

UiO : **Det juridiske fakultet**

Åpning av rekonstruksjonsforhandling i lys av aksjeloven § 3-4, regnskapsloven § 4-5 og konkursloven § 61

Kandidat: Amalie Osnes Opdal

Leveringsfrist: 10. november 2020

Antall ord: 36 874



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	4
1.1	Problemstilling.....	4
1.2	Avgrensing og begrepsavklaring	6
1.3	Rettskilder og metode	7
1.4	Oppgavens videre oppbygning	11
2	INTRODUKSJON TIL RETTSREGLENE.....	13
2.1	Rekonstruksjonsloven § 2 (1)	13
2.1.1	Kort om rekonstruksjonsloven.....	13
2.1.2	Introduksjon til bestemmelsen.....	14
2.1.3	Fordringshavers begjæring	15
2.1.4	Lovgivers formål med åpningsvilkårenes utforming	17
2.2	Aksjeloven § 3-4.....	18
2.2.1	Aksjeloven § 3-5.....	20
2.3	Regnskapsloven § 4-5	22
2.4	Konkursloven § 61	24
2.5	Sammenhengen mellom rettsreglene	25
3	EGENKAPITAL OG SUFFISIENS.....	27
3.1	Forsvarlig egenkapital.....	27
3.1.1	Egenkapitalbegrepet	27
3.1.2	Den reelle egenkapitalen	29
3.1.3	Hvordan vurdere om egenkapitalen er forsvarlig?	30
3.1.4	Hva utgjør et aksjeselskaps egenkapital?	33
3.2	Insuffisiens.....	41
3.2.1	Forpliktelser.....	42
3.2.2	Eiendeler.....	45
3.2.3	Utgangspunkter for verdsettelse ved spørsmål om konkursåpning.....	49
3.3	Oppsummering egenkapital og suffisiens	52
4	LIKVIDITET	53
4.1	Illikviditet.....	53
4.1.1	Forbigående betalingsudyktighet.....	56
4.2	Forsvarlig likviditet.....	59
4.3	Rekonstruksjonsloven § 2 (1) og illikviditet.....	62
4.4	Hvordan kan en foreta en konkret vurdering av likviditetsnivået?	64

4.5	Alvorlige økonomiske problemer	66
4.5.1	Økonomiske problemer	67
4.5.2	Alvorlige problemer	68
4.5.3	Om verdsettelse ved alvorlige økonomiske problemer	71
4.5.4	Redegjørelse for de økonomiske problemene	72
4.6	Oppsummering likviditet	74
5	DEN SAMLEDE ØKONOMISKE SITUASJONEN.....	75
5.1	Forutsetningen om fortsatt drift	75
5.1.1	Momenter i helhetsvurderingen.....	75
5.1.2	Avvikling.....	77
5.1.3	Sannsynlighet for avvikling.....	88
5.2	Helhetsvurdering etter aksjeloven § 3-4	91
5.3	Samlet vurdering etter konkursloven § 61	93
5.4	Tingrettens avslag av begjæring	94
5.4.1	Lite sannsynlig at skyldner vil oppnå frivillig rekonstruksjon eller tvangsakkord.....	94
5.4.2	Avslag ved manglende oppfyllelse av rekonstruksjonsloven § 2 (1)	97
5.5	Oppsummering om den samlede økonomiske situasjonen	98
6	TIDSHORISONT.....	99
6.1	Tidshorisont etter regnskapsloven § 4-5	99
6.2	Tidshorisont etter aksjeloven § 3-4.....	101
6.3	Tidshorisont etter konkursloven § 61 – berettiget håp.....	102
6.3.1	Særlig om berettiget håp ved insolvens.....	103
6.4	I overskuelig fremtid.....	106
6.4.1	Automatisk konkursåpning?	108
6.4.2	Alvorlige økonomiske problemer i overskuelig fremtid – misbruksfaren	111
6.5	Oppsummering tidshorisont.....	112
7	RESTRUKTURERINGS DIREKTIVET.....	113
8	KONKLUSJONER OG BETRAKTNINGER	114
8.1	Konklusjon.....	114
8.2	Betraktninger.....	115
9	RETTSKILDER.....	117
9.1	Lover og forskrifter.....	117
9.2	Forarbeider	118

9.3	Rettspraksis	122
9.4	EU/EØS-direktiver.....	124
9.5	Regnskapsstandarder.....	125
9.6	Litteratur	126

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Denne oppgavens tema er tolkning av åpningsvilkårene for rekonstruksjonsforhandling etter rekonstruksjonsloven.¹ Formålet med rekonstruksjonsloven er å redusere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter.² Oppgaven vurderer om bestemmelser i aksjeloven, regnskapsloven, konkursloven og rekonstruksjonsloven kan benyttes til å tolke åpningsvilkårene for rekonstruksjonsforhandling etter rekonstruksjonsloven.³

Den overordnede problemstillingen er:

Kan aksjeloven § 3-4, regnskapsloven § 4-5 og konkursloven § 61 bidra til å tolke åpningsvilkårene i rekonstruksjonsloven § 2 (1)?

Rekonstruksjonsloven er ny og midlertidig. Den ble hastebehandlet under covid-19-pandemien, og trådte i kraft 11. mai 2020. Loven erstatter midlertidig konkurslovens første del om gjeldsforhandlinger.⁴ Gjeldsforhandlingsregelverket har vært lite brukt i norsk rett. Fra januar 2015 til desember 2019 ble det eksempelvis bare kunngjort 13 frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkorder i Brønnøysundregistrene.⁵ I samme periode ble det kunngjort 11 676 konkursåpninger.⁶

¹ Midlertidig lov 11. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven)

² Se Prop. 75 L (2019-2020) s. 7

³ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven). Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

⁴ Det er gjort terminologiske endringer. Gjeldsforhandlingsbegrepet er byttet ut med rekonstruksjonsforhandling. Jeg vil i det videre bruke rekonstruksjonsforhandling ved tale om den nye loven, og gjeldsforhandlinger ved tale om konkurslovens bestemmelser. Se også punkt 1.2.

⁵ Søk i kunngjøringer i Konkursregisteret for periode 1.1.2019–31.12.2019, kunngjøringstype gjeldsforhandling. Søk gjort 3. november 2020 via <https://w2.brreg.no/kunngjoring/index.jsp>.

⁶ Søk i kunngjøringer i Konkursregisteret for periode 1.1.2015–31.12.2015, kunngjøringstype konkurs/tvangsavvikling, underkategori konkurs-åpning. Søk gjort 3. november 2020 via <https://w2.brreg.no/kunngjoring/index.jsp>. Søket ble gjentatt for perioden 1.1.2016–31.12.2016, 1.1.2017–31.12.2017, 1.1.2018–31.12.2018 og 1.1.2019–31.12.2019. Deretter ble funnene summert sammen.

Gjennom flere lovrevisjoner har det blitt gjort forsøk på å endre lovverket slik at bruken av gjeldsforhandlinger forhåpentligvis skulle øke.⁷ Endringer i vilkåret for å åpne gjeldsforhandlinger har vært et viktig diskusjonstema i denne forbindelse. Det er derfor interessant å analysere det som i rekonstruksjonsloven er blitt to åpningsvilkår for rekonstruksjonsforhandling.⁸

Hovedvilkårene for åpning av rekonstruksjonsforhandling etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) lyder:

«En skyldner som har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer, kan begjære åpnet rekonstruksjonsforhandling etter reglene i loven. En fordringshaver kan begjære åpnet rekonstruksjon dersom skyldneren ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.»⁹

Som det fremgår av ordlyden er det to ulike vilkår i bestemmelsen. Første punktum kommer til anvendelse dersom en skyldner begjærer rekonstruksjonsforhandling. Annet punktum hjemler vilkåret ved begjæring fra en fordringshaver.

Jeg vil først og fremst tolke rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum – altså åpningsvilkåret ved skyldners begjæring. Det er dette vilkåret som skaper mest tolkningstvil. I tillegg er det denne ordlydsformuleringen som er helt ny i rekonstruksjonsloven.

⁷ Lov 6. mai 1899 nr. 1 om akkordforhandling (akkordloven) var den første loven om gjeldsforhandlinger. Da konkursloven av 1984 ble utformet ble reglene tatt inn i lovens første del. I NOU 1972: 20 ble det lagt vekt på at gjeldsforhandlingsreglene skulle brukes mer. I NOU 1993: 16 ble det også fremmet forslag til lovendringer for å øke bruken av gjeldsforhandlingsregelverket. Mer om utviklingen av åpningsvilkåret vil gjennomgås i punkt 4.5.2.

⁸ Bakgrunnen for den midlertidige loven, er som lovens navn tilsier, også å avbøte økonomiske problemer som følge av covid-19-pandemien. Loven er imidlertid vedtatt for å bøte på utfordringene nettopp fordi lovgiver har sett at reglene i konkursloven ikke fungerte etter sin hensikt. Loven har derfor videre anvendelse enn bare som bøtemiddel på covid-19-pandemien.

⁹ Åpningsvilkåret gjelder også for små bedrifter som skal rekonstruere etter forskrift 19. juni 2020 nr. 1247 om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak §§ 2 og 3.

Tolkningsprosessen er lagt opp slik at i tillegg til tolkning av bestemmelsene i rekonstruksjonsloven, skal jeg se hen til andre bestemmelser i regelverk utenfor rekonstruksjonsloven. Disse er aksjeloven (asl.) § 3-4, regnskapsloven (rskl.) § 4-5 og konkursloven (kkl.) § 61. Begrunnelsen for dette er at de tre sistnevnte bestemmelser har til felles at de inneholder vilkår som ved anvendelse gir informasjon om et selskaps økonomiske situasjon. Dette gjelder særlig innarbeidede begreper som «egenkapital», «suffisiens» og «likviditet». Jeg vil vise at vilkåret «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer», kan tolkes så vidt at det derfor er nødvendig å se til hvordan lovgiver i andre deler av lovverket har vurdert hva økonomiske problemer kan være. Dette vil også bidra til tolkningsprosessen av åpningsvilkåret for en fordringshaver etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) annet punktum.

1.2 Avgrensing og begrepsavklaring

Oppgaven tar utgangspunkt i aksjeselskapet. Det avgrenses derfor mot andre selskapsformer og fysiske personer. Det avgrenses også mot gjeldsforhandlinger etter gjeldsordningsloven.¹⁰ Fordi oppgavens hovedfokus er tolkningen av rekonstruksjonsloven § 2 (1), vil det ikke foretas uttømmende tolkninger av de øvrige rettsregler som behandles.

Under noen problemstillinger vil det vises til strafferetten. Dette vil hovedsakelig gjøres for å belyse problemstillinger knyttet til andre rettsområder, og er ikke ment å være uttømmende juridiske vurderinger av strafferettslige problemstillinger.

