

Finansklagenemnda Skade

Avgjørelse FinKN 2025-238

4.3.2025

If Skadeforsikring NUF

Ansvar

Styreansvar – tap av fordring i konkurs.

Klager meldte inn krav om erstatning under styrets (sikrede) ansvarsforsikring. Klager anførte at styret var erstatningsansvarlig fordi styret hadde brutt handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4. Foretaket innhentet en vurdering av insolvenstidspunktet fra en uavhengig regnskapsfører. Regnskapsføreren konkluderte med at sikrede ble insolvent sommeren 2022. Men ifølge regnskapsføreren var det likevel forsvarlig av styret å fortsette driften utover høsten 2022. Det ble vist til at styret hadde rimelig tid til å forsøke å redde selskapet etter at insolvensen var inntrådt. Styret hadde arbeidet med å finne løsninger på de økonomiske problemene i løpet av høsten. Foretaket avsto så ansvar overfor klager. Foretaket avviste at styret hadde opptrådt uaktsomt, da styret hadde jobbet med konkrete løsninger for å bedre selskapets økonomiske situasjon høsten 2022. Ifølge foretaket forelå det ikke et urealistisk håp om å unngå konkurs. Klager mente imidlertid at foretaket hadde lagt til grunn feil forståelse av aksjeloven § 3-5. Ifølge klager var det feil å legge avgjørende vekt på insolvenstidspunktet. Klager anførte at styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5 inntrådte før selskapet ble insolvent. Det var tilstrekkelig at egenkapitalen var uforsvarlig. Klager mente at egenkapitalen var uforsvarlig flere år før selskapet ble insolvent. Nemnda kom til at styret ikke var erstatningsansvarlig for klagers tap, og viste blant annet til at det ut fra regnskapsførerens vurdering var forsvarlig av styret å fortsette driften frem til det ble begjært oppbud.

ANTATT ØKONOMISK OMFANG: ca. kr 286 144

Saksfremstilling

Sikrede, selskap A, ble etablert i 2006. Selskapet drev med design, prosjektering, produsering og installering av elektroteknisk og mekanisk utstyr og produkter til bruk offshore og på land. I april 2021 fikk selskapet nye eiere. De nye eierne satte fokus på vekst med en betydelig økning i aktivitet og antall ansatte.

I månedsskiftet juni/juli 2021 vant selskapet en kontrakt med B. Kontrakten var på en verdi til kr 37,8 millioner og skulle leveres i mars 2022. I tillegg la selskapet ned innsats for å presentere seg for nye kunder, og selskapet inngikk flere nye kontrakter.

Grunnet den økte aktiviteten økte antall kundefordringer og gjeld i løpet av 2021 og 2022. Ifølge daglig leder tok flere prosjekter lengre tid å fullføre, og det tok derfor lengre tid å få inn betalinger fra de ulike prosjektene.

Videre byttet selskapet bank i februar. Kredittrammen ble økt fra kr 5,5 millioner til kr 10 millioner. I tillegg hadde selskapet en husleiegaranti på kr 1,0 millioner og en prosjektgaranti på R-prosjektet til kr 3,7 millioner. Ifølge uavhengig regnskapsfører, D, hadde selskapet relativt god likviditet på dette tidspunktet. Det var ingen forfalt gjeld som ikke var betalt, og selskapet hadde

over kr 7 millioner tilgjengelig på bankkontoen. Selskapet hadde også en ubenyttet kredittgrense på kr 5,5 millioner.

Høsten 2022 begynte selskapet å få økonomiske problemer. I september beskrev styret likviditetssituasjonen som anstrengt, men håndterbar. Forsinkede betalinger fra B påvirket i betydelig grad likviditeten. Styret spurte B om forskuddsbetaling som avbøtende tiltak, og det ble gitt positive signaler.

