt kreditor ble pådratt.

Ved den rettslige behandlingen av dette under ansvarsvurderingen i aksjeloven § 17-1, kan man tenke seg tre tilnæringsmåter, henholdsvis i) en nokså åpen konkret rettsanvendelse under et overordnet utgangspunkt, ii) bruk av aksjeloven § 3-4 og § 3-5 som retningsgivende eller iii) konkurslovens insolvensbegrep som retningsgivende og eventuelt som grunnlag for normalløsninger.

Tematikken har både en materiell og en prosessuell side, og disse kan kobles sammen i rettsanvendelsen slik at jo sterkere saksbehandlingen har vært med hensyn til kontroll med og oversikt over selskapets økonomiske stilling, desto større rom gis ledelsen til å utøve skjønn, uten at kreditor høres med at han har lidt skade.

3.5.2 *Normount*-modellen

I *Normount* trakk Høyesterett opp et bredt skjønnstema. Det ble tatt som utgangspunkt at det kreves «noe spesielt» for å skjære gjennom ansvarsbegrensningen og gi dekning hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet. jf. punkt 3.4 foran. Samtidig ble det på den annen side presisert at «[f]ordi styret handler på vegne av et selskap med begrenset ansvar og hvor selskapskapitalen, som her, ofte kan være beskjeden i forhold til virksomheten, kan styret ikke uten videre henviser en kreditor som påføres tap ved styrets uaktsomhet, til å søke dekning hos et insolvent selskap». Når man ser bort fra at dette inneholder et sirkelresonnement, er denne motsatsen til utgangspunktet klart nok forankret i hensynet til å motvirke moral hazard i form av hensynsløs og skjult risikotagning på kreditorens vegne.

Høyesterett konstaterte kort at den generelt formede bestemmelsen om formuesforvaltningen i aksjeloven 1976 § 8-7 (någjeldende § 6-12) ikke ga noen veiledning.

Det ble lagt til grunn som forutsetning for ansvar at selskapet («skyldner») enten positivt eller negativt måtte anses å ha villedet kreditoren som krever erstatning.

Det ble ikke funnet holdepunkter for anførselene om mangelfull organisering av virksomheten og unnlattelse av å føre betryggende kontroll med bokføringen. I *Normount* var det derfor tale om en ren vurdering av om økonomien, hensyntatt den kontrakt det var tale om å inngå, var så svak og/eller usikker at styret burde ha handlet annerledes.

På denne bakgrunn foretok Høyesterett en gjennomgang av faktum.

Nært knyttet til subsumsjonen benyttet Høyesterett så noen ytterligere normative elementer. Det ble lagt til grunn at man ikke hadde «et urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd og dermed snu stillingen for linjen – iallefall hadde man håp om å unngå tap», og at «vel kan man kanskje si at styremedlemmene handlet ut fra en noe høy grad av optimisme», men at «[d]et (...) likevel må sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon». Til det siste ble det vist til Gomard side 321 og inntatt følgende sitat:

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

Høyesterett uttalte så følgende:

«I vår sak kan jeg ikke se at Høyesterett har grunnlag for å betegne som urealistisk styrets håp om at man ved befraktning av M/S «ARAO» skulle lykkes i å snu utviklingen, eller i alle fall ikke lide større tap enn Normount kunne bære. Noen uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning kan jeg ikke se foreligger.»

Avslutningsvis ble vurderingen sammenfattet slik:

«De har for så vidt feilvurdert situasjonen. Men denne feil består, så vidt jeg kan forstå, i en uriktig skjønnsmessig bedømmelse av den risiko slutning av M/S ARAO medførte. En slik skjønnsmessig feilvurdering kan etter gjeldende teori og rettspraksis ikke utløse erstatningsansvar.»