Konkurs skal åpnes dersom skyldner er insolvent etter konkursloven § 60. Konkursloven § 61 inneholder definisjonen av begrepet «insolvens». I konkursloven §§ 62 og 63 hjemles insolvenspresumpsjonene. Oppgaven vil ikke analysere insolvenspresumpsjonene, da det er det materielle innholdet i konkursloven § 61 som er avgjørende som bidrag i tolkningen av rekonstruksjonsloven. Jeg vil for øvrig foreta enkelte løpende avgrensinger som bemerkes der de gjør seg gjeldende.

¹⁰ Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven)

Begrepene rekonstruksjon og gjeldsforhandling er allerede brukt i oppgavens innledende punkter, og disse forutsettes å være synonymmer. Terminologien i norsk rett er endret ved rekonstruksjonsloven. Forslaget om å endre terminologien i lovverket ble fremmet av Villars-Dahl. Han skriver:

«[h]ensikten med en ny terminologi er å understreke at det er tale om en nødvendig omlegging (rekonstruksjon) av virksomheten og måten den drives på, hvor en sanering av gjelden (akkord) bare er en del av løsningen.»¹¹

Begrepet er også innarbeidet i praksis for rekonstruksjonsforhandlinger uten domstolskontroll. I det videre vil begrepet rekonstruksjon benyttes. Dersom det tales om gjeldsforhandlinger, knytter dette seg til konkurslovens bestemmelser. Undertiden benevnes rekonstruksjon også restrukturering. I oppgaven vil jeg tidvis nevne Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/1023 av 20. juni 2019 (restruktureringsdirektivet).¹² Direktivet taler om restrukturering, og jeg vil derfor bruke begrepet restrukturering i denne forbindelse. For øvrig brukes «rekonstruksjon», da det er dette begrepet lovgiver har valgt.

1.3 Rettskilder og metode

Vedrørende rettskildebruken i oppgaven vil jeg trekke frem særlig fire forhold. Det første er at rekonstruksjonsforhandling er et rettsområde med begrenset rettskildeomfang. Derneft vil jeg kommentere at oppgaven vil tolke rettsregler i lys av andre rettsregler. Videre vil oppgavens bruk av regnskapsstandarder kommenteres. I tillegg knyttes enkelte bemerkninger til at rekonstruksjonsloven er en ny og midlertidig lov.

Det finnes begrenset rettspraksis vedrørende gjeldsforhandlinger. Juridisk litteratur omhandler gjeldsforhandlingsinstituttet, men da det sjelden har vært brukt i praksis, har beskrivelsen i litteraturen vært konsentrert rundt lovendringene. Det foreligger også lite litteratur og praksis om rekonstruksjonsprosesser utenfor domstolskontroll. Dette til tross for at man vet at det i stor grad er utenfor domstolene slike forhandlinger har funnet sted. En forklaring er at det oppstår

¹¹ Villars-Dahl (2016) s. 31

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/1023 av 20. juni 2019 om forebyggende restruktureringsrammeverk, om insolvens- og dechargeprosedyrer og om tiltak for å øke effektiviteten av restrukturerings-, insolvens- og dechargeprosedyrer, og om endring av direktiv (EU) 2017/1132 (direktiv om insolvens og restrukturering)

så mange ulike rettslige spørsmål at det krever et omfattende arbeide å samle relevante selskapsrettslige-, insolvensrettslige-, skatterettslige- og erstatningsrettslige kilder. Oppgaven vil imidlertid forsøke å klarlegge innholdet i åpningsvilkårene for rekonstruksjonsforhandling i rekonstruksjonsloven ved å se til rettsregler i andre lover. Jeg vil derfor bruke omfattende tolkning av lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur. Rettsregler utarbeides for å regulere eller løse forhold i samfunnet, og oppgaven vil forsøke å se disse i sammenheng.

Ved å tolke rekonstruksjonslovens åpningsvilkår i lys av andre rettsregler vil jeg foreta komparative subsumpsjoner og systemtolkning. Mestad skriver at lovgivning ofte er «bygd opp slik at flere lovbestemmelser må ses i sammenheng for å finne frem til en regel».¹³ Dette gjør seg særlig gjeldende ved tolkning innenfor en og samme lov, men systembetraktninger og andre hensyn vil også gjøre seg gjeldende ved tolkning av ulike lover. Rettsreglene som analyseres som bidrag i tolkningsprosessen for rekonstruksjonsloven § 2 (1), vil først og fremst anvendes som støtteargumenter.¹⁴ Dette forutsetter imidlertid at det foreligger rettskilder som peker i retning av at lovene kan tolkes opp mot hverandre. Den komparative vinklingen vil bidra til å klarlegge hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for ulike deler av rettsregelen som tolkes, som igjen skal brukes for å tolke rekonstruksjonslovens bestemmelse. Faren ved dette er at det kan legges for mye vekt på hensyn som ikke er overveiet ved utarbeidelsen av den regelen som tolkes. De rettsregler som tolkes i denne oppgaven er imidlertid, etter mitt skjønn, alle utarbeidet med det samme formålet – å gi selskapet selv og samfunnet informasjon om et aksjeselskaps økonomiske situasjon og verktøy for å fordele selskapsaktivaene til riktig interessent – dersom situasjonen er utfordrende.

¹³ Mestad (2019) s. 84

¹⁴ Se Nygaard (2004) s. 35 og Høgberg (2019) s. 260. Disse metodeteoretikerne gjør et skille mellom ulike rettskildefunksjoner. Det skilles mellom primært rettsgrunnlag, tolkningsbidrag, og støtteargument. Oppgaven vil ikke gå inn på en lengre drøftelse av metodefagets utgangspunkt. Jeg vil imidlertid påpeke at når oppgaven tolker aksjeloven § 3-4, regnskapsloven § 4-5 og til dels konkursloven § 61, vil det tas utgangspunkt i at disse rettsregler primært fungerer som støtteargumenter i tolkningsprosessen av rekonstruksjonsloven § 2 (1). Høgberg (2019) s. 260 skriver at «når det gjelder rettskildefaktorens funksjon som tolkningsbidrag, handler det om å levere relevante argumenter som bidrar til å gi svar på tolkningsspørsmål». Han fortsetter: «Når det gjelder bruken av rettskilder som støtteargument, er det en høyst glidende overgang fra tolkningsbidrag, idet det dreier seg om å bruke rettskildene som «støtte for et bestemt standpunkt til et rettsspørsmål»». Fordi det er tale om rettsregler i andre lover, er det mest naturlig å anse tolkningen av disse som støtteargumenter.

Et annet særpreg ved rettskildematerialet, er bruken av regnskapsprinsipper og standarder for regnskapsføring og revisjon. Jeg vil både trekke på nasjonale og internasjonale regnskapsstandarder. Den viktigste kilden er International Financial Reporting Standards (IFRS), som utgjør en sentral del av EUs regelverk på området for regnskapsføring og revisjon.

IFRS-regelverket er et omfattende regnskapsregelverk som benyttes over hele verden og er i kontinuerlig utvikling.¹⁵ Standardverket er implementert i EU-retten gjennom forordning 1602/2002 (IFRS-forordningen).¹⁶ Forordningen inngår i EØS-avtalen, og er følgelig implementert i norsk rett som vedlegg til regnskapsloven, jf. regnskapsloven § 3-9. IFRS-forordningen pålegger børsnoterte selskaper å utarbeide konsernregnskap i samsvar med IFRS-standardene.¹⁷ I tillegg må alle norske børsnoterte foretak som ikke er konsern, utarbeide selskapsregnskap etter IFRS. Andre foretak står fritt til å velge å avlegge regnskap etter IFRS.¹⁸

IFRS-regelverket er dermed lovregler for selskaper som er forpliktet til å avlegge årsregnskap etter IFRS. Stortinget har lagt til «at en harmonisering på regnskapsområdet er viktig for en liten åpen økonomi som den norske, med en omfattende samhandel over grensene». ¹⁹ Derfor er IFRS-standardene også relevante kilder for aksjeselskaper som ikke må avlegge IFRS-regnskap. Ettersom oppgaven avgrenser mot allmennaksjeselskaper vil IFRS-forordningen brukes som tolkningskilde, men de særnorske rettsregler er avgjørende.

Nasjonalt er det også utviklet en rekke regnskapsstandarder. Disse benevnes NRS, og er utarbeidet for å bygge oppunder god regnskapsskikk.²⁰ NRS er utarbeidet av Norsk Regnskapsstif-

¹⁵ Schwencke mfl. (2020) s. 1167. IAS, International Accounting Standards, inngår i det som i dag omtales som IFRS, International Financial Reporting Standards, IAS-standardene er dermed også en del av IFRS.

¹⁶ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1606/2002 av 19. juli 2002 om anvendelse av internasjonale regnskapsstandarder

¹⁷ Regnskapsloven § 3-9 jf. regnskapsloven vedlegg, *EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10b*, artikkel 4

¹⁸ Regnskapsloven § 3-9

¹⁹ Innst. O. nr. 67 (2004–2005) s. 8

²⁰ Regnskap utarbeidet i Norge som ikke avlegges under IFRS, avlegges under GRS. GRS står for God regnskapsskikk.

telse og er ment å supplere grunnleggende regnskapsprinsipper og regnskapslovens bestemmelser.²¹ NRS-standarder gir dermed et godt bilde på bransjepraksis. Standardene er imidlertid ikke bindende, men de brukes aktivt i forarbeider og i rettspraksis for å tolke regnskapsloven.²² I forarbeidene til ny regnskapslov fremmes et forslag for nettopp å styrke standardenes posisjon på bakgrunn av at lovgiver tidligere har gitt sin tilslutning til måten disse fastsettes på.²³ I den samme NOUen foreslås også å gjøre regnskapsstandardene rettslig bindende.²⁴ I Rt. 2013 s. 1678 (ConocoPhillips) brukes både IFRS-standardene og NRS-standardene for å fastlegge innholdet i regnskapsloven §§ 4-1 og 4-2. Basert på disse kildene ser man at standardene har relevans i tolkningen av regnskapsloven. Standardene vil imidlertid ha ulik vekt etter hvilket rettssubjekt det er tale om, også blant aksjeselskap.²⁵

I relasjon til bruken av regnskapsstandarder skal det bemerkes at det også vil brukes noe litteratur som ligger i skjæringspunktet mellom juss og økonomi. Regnskapsloven er først og fremst et instrument for økonomer og bedriftseiere, og det finnes sparsommelig med juridisk litteratur om regnskapslovens bestemmelser. Ved tolkningen av sentrale rettsregler vil jeg derfor også anvende litteratur innenfor den økonomiske fagdisiplin.