I oktober 2022 var årsregnskapet for 2021 klart. Regnskapet viste et negativt salgsresultat og egenkapital. Det viste seg også at et prosjekt i Litauen, som tidligere var rapportert som et prosjekt med positivt dekningsbidrag, ble et betydelig tap. Det var flere årsaker til at regnskapet for 2021 var forsinket. For det første byttet selskapet regnskapssystem. Videre ble det avdekket flere hendelser som førte til korreksjoner direkte mot egenkapitalen per 31.12.20. Ifølge D skyldtes dette at prosjektvurderingene som ble gjort per 31.12.20 var feil. Daglig leder og styreleder sa til D at de ikke visste at prosjektvurderingene per 31.12.20 var feil før sommeren/tidlig høst 2022.

Styret var ikke fornøyd med regnskapet for 2021, men selskapet hadde gjennomgått en oppstartsperiode med betydelige investeringer, og de forventet inntjening i fremtiden. Styret arbeidet med flere alternativer for å bedre den økonomiske situasjonen. Ifølge styret var prognosen for 2023 en omsetning på kr 150 millioner og et resultat på kr 6 millioner. Dette ble underbygget av pågående prosjekter, tilbud og prospekter. Under møtet med banken ble det presentert en plan for restrukturering av selskapet, som inkluderte en avtale med leverandørene og kapitalinnskudd. Banken var i utgangspunktet positiv til dette.

Høsten 2022 engasjerte selskapet C som rådgiver for å forbedre selskapets økonomiske situasjon. Det ble vurdert flere mulige alternativer for refinansiering og restrukturering av selskapet.

Styret iverksatte flere tiltak. Ett av tiltakene var et forsøk på å oppnå en frivillig gjeldsavtale med kreditorene. Forslaget til frivillig akkord ble sendt ut til kreditorene den 28.11.22. Forslaget innebar en dekning på inntil 40 %. Dersom kreditorene aksepterte forslaget, skulle eierne skyte inn egne midler i en rettet emisjon. Svarfristen var 5.12.22. Selskapet oppnådde ikke tilstrekkelig aksept for forslaget. Styret begjærte så oppbud. Det ble åpnet konkursbehandling i selskapet den 9.12.22.

Det kan også bemerkes at den samlede leverandørgjelden gikk ned fra kr 26,2 millioner til kr 24,6 millioner mellom 30.9.22 til 21.11.22.

Klager fikk ikke dekning for sitt krav mot sikrede. Kravet var på kr 286 144. Klager meldte inn et erstatningskrav mot styrets ansvarsforsikring. Som rettsgrunnlag for kravet viste klager til aksjeloven § 3-4. Bestemmelsen pålegger selskapet å ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten til enhver tid. Videre viste klager til at styret hadde plikt til å oppløse selskapet dersom egenkapitalen var uforsvarlig og forholdet ikke lot seg rette, jf. aksjeloven § 3-5. Klager skrev at foretakets årsregnskap viste at egenkapitalen gikk tapt i løpet av 2021, da egenkapitalen var negativ kr 9 millioner ved årsskiftet. Følgelig mente klager at selskapet drev for kreditorenes regning i lengre tid før klagers krav oppstod. Klager mente at styret hadde brutt sin handleplikt. Videre mente klager at forholdet hadde adekvat årsakssammenheng med at klagers fordring gikk tapt, da fordringen ikke ville ha oppstått dersom styret hadde oppløst selskapet eller meldt oppbud rettidig. Styrets medlemmer var derfor erstatningsansvarlige etter aksjeloven § 17-1.

Foretaket innhentet en vurdering av tidspunktet for insolvens fra regnskapsfører D. Regnskapsfører mente at sikrede var illikvid i løpet av sommeren 2022. Videre var selskapet insuffisient senest ved utgangen av 2021. Regnskapsfører mente at selskapet ble insolvent

sommeren 2022. Regnskapsfører mente imidlertid at oppbudsplikten ikke oppstod samtidig som selskapet ble insolvent. Det ble vist til at styret hadde rimelig tid til å forsøke å redde selskapet etter at insolvensen var inntrådt. Regnskapsfører viste til at styret arbeidet med å finne løsninger på selskapets økonomiske problemer i løpet av høsten 2022. Følgelig mente regnskapsfører at det var forsvarlig at styret fortsatte driften frem til det ble begjært oppbud i desember 2022.