3.5.3 Betydningen av aksjeloven § 3-4 og § 3-5

Aksjeloven § 3-4 om krav til forsvarlig likviditet og egenkapital ut fra risikoen ved og omfanget

av virksomheten har selskapet som pliktsubjekt. Som ansvarlig for forvaltningen av selskapet har imidlertid styret et overordnet ansvar for at kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet er oppfylt, jf. aksjeloven § 6-12. I tillegg er styret gitt særskilte handleplikter dersom «det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Da skal styret straks behandle saken, og «innen rimelig tid» innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelsen for selskapets økonomiske stilling, jf. aksjeloven § 3-5 første og annet punktum. Og dersom det ikke bare må antas, men forholder seg slik at selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med aksjeloven § 3-4, skal styret foreslå tiltak på generalforsamlingen for å rette på dette, jf. aksjeloven § 3-5 tredje punktum. Hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå slike tiltak, eller tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal styret foreslå selskapet oppløst, jf. aksjeloven § 3-5 annet ledd.

Brudd på plikten til å følge opp forholdet mellom selskapets egenkapital og likviditet og risikoen ved og omfanget av virksomheten, eller styrets særlige handleplikter etter aksjeloven § 3-5, vil kunne gi grunnlag for erstatningskrav etter aksjeloven § 17-1 fra selskapets side (selskapskrav). Den interessen som normalt vil være skadelidende, er kreditorenes felles dekningsinteresse, som er omfattet av den såkalte selskapsinteressen.³⁶ Krav vil i praksis normalt bli gjort gjeldende av konkursboet (subrogasjon). Det fremgår av forarbeidene at man var bevisst denne sammenhengen med erstatningsreguleringen, og den ble også fremhevet som del av begrunnelsen for å innføre et forsvarlighetskrav. Eventuelle betenkeligheter med å knytte ansvar til en så vidt skjønnspregert regulering, ble også adressert.³⁷

³⁶ Jf. Rt. 1993 s. 1399 «Ytternes».

³⁷ Jf. Ot. prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52, jf. Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) s. 68.

«Det kanskje viktigste er at en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak. En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt innebygget i hele systemet, men det har etter departementets syn en egenverdi at kravet fremgår uttrykkelig av loven. Denne funksjonen mener departementet at bestemmelsen vil kunne fylle selv om den er skjønnsmessig utformet.

Videre vil en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen ... dersom ledelsen ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte. Etter departementets syn må den foreslåtte bestemmelsen på denne måten sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene, og kan ikke anses overflødig ved siden av disse.

Når flere høringsinstanser peker på problemer med å praktisere og håndheve en så skjønnsmessig bestemmelse, tenker de trolig i første rekke på ansvarsaspektet. Etter departementets syn kan imidlertid bestemmelsen også i denne relasjonen fungere tilfredsstillende selv om den er formet som en rettslig standard. Som nevnt vil en sterkere betoning av selskapets plikter med hensyn til egenkapitalens størrelse trolig bidra til å gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav. Dette er etter departementets syn ønskelig. Departementet er ikke redd for at bestemmelsen vil føre for langt i så måte. For at ansvar skal være aktuelt, må egenkapitalen rent faktisk være uforsvarlig lav, og i tillegg må ledelsens vurdering av situasjonen anses uaktsom. De usikkerhetsfaktorer som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om kapitalen er forsvarlig, tilsier at ledelsen får et visst spillerom og at ansvar bare fastsettes i noe grovere tilfeller.»

Ved spørsmål om krav om erstatning fra en bestemt selskapskreditor (særkrav), vil ikke brudd på aksjeloven § 3-4 og eventuelt § 3-5 alene gi

grunnlag for erstatningsvern. I seg selv rammer brudd på disse bestemmelsene kreditorene likt, og noe fundament for særkrav oppstår således ikke. Aksjeloven § 3-4 regulerer verken forholdet mellom en enkelt selskapskreditor og selskapet eller forholdet mellom medlemmer av selskapsledelsen og de enkelte selskapskreditorene.

Spørsmålet er om aksjeloven § 3-4 og § 3-5 likevel kan få betydning ved vurderingen av om det er grunnlag for et særkrav.