Et annet særtrekk ved oppgavens rettskildemateriale, er at rettsregelen som i hovedsak tolkes er hjemlet i en ny og midlertidig lov. Det faktum at loven er ny, midlertidig og utarbeidet på kort tid, kunne tilsagt at rettskildeomfanget var smalt. Oppgaven vil imidlertid vise at loven delvis bygger på eksisterende regelverk i konkursloven. Videre er loven utarbeidet på bakgrunn av en tidligere utredning med tilhørende høringsrunde.

²¹ Bak stiftelsen står, Den norsk Revisorforening, Handelshøyskolen BI, Regnskap Norge, Norges Handelshøyskole, Norske Finansanalytikerens Hovedorganisasjon, Econa, Næringslivets Hovedorganisasjon og Oslo Børs.

²² Se eksempelvis i Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) på side 92 og side 110, NOU 2015: 10 s. 359

²³ NOU 2015: 10 s. 359

²⁴ NOU 2015: 10 s. 372

²⁵ Det skal også nevnes at dersom det foreligger motstrid mellom IFRS-regelverket og regnskapsloven, skal IFRS ha forrang for ved selskap som skal avlegge årsregnskap etter IFRS, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.

Avslutningsvis i oppgaven vil det knyttes noen bemerkninger til restruktureringsdirektivet. Der vil jeg ta utgangspunkt i den danske direktivteksten. EU-rettens flerspråklighet gjør at ordlyden er mindre sentral enn i norsk rett, «[o]g man kan ikke velge å forholde seg til spørsmål om tolkning av ordlyden på ett enkelt språk alene». ²⁶ I tillegg skal EU-rettslige bestemmelser tolkes autonomt og ensartet. ²⁷ Dette vil også gjøre seg gjeldende ved tolkning av IFRS og ved bruk av fortalen i rekonstruksjonsdirektivet, fordi fortalen «er en del av konteksten som må tas med i betraktningen ved fortolkningen». ²⁸ Fortalen vil ikke utgjøre en viktig tolkningskilde i denne oppgaven, men det vil tidvis vises til eksempler fra fortalen i restruktureringsdirektivet i tolkningen av de særnorske reglene.

1.4 Oppgavens videre oppbygning

Fordi jeg vil foreta løpende tolkning av rettsreglene, er det hensiktsmessig med en generell innføring i hver av de fire rettsreglene som danner utgangspunkt for oppgaven. Dette vil bidra til at oppgavens hoveddel kan gå mer direkte til kjernen av problemstillingene. Oppgaven er videre lagt opp slik at hovedpunktene er oppdelt etter ulike begreper som kan bidra til å si noe om et aksjeselskaps økonomiske situasjon. Hver av de fire rettsreglene som hovedsakelig behandles i oppgaven drøftes under hvert hovedpunkt i den grad det er relevant for problemstillingen.

I punkt 2 presenteres rekonstruksjonsloven § 2 (1), aksjeloven § 3-4, regnskapsloven § 4-5 og konkursloven § 61. Deretter går jeg inn på oppgavens hoveddel. De to første punktene i hoveddelen vil konsentrere seg om aksjeloven § 3-4 og konkursloven § 61. Jeg ser først på begrepene «egenkapital» og «suffisiens» i punkt 3. Deretter i punkt 4 vil jeg vurdere likviditetsbegrepet. Punkt 3 og 4 er lagt opp slik at jeg tar utgangspunkt i et av vilkårene i en av reglene, for deretter å se på tilgrensende vilkår i den andre. Ved sistnevnte vurdering vil jeg sammenligne enkelte hensyn mellom kkl. § 61 og asl. § 3-4, for så å trekke inn hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved rekonstruksjonsloven § 2 (1). Dette gjør jeg fordi viktige deler av tolkningen av asl. § 3-4 og kkl. § 61 først må presenteres, før tolkningsresultatet kan anvendes i en god analyse av rekonstruksjonsloven § 2 (1). Jeg vil først gå ordentlig inn i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første

²⁶ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 400

²⁷ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 403

²⁸ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 408

punktum i siste del av punkt 4. Der gjøres en lengre analyse av hva som ligger i vilkåret «alvorlige økonomiske problemer».

I punkt 5 vil jeg se på ulike problemstillinger knyttet til helhetsvurderinger av et selskaps økonomiske situasjon, og rskl. § 4-5 vil for alvor trekkes inn. I punkt 6 drøftes spørsmål om tidshorisonter i relasjon til alle de fire bestemmelsene, og det vil subsumeres under spørsmålet om hva som menes med «i overskuelig fremtid». I punkt 7 vil jeg vurdere rekonstruksjonsloven § 2 (1) opp mot rekonstruksjonsdirektivet. Avslutningsvis vil jeg komme med betraktninger rundt funn og konkludere.

2 Introduksjon til rettsreglene

2.1 Rekonstruksjonsloven § 2 (1)

2.1.1 Kort om rekonstruksjonsloven

I en rekonstruksjonsforhandling forhandler skyldner med sine fordringshavere om å oppnå endringer i gjeldsgraden, gjeldsvilkår, drift eller lignende. Rekonstruksjonsforhandlinger kan gjennomføres både innenfor og utenfor domstolene. Oppgaven gjelder rekonstruksjonsforhandling med domstolskontroll.

I rekonstruksjonsloven er det to ulike måter å oppnå en vellykket rekonstruksjonsforhandling, gjennom frivillig rekonstruksjonsforhandling eller tvangsakkord. Den frivillige rekonstruksjonsforhandlingen krever støtte fra samtlige fordringshavere, mens ved tvangsakkord kan et flertall binde et mindretall, jf. rekonstruksjonsloven § 42. Åpningsvilkårene er imidlertid de samme, og oppgaven vil ikke skille mellom fremgangsmåten i den videre drøftelsen.

I 2016 avleverte Leif Villars-Dahl en enpersonsutredning om rekonstruksjon. Utredningen ble sendt på høring, men endringene ble satt på vent, blant annet begrunnet i at Den Europeiske Union (EU) arbeidet med et regelverk på området. EUs regelverk ble vedtatt gjennom restruktureringsdirektivet. Per dags dato har hverken Det europeiske frihandelsforbund (EFTA) eller norske myndigheter på selvstendig grunnlag, tatt endelig stilling til hvorvidt direktivet skal implementeres i norsk rett. Rekonstruksjonsloven bygger i all hovedsak på forslagene fra Villars-Dahls utredning i 2016.²⁹

Rekonstruksjonsloven oppheves automatisk 1. januar 2022.³⁰ Regjeringen har imidlertid som siktemål at det skal arbeides med å utvikle ny permanent lovgivning til erstatning for den midlertidige loven og konkurslovens bestemmelser.³¹ Regjeringen begrunnet midlertidighetens varighet i at «[d]ette gir blant annet mulighet til å vinne erfaring med de nye reglene, noe som kan være nyttig å ha med seg når man skal vurdere mer endelige endringer i konkurslovens regler

²⁹ Prop. 75 L (2019–2020) s. 7

³⁰ Rekonstruksjonsloven § 64 (2) første punktum

³¹ Den 13. oktober 2020 sendte regjeringen ved Justis- og beredskapsdepartementet ut en pressemelding om innspill til permanente regler for rekonstruksjon. Frist for innspill er 14. desember 2020.

om gjeldsforhandling».³² Dette er så vidt vites en ny måte å drive lovgivningsarbeid. Ingen andre lover eller forskrifter gitt i tilknytning til covid-19-pandemien synes å ha en tilsvarende virketid. Mindretallets medlem fra Sosialistisk Venstreparti i justiskomiteen påpekte dette, og mente at «[e]n midlertidig lov skal dessuten ha kortest mulig varighet, være strengt begrunnet knyttet til lovens formål og intensjon, og ikke ha vikarierende begrunnelse for varighet».³³

Det er Stortingsvalg i 2021, det er derfor usikkert om nåværende posisjonspartier vil sitte i regjeringkontorene når et nytt lovarbeid skal finne sted. Prosessen med lovbehandlingen i Stortinget tilsier imidlertid at også dagens opposisjonspartier ønsker permanent lovendring. Jeg viser til justiskomiteens mindretalls kritikk mot regjeringen for ikke tidligere å ha gjort endringer i lovgivningen.³⁴

2.1.2 Introduksjon til bestemmelsen

I dette punktet vil jeg kort presentere rekonstruksjonsloven § 2 (1).

En rekonstruksjonsforhandling med domstolskontroll vil gi skyldner mulighet til å sikre driften og forhandle med sine fordringshavere uten å være gjenstand for konkursbegjæring eller utleggsbegjæring, jf. rekonstruksjonsloven §§ 17 og 18. Aksjeselskapet vil dermed få en omrødingstid for hvilket det må være noen vilkår for tilgangen til. Rekonstruksjonsloven § 2 (1) utgjør den viktigste skranken i så henseende.

Det følger av rekonstruksjonsloven § 2 (1) henholdsvis første og annet punktum at det er to forskjellige vilkår for åpning av rekonstruksjonsforhandling – ett for skyldners begjæring og ett for fordringshavers begjæring. Dersom en fordringshaver begjærer rekonstruksjonsforhandling, må skyldner være ute av stand til å dekke sine forpliktelser etterhvert som de forfaller. Dette tilsvarer vilkåret om illikviditet som følger av kkl. § 1 a for åpning av gjeldsforhandling.³⁵ En skyldner kan begjære rekonstruksjonsforhandling dersom denne «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer».

³² Prop. 75 L (2019–2020) s. 77

³³ Innst. 244 L (2019–2020) punkt 2

³⁴ Innst. 244 L (2019–2020) punkt 2

³⁵ Bestemmelsen i konkursloven § 1 er midlertidig forskjøvet til § 1 a grunnet rekonstruksjonslovens ikrafttredelse.

Jeg vil i det videre av oppgaven bruke dagens kkl. § 1 a.

Rekonstruksjonsloven § 2 (1) reiser følgelig tre hovedspørsmål: Hva menes med «alvorlige økonomiske problemer»? Hva menes med «overskuelig fremtid»? Og, hvordan skal vilkåret for fordringshavers begjæring tolkes? Disse spørsmålene vil behandles i det følgende av oppgaven.

2.1.3 Fordringshavers begjæring

Det er nytt av rekonstruksjonsloven at også fordringshaver kan begjære rekonstruksjonsforhandling åpnet.³⁶ Det kan stilles spørsmålsteget ved om dette er en hensiktsmessig nyvinning.