Foretaket avslo klagers erstatningskrav. I avslagsbrevet avviste foretaket at styret hadde opptrådt uaktsomt. Selv om sikrede var insolvent høsten 2022, mente foretaket at det forelå et ikke urealistisk håp om å unngå konkurs. Styret la ned betydelig arbeid for å finne konkrete løsninger på den økonomiske situasjonen. Foretaket viste til at styret engasjerte C som rådgiver. Det ble vurdert flere mulige alternativer for refinansiering og restrukturering av selskapet. Videre skrev foretaket at de forsinkede betalingene fra to offshore-oppdrag for B påvirket likviditeten i betydelig grad. Som avbøtende tiltak var det blitt forespurt om forskuddsbetaling for milepæler i B-prosjektene, og det ble her blitt gitt positive signaler. I august 2022 inngikk sikrede en avtale med ul i prosjektet, der leverandøren fikk pant i fordringene på B-prosjektet til en verdi av MNOK 3,5. I den forbindelse aksepterte banken å vike pantesikkerhet.

Videre skrev foretaket at det var stor etterspørsel etter selskapets utstyr og produkter. Styret vurderte kostnadsreducerende tiltak, inkludert flytting av produksjonen for å redusere leiekostnader. I første halvdel av november 2022 hadde styreleder, daglig leder og rådgiver møte med en bank. Resultatet for de første ni månedene av året viste en omsetningsvekst på kr 70 millioner og et positivt EBITDA-resultat på kr 0,1 millioner. Ifølge styret var prognosen for 2023 en omsetning på kr 150 millioner og et resultat på kr 6 millioner. Dette var underbygget av pågående prosjekter, tilbud og prospekter. Under møtet med banken ble det presentert en plan for restrukturering av selskapet, som inkluderte en avtale med leverandørene og kapitalinnskudd. Banken var i utgangspunktet positiv.

Foretaket skrev også at den samlede leverandørgjelden gikk noe ned i løpet av høsten. Foretaket la til grunn at kreditorfellesskapet ikke ble påført ytterligere tap i perioden.

Styret hadde også iverksatt flere tiltak, herunder et forslag om en frivillig gjeldsavtale med kreditorene. Forslaget innebar en dekning på inntil 40 %. Hvis kreditorene godtok forslaget, ville eierne skyte inn egne midler i en rettet emisjon. Svarfristen var 5.12.22. Foretaket avviste derfor at styret hadde opptrådt uaktsomt.

Klager sendte inn klage på foretakets vurdering. Klager skrev at styret var kjent med eller burde vært kjent med at sikrede hadde betalingsanmerkninger allerede i september 2021. Selskapets evne til å oppfylle sine forpliktelser ved forfall sviktet anslagsvis sommeren 2021. Videre avsluttet selskapet regnskapsåret 2021 med kr -8 millioner i negativ egenkapital. Klager mente derfor at insolvenstidspunktet inntrådte i 2021. Videre skrev klager at selskapets forslag til kreditorene var urealistisk og naivt. Klager mente at styret burde ha forstått at kreditorene aldri ville akseptere forslaget. Følgelig forelå det ikke et realistisk håp om å unngå konkurs i 2022. I tillegg viste klager til at det fulgte av lojalitetsplikten i kontraktsforhold at et insolvent selskap som mottar nye leveranser på kreditt forventes å gjøre medkontrahenten oppmerksom på det, dersom 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, jf. HR-2017-12-14. Klager anførte at selskapet var insolvent før det gikk til innkjøp på kreditt hos klagers rettsforgjenger og at styret dermed opptrådt illojalt overfor sin medkontrahent da bestillingene ble gjennomført uten å opplyse om den kritiske økonomiske situasjonen.

Foretaket fastholdt avslaget. Begrunnelsen var i det vesentlige den samme som tidligere.