Selv om det må antas eller er konstatert at selskapet er i brudd med aksjeloven § 3-4, har styret fortsatt sin rett og plikt til å forestå forvaltningen av selskapet, herunder kompetansen til å slutte avtaler og pådra selskapet betalingsforpliktelser, jf. aksjeloven § 6-12. Å medvirke til at selskapet slutter avtale, er således ikke per se rettsstridig overfor medkontrahenten.

Interessevern er i disse tilfellene som tidligere nevnt knyttet til en konstatering av at selskapskreditor ble eksponert for en uakseptabel kredittrisiko. Denne vurderingen må foretas i to ledd. For det første må selskapets økonomi – den kredittrisikoen selskapet representerte – på tidspunktet for den alternative handling fastlegges (så godt det lar seg gjøre). For det andre må spørsmålet om styret hadde sin skjønnsfrihet i behold avgjøres. Dersom svaret er bekreftende, vil det ikke foreligge grunnlag for ansvar, i det en ansvarskonstatering nødvendigvis medfører at styrets skjønnsfrihet anses beskåret ved plikt til å ivareta en enkelt selskapskreditors interesser. Ansvar og skjønnsfrihet er gjensidig utelukkende.

Når man skal rubrisere selskapets økonomiske stilling og risikoforhold på det kritiske tidspunktet, er det ikke unaturlig å gripe til rettslig tematisering av temaet. Aksjeloven § 3-4 er her ett alternativ. Et annet er konkursloven § 61 (insolvens). Kriteriene og rettsvirkningene knyttet til disse to bestemmelsene er forskjellige, og rettsanvenderen står ikke fritt med hensyn til valg av referanse som benyttes ved ansvarsvurderingen etter aksjeloven § 17-1.

Var selskapet insolvent og plikten til å begjære oppbud inntrådt, jf. straffeloven § 407, jf. aksjeloven § 6-18, vil disposisjoner som pådrar selskapet gjeld være ansvarsbetingende for selskapets styremedlemmer overfor den kreditor som lider skade. Styrets kompetanse er da begrenset til å begjære oppbud. Noe rom for å knytte vurderingen til aksjeloven § 3-4 foreligger ikke i disse tilfellene.

Var selskapet insolvent, men i en situasjon hvor oppbudsplikten likevel ikke hadde inntrådt, vil det være uten interesse å bringe inn aksjeloven § 3-4 ved kategoriseringen av kredittrisikoen, i det selskaper som er insolvente også alltid vil være i brudd med § 3-4.

Fra insolvenstidspunktet til oppbudsplikten inntrer, har selskapets styre en viss handlefrihet i behold. Ved den den nærmere vurderingen av styrets handlefrihet, vil kontrollen med selskapets kapital og risikoforhold kunne få betydning. Det åpner for spørsmålet om god saksbehandling av § 3-4-tematikken kan påvirke rommet for styrets handlefrihet. Dette er nærmere behandlet i punkt 3.5.4 og 3.5.5.

Først dersom det ikke er grunnlag for å konstatere at selskapet var insolvent på det kritiske tidspunktet, må det tas stilling til om og eventuelt hvilken betydning kravet til forsvarlig egenkapital skal tillegges ved vurderingen av om risikoen må anses så høy at ansvar kan være aktuelt.

I *Håheller* konstaterer førstvoterende at «[s] entralt ved vurderingen av om det er grunnlag for ansvar i vår sak, står spørsmålet om *Håheller Utvikling AS* var underkapitalisert i forhold til de forpliktelsene selskapet påtok seg». Deretter vises det til at [«]aksjeloven § 3-4, slik den lød frem til 2013, stilte krav om at selskapet til enhver tid skulle ha en «forsvarlig egenkapital»].³⁸

Etterfølgende avsnitt 43 inneholder en uttalelse vedrørende formålet med og begrunnelsen for § 3-4:

«Formålet med bestemmelsen er primært å verne selskapets kreditorer. I Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) skriver departementet på side 68 at bestemmelsen må «sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene», og at «en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig [vil] gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen».»