Villars-Dahl skriver at rekonstruksjonsforhandling er «vanskelig uten skyldnerens aktive medvirkning», og at dette er begrunnelsen for at adgangen har vært stengt for fordringshaver frem til i dag.³⁷ Han anfører imidlertid at en fordringshaver kan ha bedre forståelse for den økonomiske situasjonen skyldner er i.³⁸ Videre påpekes at «[h]vis det ikke iverksettes tiltak på et tidlig tidspunkt, vil det lett medføre at tapene for kreditorene blir større dersom man må vente på skyldnerens eget initiativ».³⁹

I lovforberedelsene til rekonstruksjonsloven påpekte også Konkursrådet at dersom en fordringshaver begjærer rekonstruksjonsforhandling, kan det «ha den effekten at skyldneren innser behovet for en rekonstruksjon og ansvaret som følger med å avslå prosessen».⁴⁰ Rekonstruksjonsloven er imidlertid bygget slik at begjæring fra en fordringshaver skal avvises dersom skyldner motsetter seg det, jf. rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 4. Konkursrådet, med tilslutning fra Justis- og beredskapsdepartementet, mente at «[f]or å få til en rekonstruksjon må skyldneren være villig og interessert. Skyldneren beholder rådigheten [...], og da er det vanskelig å se for seg at en rekonstruksjonsprosess kan gjennomføres mot skyldnerens ønske».⁴¹ Man ser altså at den tidligere argumentasjonen for å stenge begjæringsadgangen for fordringshaver, er den samme

³⁶ Det er styret som har enerett til å fremsette begjæring om konkurs og gjeldsforhandling på vegne av eget selskap, jf. asl. § 6-18. Dette gjelder også ved rekonstruksjonsforhandling, jf. rekonstruksjonsloven § 62.

³⁷ Villars-Dahl (2016) s. 35

³⁸ Villars-Dahl (2016) s. 36

³⁹ Villars-Dahl (2016) s. 36

⁴⁰ Konkursrådet (2020) gjengitt i Prop. 75 L (2019–2020) s. 17

⁴¹ Konkursrådet (2020) gjengitt i Prop. 75 L (2019–2020) s. 17

som nå brukes for at skyldner skal kunne motsette seg åpningen ved fordringshavers begjæring. Slik sett kan det virke som om det bare er foretatt en delvis oppmykning av lovverket.

Huser var tidlig ute med å kritisere argumentasjonen om at bare skyldner skal kunne begjære rekonstruksjonsforhandling. Han anfører at:

«[Det] ikke på forhånd [er] gitt at debitor *ikke* vil samarbeide under en gjeldsforhandling begjært av kreditorene. [...] dette [vil] som regel [...] være i hans egen interesse [...] Dessuten vil nok enkelte debitorer motsette seg domstolsbehandling så lenge som mulig, men når denne først er et faktum, vil de samarbeide lojalt.»⁴²

Husers argumentasjonsrekke kan også anføres for at det ikke nødvendigvis må være et vilkår at skyldner samtykker. Nordisk-Baltisk insolvensnettverk foreslår at det også skal være mulig i visse tilfeller å åpne rekonstruksjonsforhandling uten skyldners samtykke.⁴³ Forslaget er interessant, men er ikke fulgt opp i rekonstruksjonsloven. For Nordisk-Baltisk insolvensnettverks syn kan argumenters at konkurs ved begjæring fra fordringshaver finner sted uten skyldners samtykke. Når konkursen først er åpnet vil skyldner ofte være samarbeidsvillig under bobehandlingen. Der nest vil en rekonstruksjon formentlig være i skyldners egen interesse. På den annen side er det skyldner som har hovedansvaret for kostnadene ved rekonstruksjonsforhandlingene, jf. rekonstruksjonsloven § 4. Kostnadsaspektet tilsier at skyldner ikke bør pålegges rekonstruksjon, med mindre han selv ønsker det.

Konklusjonen er at det er hensiktsmessig at fordringshaver kan åpne rekonstruksjonsforhandling. En slik adgang kan realitetsorientere skyldner. Lovgiver bør i arbeidet med permanent lovgivning, vurdere hvorvidt kravet til samtykke skal fjernes eller at det stilles krav til begrunnelsen for skyldners avslag.

⁴² Huser (1987) s. 154

⁴³ Nordisk-Baltisk insolvensnettverk (2016) s. 15

2.1.4 Lovgivers formål med åpningsvilkårenes utforming

I den videre tolkningen av åpningsvilkårene er det sentralt å se til hensynene bak bestemmelsen. Spørsmålet er derfor hva lovgivers formål med formuleringen av åpningsvilkårene er.

I lovproposisjonen peker Justis- og beredskapsdepartementet på at de ser et «behov for å vurdere om konkursrettslige tiltak kan bidra til å redusere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter med akutte likviditetsproblemer som følge av utbruddet».⁴⁴ Da er effektive gjeldsforhandlinger forslått som et slikt tiltak.⁴⁵ Departementet argumenterer videre med at:

«Gjeldsforhandlingsreglene i konkursloven er relativt lite benyttet i praksis. Utbruddet av covid-19 vil gjøre at mange norske selskaper vil ha behov for et regelverk som gir en hensiktsmessig ramme for forhandlinger med kreditorene for å avhjelpe økonomiske problemer.»⁴⁶

Videre vises det til utredningen av Villars-Dahl, der formålet med regelforslagene var at gjeldsforhandlinger skulle bli mer brukt, «og at man på den måten kan hindre at levedyktige selskaper slås konkurs».⁴⁷

I forarbeidene til forskrift om forenklet rekonstruksjon uttales at «effektive rekonstruksjonsregler kan redusere risikoen for unødige konkurser ved at bedrifter som under normale omstendigheter er lønnsomme, i større grad kan reddes og arbeidsplasser og verdier sikres».⁴⁸ Det er altså en stor tro på at rekonstruksjon skal kunne redde bedrifter og ikke minst arbeidsplasser.

Lovgivers formål med åpningsvilkårene for rekonstruksjonsforhandling er følgelig at forhandlinger skal åpnes på et tidligere tidspunkt enn det som har vært tilfelle under konkursloven. Spesielt pekes det på at man har tro på at rekonstruksjonen kan være vellykket dersom forhandlinger åpnes før illikviditet eller insolvens er et faktum.

⁴⁴ Prop. 75 L (2019–2020) s. 7

⁴⁵ Prop. 75 L (2019–2020) s. 7

⁴⁶ Prop. 75 L (2019–2020) s. 7

⁴⁷ Prop. 75 L (2019–2020) s. 7

⁴⁸ Justis- og beredskapsdepartementet (2020) punkt 1

Det følger av lovens forarbeider, og tittel, at denne skal hjelpe selskaper som ellers er levedyktige gjennom covid-19-pandemien. For det resterende av oppgaven vil spørsmålene behandles uten at covid-19 står i fokus. Dette fordi loven bygger på forarbeider som kom i stand allerede i 2016. I tillegg tilsier ønsket om at reglene skal danne erfaringsgrunnlag for nye permanente lovregler at tolkningen også hensyntar normalsituasjoner.

Rekonstruksjonsloven §§ 3 – 5 inneholder prosessuelle og enkelte materielle vilkår for åpning av rekonstruksjonsforhandling. Oppgaven vil først og fremst ta for seg de materielle reglene for åpning av rekonstruksjonsforhandling ved å se til bestemmelsen i rekonstruksjonsloven § 2 (1). En isolert analyse av denne bestemmelsen vil imidlertid ikke gi en fullstendig forståelse av vilkårene for åpning av rekonstruksjonsforhandling. Denne oppgaven vil derfor også trekke på noen av lovens andre bestemmelser som omhandler åpning av rekonstruksjon. Dette er først og fremst rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 3 og 4 om avvisning av begjæring dersom det er lite sannsynlig at en rekonstruksjon vil føre frem eller at skyldner motsetter seg begjæring fremsatt av en fordringshaver.

2.2 Aksjeloven § 3-4

Aksjeloven § 3-4 lyder:

«Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.»

Aksjeselskapsformen er en selskapsform med begrenset ansvar. Dette gjør at det er viktig at selskapet skjøtter økonomien på en måte som ikke er til uforsvarlig skade for aksjeeiere eller fordringshavere.⁴⁹ Aksjeloven § 3-4 har således en «preventiv funksjon».⁵⁰ Jo vanskeligere selskapet er stilt økonomisk, desto mer flyttes fokus over fra aksjeeiernes- til fordringshavernes interesser for hvem styret skal ivareta.

⁴⁹ Se eksempelvis NOU 1996: 3 s. 38. Bestemmelsen fungerer også som en skranke for når selskapet kan foreta utdelinger, men dette kommenteres ikke videre her.

⁵⁰ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

Bestemmelsen retter seg mot «selskapet». Som juridisk person vil selskapet naturligvis ikke kunne skjønne dette. Fordi forsvarligheten skal foreligge til enhver tid, vil tilsynsplikten først og fremst påhvile styret etter deres forvaltnings- og tilsynsplikt, jf. asl. § 6-12. Oppgaven vil i det følgende ha fokus på styrets rolle. I ytterste konsekvens kan styremedlemmer eller andre stilles til ansvar, både erstatningsrettslig og strafferettslig, for manglende kontroll med egenkapitalen.⁵¹

Det følger av ordlyden at selskapets egenkapital og likviditet «til enhver tid» skal være på et forsvarlig nivå. Det følger videre av ordlyden at det skal foretas en helhetsvurdering av forsvarligheten ut fra kriteriene «risikoen» ved og «omfanget» av virksomheten. «Risikoen» sikter til forhold som er mer eller mindre særegent for bedriftens innretninger og til det markedet det opererer i. Et selskap som driver virksomhet på sykliske og konjunkturutsatte områder, som for eksempel olje- og offshorenæringen, vil eksempelvis måtte ta større høyde for risikoen ved et oljeprisfall enn en dagligvareforretning i et tettbygd strøk. Risikoen vil også spille inn ved gjeldssammensetningen. Jo mer risikoeksponert virksomheten er, desto større sjanse er det for at for eksempel kortsiktige lån med høye renter vil misligholdes.

Med «omfang» menes forhold som selskapets størrelse, omsetningsgard og lignende. Omfang og risiko må også sees i sammenheng, «[f].eks. kan et selskap som opererer innen flere markeder, ha risikoen spredt på flere forretningsområder».⁵² I et slikt tilfelle vil gjerne risikoen være diversifisert mellom ulike virksomhetsområder. Dermed vil styret også måtte vurdere hvorvidt det foreligger en innbyrdes sammenheng mellom områdene.

Vedrørende sammenhengen mellom de rettsregler som denne oppgaven skal analysere, så følger det av forarbeidene til aksjeloven § 3-4 at kravet til forsvarlig egenkapital «skal vurderes ut fra en forutsetning om fortsatt drift – for så vidt denne forutsetningen fremstår som mest sannsynlig».⁵³ Av dette følger at lovgiver eksplisitt mener det er en tett sammenheng mellom asl. § 3-4 og rskl. § 4-5. Dette kommer jeg særlig tilbake til i hoveddelen punktene 3, 4, og 5.