Klager har i det vesentlige anført at styret er erstatningsansvarlig for tapet av klagers fordring etter aksjeloven § 17-1. Det anføres at styret har brutt handleplikten som følger av aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4. Klager anfører at foretaket har tolket aksjeloven § 3-5 feil. Foretaket har lagt avgjørende vekt på insolvenstidspunktet og styrets angivelige innsats for å redde selskapet høsten 2022 for å frita styret. Klager anfører at styrets ansvar etter aksjeloven § 3-5 inntreffer en god stund før selskapet blir insolvent. Etter ordlyden i aksjeloven § 3-5 er det ikke et krav om at egenkapitalen skal være tapt eller negativ (insuffiens) før ansvar inntreffer, det er tilstrekkelig at egenkapitalen er uforsvarlig. Som følge av at foretaket har lagt til grunn feil tolkning av aksjeloven § 3-5, har foretaket feilaktig lagt til grunn at styret ikke hadde handleplikt før høsten 2022.

Klager anfører at egenkapitalen var uforsvarlig flere år før insolvensen. Det vises til vurderingen som foretaket har innhentet fra en uavhengig revisor. Ifølge revisoren ble foretaket insuffisient senest ved utgangen av 2021. Det må derfor legges til grunn at egenkapitalen ikke var forsvarlig senest ved utgangen av 2021. Styrets handleplikt inntrådte følgelig senest ved utgangen av 2021.

Videre anfører klager at den reelle egenkapitalen var uforsvarlig allerede i 2020. Det følger av rettspraksis at dersom det er avvik mellom bokført og reell egenkapital, så skal den reelle egenkapitalen legges til grunn. Ifølge revisorens vurdering ble årsregnskapet for 2021 avlagt i oktober 2022. Ved avleggelsen av dette regnskapet skal styret ha foretatt korreksjoner direkte mot egenkapitalen per 31.12.22. Det fremgår av selskapets årsregnskap for 2021 at den omtalte korreksjonen bidro negativt til egenkapitalen med kr 9,28 millioner. Egenkapitalen ble skrevet ned i regnskapet for 2021, men ifølge styrets egen forklaring forelå tapet som lå til grunn for nedskrivningen reelt sett i 2020. Det betyr at den reelle egenkapitalen var kr 9,28 millioner lavere ved utgangen av 2020 enn det regnskapet viser. Bokførselen skulle ha skjedd i 2020 istedenfor 2021. Klager anfører derfor at styrets handleplikt inntrådte i 2020, omtrent 2,5 år før klagers fordring oppstod. Styret gjorde ingen tiltak for å rette på situasjonen før høsten 2022 og handlet derfor erstatningsbetingende uaktsomt.

Klager anfører at styret hadde rikelig tid til å treffe tiltak for å rette opp egenkapitalen slik at den ble forsvarlig. Det aktsomme handlingsalternativ ville vært at styret så snart som mulig i 2020 hadde innkalt til generalforsamling og foreslått tre alternativer. Selskapet kunne foreslått emisjon, ansvarlig lån fra eierne som var på et beløp som var tilstrekkelig høyt til å dekke tapet og gjøre egenkapitalsituasjonen forsvarlig eller oppløse selskapet. Styret har ikke straks behandlet saken eller innen rimelig tid innkalt til generalforsamling, jf. LA-2007-37537. Det eneste foretaket har dokumentert er at styret høsten 2022 gjorde forsøk på gjeldsforhandlinger, som uansett ikke lyktes. Tiltakene kom flere år etter handleplikten inntrådte og var ikke tilstrekkelige til å utgjøre aktsomme handlinger.

Videre anfører klager at styret gjorde en feilvurdering av egenkapitalen etter 2020. Differansen mellom faktisk og reell egenkapital var på over kr 9 millioner. Feilvurderingen må i seg selv tas til inntekt for at styret handlet uaktsomt. Det er ikke holdbart at styret brukte nærmere to år på å forstå at prosjektet måtte nedskrives med over kr 9 millioner.

Klager anfører at styret også har brutt med ansvaret som følger av aksjeloven § 6-12 nr. 3 og 4. Dersom styret hadde handlet aktsomt, ville det ved avleggelsen av årsregnskapet for 2020 ha visst at balansen måtte nedskrives med over kr 9 millioner. Deretter ville et aktsomt styre umiddelbart behandlet saken i styremøte, og innen rimelig tid innkalt generalforsamlingen og fremlagt forslag til tiltak i form av en kapitaltilførsel i størrelsesorden kr 9 millioner. Dersom en slik kapitaltilførsel hadde funnet sted, ville selskapet fått ny forsvarlig egenkapital og likviditet, og klagers krav ville dermed blitt betalt ved forfall. Dersom kapitaltilførselen ikke hadde skjedd, anfører klager at et aktsomt styre ville ha meldt oppbud da det ble klar over at eierne ikke ville tilføre kapital, senest i

løpet av 2021.