Førstvoterende kommenterer ikke om ordlyden i aksjeloven § 3-4 og § 3-5, sammenholdt med uttalelsene i forarbeidene, taler for at kreditorvernet her bare omfatter kreditorenes felles interesse, eller om bestemmelsen også skal kunne gis betydning ved spørsmål om ansvar for særkrav. Verken forarbeidene eller ordlyden gir forankring for at bestemmelsen skal gis en fremtredende plass ved vurderingen av særkrav, og den rettskildemessige verdien av førstvoterendes bruk av § 3-4 i en sak om særkrav, kunne vært sterkere ved en åpen håndtering av spørsmålet.

For å forstå førstvoterendes bruk av aksjeloven § 3-4, må man sammenholde flere avsnitt. I avsnitt 44 til 47 gjengis uttalelser i teorien som alle berører det forhold at bestemmelsen inneholder en rettslig standard som fordrer en konkret vurdering av selskapsledelsen, hvor domstolene normalt ikke vil ha grunnlag for å overprøve selskapets egen vurdering av hva som utgjør forsvarlig egenkapital. Førstvoterende slutter seg til dette.³⁹

Så knytter førstvoterende an til vurderingstemaet, slik det ble presentert i *Normount*, jf. avsnitt 48:

*«Twistetemaet er, som tidligere antydnet, om *Normounts økonomi på den aktuelle tid* var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet – krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når de forfalt.»*

38 Jf. avsnitt 42.

39 Jf. avsnitt 47.

Dette er et interessant element som trolig bør forstås slik at førstvoterende anerkjenner at aksjeloven § 3-4 kun, eventuelt, inngår som en form for rettslig bakgrunn eller referanseelement for den vurderingen som må foretas ved spørsmål om særkrav.

I avsnitt 49 til 62 følger en konkret vurdering av selskapets kapital- og risikoforhold. Mønsteret her er nokså likt det som fremgår av *Normount*, jf. punkt 3.5.2 foran.

Så, i avsnitt 63, følger en konklusjon som inneholder flere elementer:

«Min konklusjon så langt er altså at overdragelsen av Lærdals' rettigheter og forpliktelser etter avtalen med Njål Egeland skjedde til et selskap som ikke oppfylte kravene til egenkapital etter aksjeloven § 3-4, og som heller ikke kunne ha noen rimelig forventning om å oppnå dette innen overskuelig framtid, gitt de forpliktelser selskapet pådro seg ved overdragelsen.»

I konstateringen av at selskapet var i brudd med aksjeloven § 3-4 ligger det implisitt at situasjonen ble vurdert å ligge utenfor normalen, slik at domstolen kunne overprøve selskapets vurdering. I tillegg trekker førstvoterende inn at selskapet heller ikke hadde en rimelig forventning om å oppnå forsvarlig egenkapital i overskuelig fremtid, sett hen til de forpliktelsene selskapet pådro seg ved den potensielt ansvarsbetingende disposisjonen (overdragelsen). Førstvoterende refererer her til selskapet, men ut fra sammenhengen må dette angivelig forstås som en vurdering av styrets handlefrihet. Rettsanvendelsen bringes da mer på linje med den som fremgår av *Normount*. Dvs. at styret i selskaper som har en anstrengt økonomisk stilling, vil kunne inngå nye avtaler dersom styrets vurdering og forventning med hensyn til selskapets fremtidige kapital og risikoforhold er rimelig. Formuleringen er imidlertid en noe annen enn i *Normount*, hvor det ikke ble ansett å være grunnlag for ansvar så fremt håpet om å snu selskapets utvikling ikke var urealistisk og

bygget på en normal forretningsmessig vurdering, og det selv om det nok ble handlet ut fra en noe høy grad av optimisme.