⁵¹ Se eksempelvis HR-2016-1440-A og LA-2007-37537

⁵² Bråthen (2019) s. 143

⁵³ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52

Videre følger det av lovforarbeidene til rekonstruksjonsloven at det foreligger en sammenheng mellom rekonstruksjonsforhandling og asl. §§ 3-4 og 3-5:

«Utredningen vil også vise til at etter aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-5 har et aksjeselskaps styre en handleplikt dersom selskapets egenkapital ikke er ansvarlig. Et adekvat tiltak når egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig kan i noen tilfeller være å begjære rekonstruksjonsforhandling. Dette taler for at selskapet før de økonomiske problemene er blitt helt akutt i form av illikviditet, skal kunne begjære rekonstruksjonsforhandling.»⁵⁴

Det er særlig fire problemstillinger som reises vedrørende asl. § 3-4 som støtteargument til rekonstruksjonslovens bestemmelser: Hvordan skal begrepet «egenkapital» forstås? Hva menes med «likviditet» i asl. 3-4? Hvordan kan helhetsvurderingen av disse si noe om et aksjeselskaps økonomiske situasjon? Og hvor langt frem i tid må styret gjøre vurderingen for? Alle disse problemstillingene skal reises i løpet av oppgavens hoveddel. I tillegg er det gjennomgående for tolkningen av alle bestemmelsene at det må foretas verdivurderinger. En sammenligning av ulike hensyn som taler for og mot retningslinjer for verdivurderinger, vil danne et tolkningsutgangspunkt for hvordan verdivurderinger må gjøres i relasjon til rekonstruksjonsloven. Et selskap består i stor grad av dets eiendeler. Verdsettelse av disse vil derfor være en essensiell del av det å forstå selskapets økonomiske situasjon.

2.2.1 Aksjeloven § 3-5

Aksjeloven § 3-5 hjemler en handleplikt for styret dersom egenkapitalen er på et uforsvarlig lavt nivå.⁵⁵ Jeg vil ikke tolke asl. § 3-5 i særlig grad i denne oppgaven, men den er viktig å ha med seg som tolkningsbidrag til asl. § 3-4. Jeg vil derfor knytte et par relevante bemerkninger til bestemmelsen.

Innledningsvis bemerkes at rekonstruksjon som nevnt, i og utenfor domstolene, er et alternativ dersom handleplikten for styret har inntrådt.

⁵⁴ Villars-Dahl (2016) s. 33

⁵⁵ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmenaksjeselskaper (allmennaksjeloven) §§ 3-4 og 3-5 har nesten likelydende ordlyd som aksjeloven §§ 3-4 og 3-5, da jeg har avgrenset mot allmennaksjeselskap vil allmennaksjelovens bestemmelser bare påpekes dersom det foreligger interessante forskjeller i tilknytning til oppgavens tema.

Bråthen argumenterer med at «[h]ensikten med regelen om styrets handleplikt er at styret og generalforsamlingens skal kunne sette i verk tiltak mens det fortsatt er mulig å redde selskapet eller redusere selskapkreditorenes tap».⁵⁶ Dette er interessant med tanke på lovgivers formål med å endre åpningsvilkårene for rekonstruksjonsloven.

I forarbeidene til asl. § 3-5 ble det uttalt at:

«[Bestemmelsen] presiserer og skjerper styrets ansvar når selskapet ikke lenger er i en normalsituasjon, men er i et økonomisk uføre slik at risikoen for at en slik økonomisk krise kan oppstå er reell. Styret pålegges da en aktivitetsplikt før den økonomiske utviklingen er gått så langt at styret har plikt til å melde oppbud, jf straffeloven § 283 a. Bestemmelsen har til formål å hindre at selskapet kommer i en slik situasjon, enten ved at det i tide settes i verk tiltak som restrukturerer virksomheten eller forbedrer selskapets kapitalgrunnlag slik at ytterligere tap for aksjeeiere og kreditorer hindres og selskapet unngår avvikling.»⁵⁷

Lovgivers formål synes derfor å gjøre aksjeselskap, ved dets ledelse, mer bevisst på selskapets finansielle situasjon.⁵⁸ Et spørsmål for oppgaven blir derfor om forsvarlig egenkapital kan brukes som en indikasjon på om selskapet er i «alvorlige økonomiske problemer».

Ordlyden i asl. § 3-5 sier ingenting om likviditet. Handleplikten inntreffer således bare dersom *egenkapitalen* er uforsvarlig. Om dette uttalte departementet:

«Departementet forslår ikke endringer av § 3-5. Det foreslås med andre ord ikke at utvidelsen av § 3-4 skal medføre en utvidelse også av handleplikten etter § 3-5. Departementet oppfatter det slik at dette heller ikke har vært meningen med forslaget i utredningen.»⁵⁹

⁵⁶ Bråthen (2019) s. 145

⁵⁷ NOU 1996: 3 s. 146

⁵⁸ I NOUen ble det som i dag er asl. § 3-5 foreslått som § 6-1, mens dagens § 3-4 tilsvarer forslaget i § 1-9 som lød: «[s]elskapets virksomhet skal til enhver tid være tilpasset det som ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten er forsvarlig i forhold til egenkapitalen i selskaper», Se NOU 1996: 3 s. 236 og s. 248–249.

⁵⁹ Prop. 111 L (2012–2013) s. 78

Basert på ordlyden har styret ikke en handleplikt dersom likviditeten anses uforsvarlig. Styret har nok likevel en handleplikt med hjemmel i deres forvaltnings- og tilsynsplikt etter asl. § 6-12, jf. erstatningsbestemmelsen i asl. § 17-1. Begrunnelsen for at lovgiver ikke også tilføyde likviditet i asl. § 3-5 synes svakt fundert. Tilføyelsen av likviditet i asl. § 3-4 var begrunnet i at det var av pedagogisk betydning. Det samme må gjøre seg gjeldende for asl. § 3-5.

2.3 Regnskapsloven § 4-5

Aksjeselskaper er regnskapspliktige etter rskl. § 1-2 første ledd. Som nevnt følger det av forarbeidene til aksjeloven § 3-4 at kravet til forsvarlig egenkapital skal vurderes ut fra en forutsetning om fortsatt drift.⁶⁰ Fortsatt drift-forutsetningen (going concern) følger først og fremst av rskl. § 4-5.

Regnskapsloven § 4-5 lyder:

«Årsregnskapet skal utarbeides under forutsetning om fortsatt drift så lenge det ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avvirket. Dersom det er sannsynlig at virksomheten vil bli avvirket, skal eiendeler og gjeld vurderes til virkelig verdi ved avvikling.»

Det følger av regnskapsloven § 3-3a syvende ledd at det skal gis opplysninger i årsberetningen om forutsetningen om fortsatt drift som er hjemlet i regnskapsloven § 4-5. For selskaper som ikke skriver årsberetning følger forutsetningen om fortsatt drift av regnskapsloven § 7-46.

Schwencke mfl. skriver at «forutsetningen er fundamental og dyptgripende for årsregnskapet.»⁶¹ Schwencke viser til at «[r]skl. § 4-5 har sitt EU-rettslige forbilde i fjerde direktiv artikkel 31.1.a)».⁶² Prinsippet ble tatt inn i ny regnskapslov av 1998, som blant annet implementerte EUs fjerde og syvende selskapsdirektiv.⁶³

⁶⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52

⁶¹ Schwencke mfl. (2020) s. 122. Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikkel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer.

⁶² Schwencke (2017) note 218.

⁶³ NOU 1995: 30 pkt. 1.4

Det følger av ordlyden at dersom fortsatt drift ikke kan legges til grunn, skal «eiendeler og gjeld vurderes til virkelig verdi ved avvikling». Dette viser til at fortsatt drift-forutsetningen skal knyttes opp mot en vurdering av selskapets videre liv versus selskapets avvikling.

Videre bruker ordlyden begrepet «virksomhet». Dette kan forstås som enten virksomhetsområde eller som en juridisk enhet. Regnskapslovutvalget presiserte at forutsetningen «gjelder ikke bare fortsatt eksistens for selskapet, men også at samme virksomhet skal fortsette».⁶⁴ Denne tvetydigheten ble påpekt i høringsrunden, og departementet uttalte at det med virksomhet skulle forstås den relevante regnskapsenheten, som juridisk enhet ved selskapsregnskapet og konsernregnskapet.⁶⁵ Dermed knyttes vurderingen til hver juridisk enhet, og ikke til hvert virksomhetsområde.⁶⁶

Dersom forutsetningen ikke kan legges til grunn, skal det utarbeides et avviklingsregnskap, jf. ordlyden i rskl. § 4-5. Dette vil følgelig ha store konsekvenser for selskapet, da avviklingsregnskapet vil måtte legge til grunn en verdsettelse som skjer ved salg av eiendeler i en kort tidshorisont uten at eiendelen nødvendigvis kan verdsettes i bruk som going concern. Det tilkommer også at selskapets forpliktelser antakeligvis vil øke som følge av at avtaleforpliktelser som går utover avviklingstidspunktet blir misligholdt. Denne bemerkningen vil komme enda klarere frem i løpet av oppgavens analyser.

Det er særlig tre problemstillinger som reises ved tolkningen av regnskapsloven § 4-5, hvoretter tolkningsresultatet vil bidra som støtteargument for tolkningen av rekonstruksjonsloven § 2 (1). Disse er: Hva menes med fortsatt drift? Hvilken grad av sannsynlighet for avvikling krever loven? Hvilken tidshorisont skal legges til grunn? Alle problemstillingene vil behandles i punktene 5 og 6.

⁶⁴ NOU 1995: 30 pkt. 2.4.7

⁶⁵ Ot.prp. nr. 42 (1997-1998) s. 103

⁶⁶ Stenheim og Baksaas (2018) note 696 og Løvdal (2003) s. 483

2.4 Konkursloven § 61

Lovgiver har som uttalt mål at rekonstruksjon skal bidra til å redde levedyktige bedrifter fra konkurs. Dersom rekonstruksjon skal fungere som et reelt alternativ til konkurs, så kan det være svært nyttig å se til når konkurs kan bli en realitet. Derfor vil en tolkning av konkursloven § 61, bidra til tolkningen av rekonstruksjonsloven § 2 (1) i denne oppgaven.

Konkurs skal åpnes i en insolvent skyldners bo dersom det begjæres av skyldner selv eller fordringshaver, jf. konkursloven § 60.⁶⁷ Insolvens er nøkkelpbegrepet i denne forbindelse. Definisjonen av insolvens følger av konkursloven § 61:

«Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, medmindre betalingsdyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.»