Subsidiært anfører klager at styret hadde plikt til å opplyse sine medkontrahenter om insolvensen da den inntrådte sommeren 2022, før det gikk til nye innkjøp på kreditt, jf. HR-2017-2375-A. Dersom klagers rettsforgjenger hadde blitt opplyst om insolvensen, kan det rimelig legges til grunn at det ville forlangt forskuddsbetaling før nye leveranser. Tapet ville da heller ikke ha skjedd.

I forbindelse med nemndbehandlingen anfører sikrede at det ikke er tatt hensyn til at regnskapsfører D sin vurdering kun var innledende og foreløpig. Vurderingen belyser ikke når insolvensen konkret inntraff. Videre avvises det at LF-2019-145682 etablerte et ulovfestet vilkår om insolvens for å kunne påberope seg ansvar etter aksjeloven § 3-5.

Forsikringsforetaket har i det vesentlige anført at styret ikke er erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1. Foretaket avviser at styret har opptrådt ansvarsbetingende, herunder at styret burde begjært oppbud tidligere. Det anføres at insolvens er en forutsetning for oppbudsplikt. Foretaket viser til HR-2017-2375-A avsnitt 42. Under henvisning til oppbudsplikten uttaler Høyesterett at styrets personlige ansvar for unnlatt varsling om økonomisk svikt ikke bør inntre selv om selskapet 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". Dette må ses i sammenheng med uttalelsene om at aktsomhetsnormen gir styret "et visst strategisk arbeidsrom utover det den kontraktsrettslige lojalitetsplikten isolert betraktet kan tilsi, også til å arbeide for å redde virksomheten "i det stille"", jf. avsnitt 40. Foretaket anfører at klagers synspunkter er lite forenlig med det handlingsrommet som styret skal tilkjennes ved håndtering av sviktende økonomi i selskapet. Det vises til uttalelser i HR-2017-2375-A avsnitt 37 og 38.

Videre viser foretaket til at uavhengig revisor D har lagt til grunn at oppbudsplikten, og dermed også varslingsplikten, først inntraff i desember 2022. D sin vurdering bygger på at styret jobbet med konkrete løsninger høsten 2022, som potensielt kunne forbedret situasjonen. Vurderingen er i samsvar med Høyesteretts uttalelser om videre drift i Rt. 1991 s. 119. Foretaket anfører at klager i realiteten ber Finansklagenemnda om å overprøve D sine vurderinger. Tidspunktet for styrets oppbuds- og varslingsplikt beror på en sammensatt vurdering. Foretaket anfører at saken ikke er egnet for skriftlig behandling og bør avvises.

Videre avviser foretaket at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt. Klager har ikke redegjort for hvilke tiltak styret burde ha gjennomført, når styret burde ha gjennomført tiltakene og på hvilken måte klagers tap ville ha vært forhindret dersom styret hadde gjennomført de alternative handlemåtene. Klager har ikke sannsynliggjort årsakssammenheng.

Finansklagenemnda Skades begrunnelse

Spørsmålet er om foretaket er ansvarlig under styrets ansvarsforsikring for tap av fordring i konkurs.

Nemnda slutter seg her til sekretariatets vurdering:

En kreditor kan vanligvis ikke kreve dekning hos den enkelte aksjonær, daglig leder eller styremedlem i et aksjeselskap. Dette følger direkte av aksjeselskapsformen som en ansvarsbegrensning for virksomheten.

Aksjeloven åpner imidlertid for personlig ansvar under visse forutsetninger. Aksjeloven § 17-1 angir vilkårene for personlig ansvar for styremedlemmer i aksjeselskap. Første ledd fastsetter følgende:

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

Bestemmelsen oppstiller flere vilkår for erstatningsansvar. For det første, må det foreligge en skade. Deretter må styremedlemmet ha "voldt" skaden i egenskap av sin stilling som styremedlem. For det tredje, må styremedlemmet ha voldt skaden "forsettlig" eller "uaktsomt". Det er skadelidte [...] som har bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylte.