Førstvoterende introduserte et nokså skjønnsmessig element i sin sammenfatning: «heller ikke ha noen rimelig forventning om å oppnå dette innen overskuelig framtid». Ved den nærmere vurderingen av hva som utgjør en rimelig forventning, hvor ansvar ikke er aktuelt, kan nok førstvoterendes bruk av § 3-4 tas til inntekt for at det ble lagt til grunn at skjønnsfriheten, og dermed rommet for ansvarsfrihet, er noe mindre enn det som ble lagt til grunn i *Normount*. Dersom førstvoterende i *Håheller* ville markere en forskjell med hensyn til styrets handlefrihet sammenlignet med det som ble lagt til grunn i *Normount*, kunne det imidlertid med fordel ha kommet klarere til uttrykk.

Annenvoterende, dommer Bårdsen, som sammen med dommer Arntzen, utgjorde mindretallet i *Håheller*, ga bl.a. uttrykk for følgende:⁴⁰

«Jeg har, i likhet med tingretten og lagmannsretten, et annet syn enn førstvoterende på betydningen av selskapets egenkapital med hensyn til det spørsmålet saken gjelder, nemlig ekteparet Lærdals eventuelle ansvar vis-a-vis Egeland.»

Dissensen er etter dette nokså konkret begrunnet. Det ligger likevel et poeng i påminnelsen om hva saken gjaldt, nemlig spørsmål om ansvar på kontraktsrettslig eller selskapsrettslig grunnlag – ikke hvorvidt selskapets egenkapital var forsvarlig på det tidspunktet forpliktelsen overfor kreditor (Egeland) ble overført til selskapet. Dissensen inneholder for øvrig ingen elementer som gir grunnlag for å anta at mindretallet bygget på et annet syn enn flertallet vedrørende rammene for styrets handlefrihet.

40 Avsnitt 87.

3.5.4 Insolvens som omdreiningspunkt for ansvarsspørsmålet – Ulvesund Elektro

I *Ulvesund Elektro* ble det først slått fast at «akt-somhetsnormen [bør] gi ledelsen et visst strategisk arbeidsrom utover det den kontraktsrettslige lojalitetsplikten isolert sett betraktet kan tilsi, også til å arbeide for å redde virksomheten «i det stille»». ⁴¹ Dette må sees i sammenheng med uttalelsen om at det «bør (...) være et utgangspunkt at insolvent selskap som mottar nye leveranser på kreditt, forventes å gjøre medkontrahenten oppmerksom på at det har inntrådt en svikt i selskapets økonomi som innebærer at det ikke regner med å kunne gjøre opp for de nye leveransene ved forfall – i realiteten er det da grunnlag for å konstatere antepert mislighold». ⁴² Høyesterett la således til grunn at selv etter at det foreligger insolvens, og selskapet har plikt til å gi kontraktspartnern informasjon om dets økonomiske stilling, vil selskapets ledelse ha «et visst strategisk arbeidsrom».

Videre ble det lagt til grunn at aksjeloven § 17-1 i disse tilfellene bør praktiseres på en måte som gir selskapsledelsen en «rimelig grad av forutsigbarhet» med hensyn til når ansvar overfor selskapets enkelte kreditorer kan være aktuelt. Tankegangen synes å være at en rimelig grad av forutsigbarhet er nødvendig for å gi det strategiske arbeidsrommet tilstrekkelig realitet. Med dette som inngang, valgte Høyesterett å la insolvensbegrepet virke tilordnende for rettsanvendelsen. ⁴³

«For det andre bør aksjeloven § 17-1 her praktiseres på en måte som gir selskapsledelsen en rimelig grad av forutsigbarhet. Insolvens er et innarbeidet og nokså avklart kriterium, og det er også ellers egnet som utgangspunkt for varslingsplikten. Aktsomhetsnormen for så vidt gjelder det tapet som en kreditor måtte lide fordi han ikke blir varslet om sviktende økonomi i selska-

pet, bør altså kunne presiseres slik at det ikke – iallfall ikke under ordinære forhold – vil være aktuelt med personlig ansvar så lenge ledelsen på et forsvarlig avklart grunnlag bygget på at selskapet var solvent.»