Forarbeidene oppsummerer ordlyden og knytter det til de kjente begrepene illikviditet og suffisiens:

«Insolvensbegrepet forklares gjerne ved hjelp av begrepene insuffisiens og illikviditet. Insuffisiens foreligger hvor debtors passiva er større enn hans aktiva; man taler her også om underbalanse. Illikviditet foreligger hvor debitor er ute av stand til å betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. For at insolvens skal sies å foreligge, kreves såvel insuffisiens som illikviditet hos debitor.»⁶⁸

Av sitatet følger at det foreligger to vilkår for skyldners insolvens – illikviditet og insuffisiens. Ordlyden tilsier imidlertid at det er mer treffende å tale om ett sentralt vilkår – illikviditet – og

⁶⁷ Insolvenspresumpsjonene i konkursloven §§ 62 og 63 vil ikke behandles.

⁶⁸ NOU 1972: 20 s. 120

to unntak, forbigående betalingsudyktighet og suffisiens.⁶⁹ Blant flertallet av juridiske teoretikere legges det til grunn at illikviditet og insuffisiens er to selvstendige vilkår. Det vil også denne oppgaven gjøre.⁷⁰

Illikviditetsvilkåret forutsetter at skyldner ikke kan gjøre opp sine forpliktelser ved forfall, altså at selskapet ikke evner å betale sine fordringshavere.

Insuffisiensvilkåret forutsetter at skyldner er solvent «hvor eiendeler alene er tilstrekkelige til dekning av hans gjeld».⁷¹ Dette er begrunnet i at fordringshaverne ved enkeltforfølging følgelig kan oppnå full dekning av sitt krav.⁷² I NOU 1972: 20 påpekes at konkursinstituttet er ment forbeholdt situasjoner der full dekning gjennom enkeltforfølging ikke er mulig.⁷³

Den siste delen av ordlyden i kkl. § 61 legger opp til at insolvensvurderingen skal ta hensyn til at eiendeler skal kunne realiseres dersom det er nødvendig, og at fordringshavere da skal måtte vente. Et spørsmål som oppstår er hvor lang denne forsinkelsen kan være. Dette vil drøftes i oppgavens punkt 6.3.

Det er særlig fire problemstillinger som reises vedrørende kkl. § 61 som vil bidra til tolkningen av rekonstruksjonsloven: Hvordan skal henholdsvis begrepene «illikviditet» «insuffisiens» forstås? Når er et aksjeselskap illikvid? Og hva kreves av selskapets økonomiske situasjon for å si at det er insolvent?

2.5 Sammenhengen mellom rettsreglene

Introduksjonen til rettsreglene har vist at konkursloven § 61 markerer en nedre grense for et selskaps levedyktighet. Aksjeloven § 3-4 er ment som en bevisstgjøring av ledelsen vedrørende selskapets økonomiske situasjon. Lovgiver har videre forutsatt at asl. § 3-4 skal vurderes med henblikk på rskl. § 4-5. I tillegg har Villars-Dahl uttalt at rekonstruksjonsforhandling

⁶⁹ Se også Børresen (2007) s. 80

⁷⁰ Se imidlertid punkt 5.3, hvor jeg kommer nærmere inn på tolkningen av kkl. § 61 annet punktum.

⁷¹ NOU 1972: 20 s. 121

⁷² Andenæs (2009) s. 66

⁷³ NOU 1972: 20 s. 122

kan komme på tale dersom asl. § 3-5 jf. § 3-4 krever handling fra styret. Dette viser at det foreligger en sammenheng mellom bestemmelsene, hvilket gjør at det er naturlig å se til disse i tolkningen av rekonstruksjonsloven § 2 (1).

3 Egenkapital og suffisiens

Rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum stiller krav om at skyldner «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer». For å forstå hva som kan ligge i «alvorlige økonomiske problemer», kreves kunnskap om andre begreper i lovverket som ved anvendelse gir informasjon om et selskaps økonomiske situasjon. Egenkapital og suffisiens er nøkkelbegreper i så henseende.

I dette punktet analyseres begrepene «egenkapital» i asl. § 3-4 og «suffisiens» i kkl. § 61. Jeg vil både se på sammenhengen mellom dem, og hvordan disse eventuelt kan kaste lys over tolkningen av rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum om «alvorlige økonomiske problemer».

3.1 Forsvarlig egenkapital

Dette underpunktet tar utgangspunkt i tolkningen av kravet til «forsvarlig egenkapital» i asl. § 3-4, jf. også asl. § 3-5. Det første spørsmålet er hva som menes med «egenkapital», dernest hva vurderingen av egenkapitalen skal ta utgangspunkt i.

3.1.1 Egenkapitalbegrepet

Det første spørsmålet er hva som ligger i egenkapitalbegrepet.

Ordlyden i aksjeloven. § 3-4 sier ingenting om hva som menes med egenkapital. Rent språklig kan man forstå at det omfatter kapitalen selskapet besitter. Det gjelder både opptjent kapital og tilført kapital. Forarbeidene gir ingen legaldefinisjon av begrepet. Der er det imidlertid uttalt at det er den «reelle og ikke den balanseførte egenkapitalen» som skal legges til grunn.⁷⁴ Henvisningen til balansen tilsier at regnskapsloven kan være kilde til forståelse av egenkapitalbegrepet.⁷⁵

Heller ikke etter regnskapsloven foreligger noen legaldefinisjon av egenkapitalbegrepet.⁷⁶ Egenkapitalen refererer imidlertid til eiendeler minus gjeld, altså selskapets nettoformue.⁷⁷

⁷⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52

⁷⁵ Se også Woxholth (2017) s. 165

⁷⁶ Schwencke (2017) note 337

⁷⁷ Woxholth (2017) s. 165

Fordi verdien på eiendelene og verdien på forpliktelsene er håndfaste størrelser, deduseres egenkapitalverdien ut fra restverdiene av disse.

I forarbeidene til aksjeloven § 3-4 er imidlertid uttalt at det «må foretas en helhetsvurdering av hele selskapets reelle kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen».⁷⁸ Uttalelsen tolkes dit hen at «egenkapitalen» i relasjon til asl. § 3-4 ikke bare omfatter nettoformuen. Også fremmedkapitalens grunnlag skal med i helhetsvurderingen. Det faktum at lovens ordlyd viser til egenkapitalen, men at forarbeidene legger an til en bredere vurdering, er egnet til forvirring. Dette ble påpekt i høringsrunden ved lovforberedelsen. Norske Finansanalytikeres Forening og Oslo Børs anførte at ordlyden burde stemme overens med det som fremkom av forarbeidene.⁷⁹

Departementet var imidlertid ikke enig med høringsinstansene og uttalte:

«Etter departementets syn vil slike forhold bli fanget opp av den risikovurderingen som bestemmelsen uttrykkelig henviser til. Det er således ikke nødvendig å utforme bestemmelsen på en mer presis måte.»⁸⁰

Dette tilsier at lovgiver har lagt opp til at ordlyden i asl. § 3-4 skal tolkes utvidende. Bestemmelsen legger dermed opp til en bred helhetsvurdering av kapitalgrunnlaget i bedriften, ikke bare av egenkapitalen.

Egenkapitalvurderingen har likhetstrekk med det som i bedriftsøkonomisk teori omtales som «soliditet». Med soliditet forstås selskapets evne til å tåle tap, altså hvor robust selskapet er og hvilken evne det har til å tåle tider med svak lønnsomhet.⁸¹ Det er et faktum at de færreste selskaper har en «krigskasse». Mange selskaper som går med overskudd, bruker overskuddsmidlene på utbetaling av utbytte til aksjonærer, eller til nye investeringer i driften. Dette er en helt rasjonell måte å drive på. Derfor oppstår spørsmålet om når egenkapitalen er forsvarlig.

⁷⁸ NOU 1996: 3 s. 102

⁷⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 51

⁸⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 52

⁸¹ Berg (2018) s. 100

Konklusjonen er at ordlyden må tolkes utvidende, og at egenkapitalbegrepet i asl. § 3-4 rekker lengre enn den alminnelige forståelsen av begrepet i regnskapssammenheng.

3.1.2 Den reelle egenkapitalen

Det neste spørsmålet er hva som menes med «den reelle egenkapitalen».

Selv om konklusjonen i forrige punkt var at egenkapitalbegrepet etter asl. § 3-4 rekker videre enn det som følger av regnskapsloven, ekskluderes ikke forståelsen som legges til grunn for årsregnskapet. Forutsetningen om at det er den «reelle egenkapitalen» som skal legges til grunn, kan tolkes som en henvisning til at verdiene som inngår i selskapets egenkapital skal vurderes på det tidspunktet en foretar vurderingen, og videre at verdivurderingene skal referere til virkelig verdi. Egenkapitalen skal altså vurderes etter eiendelenes og forpliktelsenes verdi på det tidspunktet en foretar vurderingen.⁸² En nærliggende forklaring på henvisningen til den reelle egenkapital – i tillegg til øyeblikksbildet – er at regnskapsloven har faste regler for verdsettelse som ikke nødvendigvis svarer til den reelle verdien på eiendelen.

I regnskapsloven skilles det mellom klassifisering av anleggsmidler og omløpsmidler ved vurderingen av eiendelene i årsregnskapet. Det følger av rskl. § 5-1 første ledd at «[a]nleggsmidler er eiendeler bestemt til varig eie eller bruk. Andre eiendeler er omløpsmidler.» Videre følger det av rskl. § 5-2 at «[o]mløpsmidler skal vurderes til laveste av anskaffelseskost og virkelig verdi.»⁸³ Det følger av rskl. § 5-4 at «[a]nskaffelseskost ved kjøp er kjøpspris med tillegg av kjøpsutgifter.» Anskaffelseskost er altså det historiske beløp eiendelen ble anskaffet for.⁸⁴ For omløpsmidlene skal det altså legges til grunn den laveste verdi av anskaffelseskost og virkelig verdi. Dette betegnes som «laveste verdis prinsipp».⁸⁵

⁸² Se også Rt. 1991 s. 119 og HR. 2016-1440-A (49)

⁸³ Det finnes noen spesielle vurderingsregler. Disse er rskl. § 5-6 om forskning og utvikling, rskl. § 5-7 om goodwill, rskl. § 5-8 om finansielle instrumenter og varederivater, rskl. § 5-9 utenlands valuta, rskl. § 5-9a aksjeverdi basert betaling, rskl. § 5-10 pensjonskostnader for små foretak, rskl. § 5-11 leieavtaler for små foretak og rskl. § 5-12 langsiktige tilvirkningskontrakter for små foretak. I tillegg vil selskap som avlegger årsregnskap under IFRS være pliktet til å vurdere eiendeler og gjeld til virkelig verdi på balansedagen, jf. Schwencke (2017) note 187.