I HR-2022-2484-A avsnitt 41 uttalte Høyesterett at bestemmelsen inneholder et objektivt og et subjektivt element. Det må objektivt sett foreligge et pliktbrudd, og pliktbruddet må kunne bebreides styremedlemmet som uaktsomt. I samme avsnitt uttalte Høyesterett at ansvaret er individuelt, og det må foretas en konkret vurdering av det enkelte styremedlemmets handlinger eller unnlatelser.

Videre uttalte Høyesterett i HR-2016-1440-A avsnitt 41 at dersom aksjeeier/styreleder har overtrådt en plikt, vil det være en presumsjon for at vedkommende har opptrådt uaktsomt.

HR-2017-2375-A kan også gi veiledning til vurderingen. Avgjørelsen gjaldt daglig leders erstatningsansvar som følge av at selskapet ikke informerte sin medkontrahent om selskapets vanskelige økonomi. Førstvoterende framholdt at plikten til aktsomhet og lojalitet mellom avtaleparter innebar at medkontrahenten hadde krav på å få opplysninger om selskapets eventuelle framtidige betalingsvansker, jf. dommens avsnitt 34 og 35. Videre uttalte retten følgende om aktsomhetsnormen etter aksjeloven § 17-1 i avsnitt 40 til 42:

For det første bør aktsomhetsnormen gi ledelsen et visst strategisk arbeidsrom utover det den kontraktsrettslige lojalitetsplikten isolert betraktet kan tilsi, også til å arbeide for å redde virksomheten "i det stille".

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 selskapet, 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.

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 svikt ikke bør inntre selv om selskapet nok var insolvent, dersom det likevel var et realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid. Jeg viser til Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994 side 502 og side 524.

Selv om avgjørelsen gjaldt styrets ansvar for brudd på sin avtalerettslige informasjonsplikt overfor en medkontrahent, bør uttalelsene også ha betydning for spørsmålet om styret er personlig ansvarlig for brudd på aksjelovens bestemmelser. Tilsvarende er også lagt til grunn i LF-145682.

Klager anfører at styret er erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1 fordi selskapet tapte sin egenkapital i 2021, og styret brøt handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4.

Aksjeloven § 3-5 angir følgende:

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

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

Videre angir aksjeloven § 3-4 at selskapet til enhver tid skal ha en egenkapital og likviditet som er "forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet".

Forsvarlighetsvurderingen er skjønnsmessig, og skal i henhold til forarbeidene skje ut fra forholdene på vurderingstidspunktet, sett hen til forventet fremtidig utvikling, jf. Prop. 111 L (2012–2013) pkt. 8.1. Egenkapitalen og likviditeten er ikke forsvarlig dersom det ikke er et "realistisk håp" om at selskapet vil være i stand til å dekke forpliktelsene sine, jf. HR-2016-1440-A avsnitt 49.

I forarbeidene til bestemmelsen fremkommer det at styret må gis et visst spillerom for feilvurderinger uten at det oppstår erstatningsansvar, jf. s. 51 i proposisjonen. Dette gjelder både i vurderingen av om

egenkapitalen er uforsvarlig, og i vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes. Videre angir forarbeidene at styrets aktivitetsplikt etter § 3-5 inntreffer tidligere enn oppbudsplikten, jf. NOU 1996:3 s. 146. Et sentralt formål med bestemmelsen er nettopp å hindre at selskapet havner i en oppbudssituasjon.

I HR-2016-1440-A uttalte retten under henvisning til forarbeidene at aksjeloven § 3-4 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", jf. avsnitt 43.

I underrettspraksis er aksjeloven § 3-5 tolket slik at tidspunktet for selskapets insolvens er et sentralt moment i vurderingen av selskapets økonomiske stilling, jf. LF-2019-145682.