Høyesterett utelukket ikke helt at ansvar kan være aktuelt selv om selskapet var solvent på det avgjørende tidspunktet. Uttalelsen gir imidlertid grunnlag for å ta som utgangspunkt at erstatningsansvar ikke skal inntre, «så lenge ledelsen på et forsvarlig avklart grunnlag bygget på at selskapet var solvent».

Kvalifikasjonen for utgangspunktet om ansvarsfrihet er viktig. Den må trolig forstås som en bro til ledelsens ansvar for løpende kontroll med formuesforvaltningen i aksjeloven, jf. særlig § 6-12 tredje ledd for styrets del, sammenholdt med aksjeloven § 3-4, jf. § 3-5. Det kan synes som utgangspunktet om ansvarsfrihet ved solvens etter Høyesteretts syn hviler på en forutsetning om at styret har overholdt sine forvaltnings- og kontrollplikter etter aksjelovene. For daglig leder vil det samme gjelde med hensyn til pliktene som følger av aksjeloven § 6-14 fjerde ledd. *Ulvesund Elektro* gjaldt spørsmål om ansvar for daglig leder, og førstvoterende viser i avsnitt 44 til denne bestemmelsen:

«Det følger av aksjeloven § 6-14 at daglig leder «skal sørge for at selskapets regnskap er i samsvar med lov og forskrifter, og at formuesforvaltningen er ordnet på en betryggende måte». Dette var ikke situasjonen i [Firma1] gjennom 2011. As forsømmelser av sine plikter som daglig leder i så måte, satte i neste omgang ham og den øvrige ledelsen ut av stand til å forvalte selskapets interesser på en forsvarlig måte, og gjorde det i realiteten umulig for dem å ivareta hensynet til selskapets kreditorer i forbindelse med [Firma1]s insolvens. Jeg finner det riktig at As forsømmelser møtes med personlig ansvar etter aksjeloven § 17-1.»

41 Jf. avsnitt 40.

42 Jf. avsnitt 35.

43 Jf. avsnitt 41.

For di disse pliktene ikke var ivaretatt, og daglig leder ikke visste at selskapet var insolvent på det avgjørende tidspunktet, ble anken forkastet.

Det er vanskelig å være uenig i at insolvensbegrepet i konkursloven § 61 er et vel innarbeidet og nokså avklart kriterium.⁴⁴ Når Høyesterett fremholder at det «også ellers [er] egnet som utgangspunkt for varslingsplikten», dvs. ikke bare under lojalitetsplikten i kontraktsforhold, er det i denne sammenheng trolig forholdet til kreditorfellesskapets interesser det siktes til. Høyesterett viste til sammenheng med plikten til å begjære oppbud, som først er aktuell fra det tidspunkt skyldneren (selskapet) er blitt insolvent, jf. straffeloven § 407, jf. aksje-loven § 6-18.⁴⁵

«For det tredje tilsier hensynet til sammenheng med den etablerte aktsomhetsnormen under § 17-1 for så vidt gjelder styrets plikt til å begjære oppbud, at personlig ansvar for ikke å ha varslet kreditorene om økonomisk sviikt ikke bør inntre selv om selskapet nok var insolvent, dersom det likevel var et realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid. Jeg viser til Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994 side 502 og side 524.»

Høyesterett anerkjenner og bygger på at selskapsledelsen, også etter at insolvens har inntrådt, har et strategisk arbeidsrom. Et rom til å arbeidet for å redde selskapet «i det stille», så fremt og så lenge det er et realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs – uten at tap kreditorfellesskapet måtte lide som følge av

44 Merk her imidlertid Høyesteretts presisering av det dynamiske elementet i likviditetsvurderingen i avsnitt 30: forfalte forpliktelser og øvrige forpliktelser vs. disponibel likviditet og «med tillegg av de likvider han i fremtiden antas å ville få tilgang til».