⁸⁴ «Generelt tar regnskapsloven utgangspunkt i at balansen skal utarbeides basert på et prinsipp om historisk kostpris.» jf. Berg (2018) s. 44. IFRS legger imidlertid virkelig verdi som hovedregel til grunn.

⁸⁵ Schwencke (2017) note 229

Anleggsmidler skal i utgangspunktet vurderes til anskaffelseskost, jf. rskl. § 5-3 første ledd. Dette fører til at de bokførte verdiene av anleggsmidlene ikke tar hensyn til en verdiøkning i markedet, fordi oppskrivinger ikke er tillatt.⁸⁶ Regnskapsloven § 5-3 tredje ledd hjemler imidlertid plikt til å nedskrive anleggsmidler til «virkelig verdi ved verdifall som forventas ikke å være forbigående». Dette prinsippet vil også naturligvis gjelde for vurderingen etter asl. § 3-4, all den tid kravet er at vurderingen skal ta utgangspunkt i de reelle verdier.⁸⁷

Det følger av regnskapsloven § 5-13 første ledd at verdsettelse av gjeld skal vurderes etter samme regler som verdsettelse av eiendeler, altså analoge regler for dette tilfellet. Dermed skal «kortsiktig gjeld [...] vurderes til høyeste verdi av opptakskost og virkelig verdi, og langsiktig gjeld skal vurderes til høyeste verdi av opptakskost og virkelig verdi hvis verdiøkningen er ikke-forbigående».⁸⁸ Med hensyn til asl. § 3-4 bør gjelden vurderes til den reelle verdi på tidspunktet for forsvarlighetsvurderingen.

Når lovforarbeidene til asl. § 3-4 taler om den reelle egenkapitalen siktes det følgelig til verdien av eiendelene på det tidspunktet styret foretar vurderingen, og til de reelle verdier og ikke nødvendigvis de bokførte.

3.1.3 Hvordan vurdere om egenkapitalen er forsvarlig?

Neste spørsmål er om det kan oppstilles konkrete mål for når egenkapitalen er på et «forsvarlig» nivå.

«Forsvarlig» er et skjønnsmessig begrep. Ved å vise til at vurderingen skal ta utgangspunkt i «risikoen ved og omfanget av virksomheten», legges det opp til at det skal foretas en konkret vurdering, da dette nødvendigvis er størrelser som varierer fra selskap til selskap.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om det finnes noen konkret nedre terskel for når selskapets egenkapital er uforsvarlig lav.

⁸⁶ Se punkt 3.1.4.1

⁸⁷ Se mer om «virkelig verdi» i punkt 5.1.2.3.

⁸⁸ Schwencke mfl. (2020) s. 118

I en periode fulgte det av aksjeloven § 3-5 at handleplikten i siste instans inntrådte når egenkapitalen var mindre enn halvparten av aksjekapitalens størrelse. Dette ble tatt inn ved lovendring som trådte i kraft 1. januar 2007.⁸⁹ Denne ble imidlertid tatt bort ved lovendring 1. juli 2017.⁹⁰ Tilbakeføringen ble blant annet begrunnet i at dette kunne oppleves som en ««sovepute» for styret, ved at det fokuseres på aksjekapitalen fremfor en fortløpende vurdering av om egenkapitalen er forsvarlig».⁹¹ En tilsvarende regel er likevel blitt stående i allmennaksjeloven § 3-5.⁹²

Det skal også bemerkes at Justis- og politidepartementet opprinnelig også foreslo at handleplikten skulle inntre i tilfeller der egenkapitalen var blitt mindre enn ti prosent av balansesummen.⁹³ Dette ble imidlertid ikke fulgt opp i Stortinget. Justiskomiteen mente en slik regel ville ha «negative følger for verksemder i etableringsfasen, og vil gjere oppbygging av små og mellomstore bedrifter særs vanskeleg».⁹⁴

Et annet spørsmål er om kravet til minste aksjekapital i asl. § 3-1 kan gi veiledning til problemstillingen. Aksjekapitalen inngår i utgangspunktet i egenkapitalen med mindre denne også er tapt. Det følger av asl. § 3-1 først ledd at «[e]t aksjeselskap skal ha en aksjekapital på minst 30.000 norske kroner». Etter ordlyden kan det synes som om dette skal være tilfelle i hele selskapets eksistens. Altså at det stilles et krav til at aksjekapitalen til enhver tid er NOK 30 000. Dette var nok ikke lovgivers intensjon. I forarbeidene til lovendringen der minste aksjekapital ble senket fra NOK 100 000 til NOK 30 000, ble det uttalt at:

«[Loven] pålegger heller ikke aksjeeierne å skyte inn ytterligere kapital i selskapet dersom aksjekapitalen helt eller delvis er tapt. Aksjekapitalen gir derfor i seg selv begrenset veiledning om selskapets egenkapital og økonomiske stilling.»⁹⁵

⁸⁹ Endret ved lov 15. desember 2006 nr. 88

⁹⁰ Endret ved lov 16. juni 2017 nr. 71

⁹¹ Prop. 112 L (2016–2017) s. 62

⁹² I allmennaksjeloven er imidlertid minste krav til aksjekapitalens størrelse en million norske kroner, jf. allmennaksjeloven § 3-5 (1).

⁹³ Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 55

⁹⁴ Innst. O. nr. 80 (1996–1997) s. 13

⁹⁵ Prop. 148 L (2010–2011) s. 11

For selskap av selv begrenset størrelse vil nok egenkapitalen være uforsvarlig lav lenge før den ligger på NOK 30 000.

Loven konkretiserer altså ingen nedre terskel for alminnelige aksjeselskaper. Det er derfor viktig at man heller ikke stiller opp en terskel der selskapet i utgangspunktet vil ha uforsvarlig lav egenkapital i det det stiftes, siden minstekravet til bunden aksjekapital er på NOK 30 000. Der- som dette var tilfelle ville hele kravet til minste aksjekapital være uten realitet.

Uthulingspoenget ble understreket av Høyesterett i HR-2016-1440-A (Håheller). Saken gjaldt et aksjeselskap som ble opprettet for å kunne overdra en kontraktsforpliktelse fra privatpersoner til et selskap. Høyesteretts flertall på tre dommere kom til at aksjeselskapet ikke oppfylte kravet til forsvarlig egenkapital etter asl. § 3-4. Det ble lagt vekt på at ledelsen ikke hadde noe realistisk håp om å få oppfylt kontrakten, og ledelsen ble dømt til å betale erstatning for uaktsomt å ha opprettet og pådratt selskapet forpliktelser det ikke kunne oppfylle.⁹⁶ Høyesterett viste til Andenæs og var enig i hans utgangspunkt om at kravet til forsvarlig egenkapital «ikke bør tolkes slik at det grunnleggende prinsipp om at det i aksjeselskap og allmennaksjeselskap er tilstrekkelig å skyte inn en beløpsmessig begrenset egenkapital».⁹⁷ Det må derfor foretas en konkret vurdering av om egenkapitalen er forsvarlig.

En annen pekepinn kan være å se til når selskapet driver for fordringshavernes regning. Etter reglene i straffeloven § 407, kan en skyldner som ikke begjærer oppbud eller søker gjeldsforhandling, straffes blant annet dersom videre drift fører til tap for fordringshaverne.⁹⁸ Skulle videre drift imidlertid ikke forringe fordringshavernes dekningsmuligheter, kan skyldner ikke straffes. Andenæs mfl. mener at «[i] forhold til § 3-4 kan egenkapitalen da vanskelig sies å være forsvarlig selv om fortsatt drift ikke forverrer stillingen for kreditorene».⁹⁹ Altså vil egenkapitalen også være uforsvarlig lav i tilfeller der situasjonen ikke påvirker fordringshavernes dekningsmuligheter.

⁹⁶ Se HR-2016-1440-A avsnitt 45–47

⁹⁷ HR-2016-1440-A avsnitt 45 med videre henvisninger

⁹⁸ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

⁹⁹ Andenæs mfl. (2016) s. 408

Et annet viktig poeng, er at kravet til forsvarlig egenkapital kommer til anvendelse «på de tiltak som selskapet måtte iverksette for å gjenopprette en forsvarlig egenkapital».¹⁰⁰ Dette henger sammen med at kravet til å holde egenkapitalen forsvarlig også gjelder i rekonstruksjonsperioden der egenkapitalen skal gjenvinnes.

Domstolene har vært varsomme med å overprøve selskapets egne forsvarlighetsvurderinger. I HR-2016-1440-A avsnitt 46 ga Høyesterett sin tilslutning til Gudmund Knudsens uttalelser om at domstolene normalt ikke har grunnlag for å overprøve selskapets egen vurdering av egenkapitalens nivå.¹⁰¹ Det ble imidlertid uttalt at «[d]ersom selskapets vurdering av kapitalbehovet er klart uforsvarlig, må domstolene kunne sette selskapets vurdering til side».¹⁰²

Vurderingen av egenkapitalen skal følgelig vurderes fra selskap til selskap etter en konkret helhetsvurdering. Per i dag er aksjekapitalen intet annet enn pålydende per aksje samlet på antall aksjer. Lovendringen der minstekravet til aksjekapitalen ble satt til NOK 30 000 ble gjort for å gjøre Norge mer attraktivt for investeringer, og med bakgrunn i et da særlig økende antall importerte selskapsstiftelser fra andre land (såkalte NUFer). Det er ganske sikkert at dette ikke kan være tilstrekkelig som forsvarlig egenkapital for et selskap av en viss størrelse. Det mest nærliggende er å si at egenkapitalen alltid må være på et nivå som sikrer selskapets fortsatte drift, hvis ikke ville bestemmelsen være formålsløs. Begrunnelsen for forsvarlighetsvurderingen av egenkapitalen må jo nettopp være at denne skal sikre selskapets levedyktighet, samt sikre at fordringshavere mottar oppgjør. En nedre terskel som skal kunne fungere universelt, vil da heller virke mot fordringshavernes interesse.¹⁰³

3.1.4 Hva utgjør et aksjeselskaps egenkapital?

Neste spørsmål er hvilke eiendeler og forpliktelser som skal vurderes for å finne frem til selskapets reelle egenkapital, og hvordan disse skal verdsettes. Begrunnelsen for at dette må vurderes nærmere, har sammenheng med den vurderingen som skal gjøres etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Dersom de materielle vilkårene i asl. § 3-4, kkl. § 61. rskl. § 4-5 og rekonstruk-

¹⁰⁰ Andenæs mfl. (2016) s. 408

¹⁰¹ Knudsen (2011) s. 95 og HR-2016-1440-A avsnitt 46

¹⁰² Knudsen (2011) s. 95 og HR-2016-1440-A avsnitt 46

¹⁰³ Det kan derfor stilles spørsmåltegn ved hvorfor lovgiver har valgt å la allmennaksjeloven § 3-5 stå uforandret.

sjonsloven § 2 (1) skal ha noen realitet, må det foretas en konkret vurdering av selskapets økonomiske situasjon. Forarbeidene til rekonstruksjonsloven § 2 (1) har sparsommelige uttalelser om hvordan denne vurderingen skal foretas. Jeg vil derfor analysere hvordan vurderingen skal foretas etter asl. § 3-4, rskl. § 4-5 og kkl. § 61, for så å anvende tolkningsresultatene opp mot hensynene som gjør seg gjeldende ved spørsmål om åpning av rekonstruksjonsforhandling.