For at selskapet skal være insolvent, må det ha underbalanse, jf. konkursloven § 61 andre setning. I tillegg må selskapet være betalingsudyktig. Selskapet er betalingsudyktig dersom det ikke kan oppfylle forpliktelsene sine etter hvert som de forfaller. Det skal likevel ses bort fra betalingsudyktighet som må antas å være forbigående, jf. konkursloven § 61 første setning.

Betalingsudyktighet i konkurslovens forstand kan inntre før selskapet ikke klarer å betale ved forfall. Det avgjørende er om likvidene som selskapet disponerte, sammen med likvidene som det i framtiden kunne antas å få tilgang til, samlet var nok til å dekke selskapets allerede forfalte forpliktelser og dets øvrige forpliktelser etter hvert som disse forfalt, jf. HR-2017-2375-A avsnitt 30.

Sekretariatet må legge til grunn [D] sin vurdering av når [sikrede] ble insolvent. Vi har ikke kapasitet eller kompetanse til å overprøve revisorens vurdering av insolvenstidspunktet. [D] konkluderte med at selskapet ble insolvent sommeren 2022.

Slik saken er opplyst, er det uklart om selskapet bestilte leveransene fra klagers rettsforgjenger, [E], før eller etter at selskapet ble insolvent. Det er ukjent når selskapet bestilte leveransene fra [E]. Sekretariatet har kun mottatt rentedatoene for kravene. Kravene har rentedato mellom 25.6.22 og 21.9.22. Videre har revisoren angitt sommeren 2022 som insolvenstidspunkt. Når insolvenstidspunktet er angitt såpass generelt, er det vanskelig å ta stilling til om selskapet var insolvent på bestillingstidspunktet. Dersom selskapet var solvent da leveransene ble bestilt, kan ikke sekretariatet se at styret er erstatningsansvarlig for klagers tap.

Det er imidlertid ikke avgjørende for ansvarsspørsmålet om selskapet var insolvent på bestillingstidspunktet. I rettspraksis er det lagt til grunn at styret ikke blir personlig erstatningsansvarlig for å unnlate å varsle kreditorene om økonomisk svikt dersom det var et realistisk håp om å redde selskapet fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med sikte på dette og begjærte oppbud innen rimelig tid, jf. HR-2017-2375-A avsnitt 42. I samme avgjørelse uttalte retten i avsnitt 40 at aktsomhetsnormen etter aksjeloven § 17-1 bør gi ledelsen "et visst strategisk arbeidsrom utover det den kontraktsrettslige lojalitetsplikten isolert betraktet kan tilsi, også til å arbeide for å redde virksomheten "i det stille"". Varslingsplikten henger altså sammen med styrets plikt til å begjære oppbud.

[D] har vurdert når styrets oppbudsplikt inntrådte. Revisoren kom til at det var forsvarlig av styret å fortsette driften frem til styret begjærte oppbud i desember 2022. I sin vurdering viste regnskapsføreren til at styret og ledelsen arbeidet med å finne gode løsninger på firmaets økonomiske problemer i løpet av høsten 2022. Blant annet forsøkte styret å inngå en gjeldsavtale med kreditorene. Dersom kreditorene godtok avtalen, ville styret skyte inn kr 3 000 000 i kontanter gjennom en rettet emisjon. Revisoren påpekte også at den samlede leverandørgjelden gikk noe ned i høsten, slik at kreditorfellesskapet sannsynligvis ikke ble påført ytterligere tap i perioden fra insolvensen inntraff til det ble begjært oppbud.

Som nevnt har sekretariatet ikke grunnlag for å overprøve [D] sin vurdering. Det må derfor legges til grunn at det var forsvarlig av styret å fortsette driften frem til det ble begjært oppbud. Styret kan ikke bebreides for å ha unnlat å varsle [E] om de økonomiske problemene da leveransene ble bestilt eller for å unnlate å begjære oppbud tidligere. Følgelig er ikke styret erstatningsansvarlig, jf. aksjeloven § 17-1.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Skades konklusjon

Foretaket gis medhold.

Ved behandlingen deltok Trine-Lise Wilhelmsen (leder), Trine Vøien (bransjerepresentant) og Heike Kristine Bentsen (næringsrepresentant).