45 Jf. her sammenheng med påfølgende avsnitt 42.

svekkelse av den felles dekningsinteressen kan kreves erstattet. Dette arbeidsrommet er der så lenge det er et realistisk håp om å kunne redde selskapet, og den straffebelagte oppbudsplikten ikke har inntrådt, jf. her de alternative vilkårene i straffeloven § 407 første ledd bokstav a og b.

En nærmest nødvendig følge av sammenheng med rommet for ansvarsfrihet overfor kreditorfellesskapet er at heller ikke en enkelt selskapskreditor som tar kredittrisiko på selskapet i denne fasen, kan høres med at styrets medlemmer har en handlingsplikt overfor ham fordi selskapet var insolvent da kreditten ble pådratt. Dersom kredittpådragelsen inngår i en realistisk plan for å bringe selskapet på rett kjø, vil det heller ikke være grunnlag for særkrav fra selskapets kontraktsmotpart. Igjen vil imidlertid forutsetningen for ansvarsfrihet være at selskapsledelsen har god kjennskap til selskapets stilling og gjennomfører en forsvarlig saksbehandling, herunder særlig vedrørende risikoen forbundet med å fortsette å motta leveranser på kreditt, eller inngå nye avtaler som eksponerer selskapets kontraktsmotpart for selskapets kredittrisiko.

Tankegangen synes å være at så lenge det ikke er rettsstridig overfor kreditorfellesskapet, kreditorenes dekningsinteresse, å drifte selskapet videre, herunder å øke selskapets underdekning, så inntre det heller ingen varslingsplikt overfor en enkelt selskapskreditor som får økt sin kreditteksponering mot selskapet. Er disse betingelsene innfridd, foreligger det ingen ufor-svarlig – rettsstridig – spekulasjon på kreditorenes bekostning, verken enkeltvis eller samlet.

3.5.5 Sammenfatning og konklusjoner

Innføringen av aksjeloven § 3-4, jf. § 3-5, bidro muligens til en viss usikkerhet ved om utgangspunktet som ble lagt til grunn i *Normount* kunne opprettholdes. Dette utgangspunktet har fortsatt gode grunner for seg, og verken *Håheller* eller *Ulvesund Elektro* gir grunnlag for eller tilfører elementer som tilsier at dette utgangspunktet er fraveket, jf. punkt 3.5.2, 3.5.3 og 3.5.4.

Betoningen av behovet for å innrømme styret en skjønnsfrihet til å avstemme kryssende interesser i *Ulvesund Elektro*, selv i en situasjon hvor selskapets økonomi er presset, går etter mitt syn i kjernen av den begrunnelsen som utgangspunktet i *Normount* hviler på. Som utgangspunkt må derfor følgende gjelde:

«Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risiko-fylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere – aksjonærene – eller hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet.»

At Høyesterett i en enstemmig dom (*Ulvesund Elektro*), i et obiter dictum, valgte å gi anvisning på insolvenskriteriet som omdreiningspunkt for å oppstille prinsipielt anlagte nærmere utgangspunkter og retningslinjer for vurderingen av grensen for selskapsledelsens opplysningsplikt overfor en enkelt selskapskreditor, er et sterkt signal om at Høyesterett anså det for å være et behov for å klargjøre rettsstillingen for å oppfylle sin rolle som prejudikatsdomstol. Begrunnelsen har også en god rettssystematisk forankring, den faller godt sammen med utgangspunktet nevnt foran og den treffer den overordnede føringen for tolkningen av aksjeloven § 17-1, nemlig at «skadevoldelsens tilknytning til den selskapsrettslige egenskap eller funksjon skal være avgjørende ved fastleggelsen av ansvaret», jf. nærmere punkt 2.2. Det er derfor vanskelig å se at man nå kan unnlate å benytte insolvenskriteriet som omdreiningspunkt ved ansvarsvurderingen, slik Høyesterett ga anvisning på i *Ulvesund Elektro*, jf. punkt 3.5.4.

Valget av insolvenskriteriet innebærer nødvendigvis at aksjelovens krav til forsvarlig likviditet og egenkapital i § 3-4 ikke kan gis en tilsvarende rolle ved ansvarsvurderingen. Det

er gode grunner for dette valget. Kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet er et utpreget skjønnsmessig tema, og så lenge styrets saksbehandling er forsvarlig, vil selve forsvarlighetsvurderingen – skjønnsutøvelsen – normalt ikke kunne settes til side av domstolene.⁴⁶ Det ligger m.a.o. en skjønnsfrihet i § 3-4 som gjør bestemmelsen mindre egnet som materiell omdreiningspunkt enn insolvensbegrepet, som er et rent, klassisk, rettsanvendelsesskjønn.

Dette betyr ikke at aksjeloven § 3-4 og § 3-5 nødvendigvis blir uten betydning ved spørsmål om ansvar overfor enkeltfølgende selskapskreditorer. Høyesterett synes å ha bygget disse bestemmelsene inn i prosessuelle – saksbehandlingsmessige – forbehold i *Ulvesund Elektro* («så lenge ledelsen på et forsvarlig avklart grunnlag bygget på at selskapet var solvent»). Dette gir også tilfredsstillende harmoni med følgende uttalelse i forarbeidene til § 3-4:⁴⁷

«Videre vil en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen ... dersom ledelsen ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte. Etter departementets syn må den foreslåtte bestemmelsen på denne måten sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene, og kan ikke anses overflødig ved siden av disse.»

Selskapsledelsen må m.a.o. ha en forsvarlig oppfølging av pliktene i aksjeloven § 3-4, jf. § 3-5, jf. § 6-12 tredje ledd for å være kvalifisert til å nyte godt av den forutberegneligheten som ligger i insolvensgrensens betydning for muligheten til å kunne komme i ansvar overfor en enkelt selskapskreditor som lider tap som følge av selskapets sviktende økonomi.

46 Jf. punkt 3.5.3.

47 Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) s. 36, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52.

Høyesterett har lagt til grunn at domstolene normalt ikke vil ha grunnlag for å overprøve selskapets egen vurdering av forsvarlig egenkapital, og at domstolene derfor normalt heller ikke vil ha grunnlag for å sette til side selskapets egen vurdering med mindre det foreligger særlige forhold, jf. punkt 3.5.3. Førstvoterende i *Håheller* var også klar på at selv i de tilfellene hvor selskapets vurdering må anses som klart uforsvarlig, og retten finner å kunne sette selskapets vurdering til side, så vil man måtte vurdere om ledelsen bygget på en rimelig forventning om å oppnå forsvarlig egenkapital innen overskuelig fremtid, gitt den forpliktelsen selskapet pådro seg overfor den bestemte selskapskreditoren som gjør krav om ansvar gjeldende. I lys av den etterfølgende, enstemmige dommen, *Ulvesund Elektro*, synes det å være et noe mer begrenset rom for en slik rettsanven-

delse, nemlig ikke så lenge ledelsen på et forsvarlig avklart grunnlag bygget på at selskapet var solvent», og bare dersom det ikke forelå et realistisk håp om å kunne unngå at selskapet ville gå konkurs.

I *Normount* ble selskapsledelsen gitt rom til å handle «ut fra en noe høy grad av optimisme» så lenge det lå «en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon», og det ble vist til at ansvar ikke ville inntre «hvor håbet om at selskapet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk». I lys av *Håheller* og *Ulvesund Elektro*, må dette muligens nå modifieres til et krav om at håpet om å kunne snu utviklingen var realistisk. I *Ulvesund Elektro* knyttet Høyesterett imidlertid kravet om realisme til et «håp». En stor endring av gjeldende rett er det derfor ikke tale om.