3.1.4.1 Eiendeler

Selv om egne kapitalvurderingen etter asl. § 3-4 rekker videre enn de regnskapsrettslige føringer, er det naturlig å ta utgangspunkt i regnskapsloven § 6-2 om balansepostene.

All merverdi i eiendeler skal medregnes uten hensyn til om det er tillatt å balanseføre dem.¹⁰⁴ Bråthen trekker frem forskning og utvikling etter rskl. § 5-6 som eksempel på en eiendel som ikke alltid balanseføres til tross for at den kostnadsføres.¹⁰⁵ Andre eksempler er eiendeler som er ervervet til lav pris, men der det har skjedd en prisøkning i markedet. Regnskapsmessig er det nemlig ikke tillatt å oppskrive eiendeler. Oppskriving er et regnskapsmessig uttrykk som betegner en økning i balanseført verdi på en eiendel.¹⁰⁶ Motsatsen er nedskriving. Dette siste er tillatt og i enkelte tilfeller påkrevd: «Anleggsmidler skal nedskrives til virkelig verdi ved verdifall som forventes ikke å være forbigående.» jf. rskl. § 5-3 tredje ledd. Det er bare tillatt å oppskrive eiendeler som allerede har vært nedskrevet.¹⁰⁷ Videre følger det av rskl. § 5-3 annet ledd at «[a]nnleggsmidler som har begrenset økonomiske levetid, skal avskrives etter en fornuftig avskrivningsplan». Dette betyr at et selskap kan sitte på verdier som reelt sett er mye større enn det som fremkommer av balansen. Dette omtales i dagligtale gjerne som «skjulte verdier» eller «merverdier» i balansen.

Typiske eiendeler som skal medregnes er maskiner, eiendom, varelager, bankinnskudd og lignende. Også andre fordeler som utsatt skattefordel kan tas med i vurderingen, men her er det viktig at styret har et realistisk bilde av hvorvidt dette egentlig er noe mer enn en høyst usikker regnskapspost. Løvdal anfører at urealiserte gevinster også skal medregnes.¹⁰⁸ Slik merverdi er

¹⁰⁴ Bråthen (2019) s. 141

¹⁰⁵ Bråthen (2019) s. 141

¹⁰⁶ Munthe (2020)

¹⁰⁷ Munthe (2020)

¹⁰⁸ Løvdal (2003) s. 487

det imidlertid ikke lov å bokføre i henhold til rskl. § 5-3. Styret vil også måtte ta stilling til eiendeler som antas å tilkomme i nær fremtid. Det må imidlertid avgrenses mot eiendeler som reelt sett ikke er av økonomiskverdi.

Som det fremkom i punkt 3.1.2 står styret fritt til å fravike regnskapslovens regler for verdsettelse. Løvdal anfører at styret i utgangspunktet også står fritt til å velge de metoder for verdsettelse de ønsker.¹⁰⁹ Dette begrunnes i at «tar man ikke i bruk de regnskapsprinsippene som på best mulig måte viser den reelle i egenkapitalsituasjonen, står man i fare for å ramme selskap med tilstrekkelig gode økonomiske forutsetninger».¹¹⁰ Løvdal påpeker imidlertid at styret er «forpliktet til å bruke de verdivurderingsreglene som gir et reelt bilde av selskapets økonomiske situasjon».¹¹¹ Dette må ikke forveksles med en plikt til å legge til grunn den mest forsiktede vurderingen.

Vurderingen av egenkapitalen etter asl. § 3-4 skal gjøres under forutsetning av fortsatt drift, med mindre avvikling må legges til grunn. Jeg skal gjøre en grundig tolkning av regnskapsloven § 4-5 om fortsatt drift i punkt 5, men som det fremkom i punkt 2.3, skal det legges til grunn at verdivurderinger skal gjøres av verdier som en oppnår under forutsetning av at driften i selskapet skal fortsette. Tanken er at når vurderingen av asl. § 3-4 gjøres under forutsetning av fortsatt drift, skal verdsettelsen av eiendeler og forpliktelser ta utgangspunkt i at realisasjon kan finne sted på alminnelige vilkår. Motsatsen er at driften skal avvikles, hvoretter realisasjonen vil måtte finne sted hurtigere og da normalt til lavere verdier.¹¹²

Verdsettelse kan by på en rekke utfordringer. Bråthen trekker frem goodwill som eksempel på en eiendel som er vanskelig å verdsette.¹¹³ Han mener at dette hever terskelen for hvordan verdien er sannsynliggjort.¹¹⁴ Bråthens argument antas å gjelde generelt. Dersom en eiendel er

¹⁰⁹ Løvdal (2003) s. 485

¹¹⁰ Løvdal (2003) s. 484–485

¹¹¹ Løvdal (2003) s. 485

¹¹² Oppgaven vil ikke gå i detalj på hvordan verdsettelse metodisk kan finne sted. I punkt 5 vil jeg imidlertid gå gjennom begrepet «virkelig verdi» og «beste estimat». I tillegg tar oppgaven utgangspunkt i at det går et skille mellom verdsettelse under forutsetning av fortsatt drift og verdsettelse ved avvikling.

¹¹³ Bråthen (2019) s. 142

¹¹⁴ Bråthen (2019) s. 142

vanskelig å verdsette kreves en økt sannsynlighet for at verdien som legges til grunn er korrekt. Poenget er at styret ikke må være for optimistiske, fordi risikoen for at det da drives for fordringshavernes regning øker. Det er imidlertid ikke sikkert at for lave verdivurderinger vil være i fordringshavers interesse. I et scenario der styret har vært for pessimistiske – eller retttere sagt – tatt høyde for alt for mye usikkerhet, kan selskapet gå over ende, arbeidsplasser forsvinne, og fordringshavere stå tilbake med lave dividendeutbetalinger i en konkurs. Dette vil formentlig ikke nødvendigvis tjene fordringshavernes interesser. All den tid lovgiver eksplisitt har sagt at vurderingen etter asl. § 3-4 skal foretas under forutsetning om forstått drift, så bør eiendeler vurderes mest mulig realistisk.

I punkt 5.1.2.4 skal jeg gjøre en tolkning av prinsippet om beste estimat etter regnskapsloven § 4-2. Der legges det til grunn at verdier regnskapsmessig ved usikkerhet, skal vurderes til det beste estimatet. Forutsetningen må jo være at det beste estimatet gir det mest mulig realistiske bilde på den økonomiske situasjonen. Altså hverken for optimistisk eller for pessimistisk.

Oppsummeringsvis skal alle merverdier regnes med, og et styre eller domstolen, står fritt til å verdsette på ønsket måte. Verdsettelsen må reflektere de reelle verdier, og ikke de historiske. Dette gjelder både ved verdiøkning og verditap. I tillegg bør det legges til grunn de mest sannsynlige verdier under forutsetning om fortsatt drift av selskapet.

3.1.4.2 Forpliktelser

På forpliktelsessiden inngår alle sikre gjeldsposter, både langsiktig og kortsiktig gjeld. Eksempelvis må det tas hensyn til hvorvidt selskapet har «gunstig langsiktig finansiering eller andre finansielle forhold som bidrar til at selskapet har et mer solid kapitalgrunnlag enn det egenkapitalen isolert sett gir uttrykk for».¹¹⁵ Dersom selskapet har gunstige langsiktige lån med lave renter, vil de kunne ta større risiko eksempelvis ved investeringer.

Foruten de forpliktelser som fremkommer av balansen må «kausjonsansvar, garantier mv.» medregnes.¹¹⁶ Tapsbringende kontrakter og potensielle søksmål må hensyntas, forutsatt at det er tilstrekkelig sikkert at dette blir en forpliktelse for selskapet. Felles for disse er at de er usikre

¹¹⁵ NOU 1996: 3 s. 102

¹¹⁶ NOU 1996: 3 s. 102

forpliktelser. Hvilket krav som stilles til sannsynligheten for at usikre eller betingende forpliktelser realiseres synes uvisst. Her må selskapet balansere hensynet til fordringshaverne opp mot et potensielt ansvar for styret og ledelsen for ikke å ha hensyntatt forpliktelsene. Gode grunner taler for at det ikke stilles for strenge krav til sannsynligheten, og heller ikke et pålegg til styret om å alltid legge til grunn det mest pessimistiske scenario. Det avgjørende må være hvorvidt styret samvittighetsfullt kan legge til grunn det alternativet de velger. Da det hverken foreligger klare indikasjoner på at det skal legges til grunn en særlig lav terskel, eller særlig høy terskel, er det nærliggende at en alminnelig sannsynlighetsovervekt bør være utgangspunktet.

På forpliktelsessiden må selskapet legge til grunn alle kjente forpliktelser, forfalte og uforfalte. For betingede forpliktelser, eller andre usikre forpliktelser, må styret gjøre en samvittighetsfull vurdering av hvor sannsynlig det er at forpliktelsen vil materialiseres.

3.1.4.2.1 Særlig om ansvarlige lån

Jeg vil knytte noen bemerkninger til en særlig form for kapital, nemlig ansvarlige lån. Spørsmålet er om ansvarlige lån skal vurderes som egenkapital eller gjeld i selskapsrettslig forstand.¹¹⁷

I rekonstruksjonsøyemed reises to problemstillinger ved ansvarlig lånekapital. Den første problemstillingen gjelder klassifiseringen av eiendeler og gjeld: skal ansvarlig lån anses som eiendeler eller forpliktelser? Dernest vil det ved om ansvarlige lån oppstå spørsmål om hvem som har stemmerettigheter og hvem som er bundet av en rekonstruksjonsforsalg etter rekonstruksjonsloven §§ 41 og 54. Oppgaven omhandler spørsmålet om hvorvidt det i det hele tatt skal åpnes rekonstruksjon. Jeg avgrenser derfor mot stemmerettigheter og bindingsspørsmålet.

Det finnes ingen omforent forståelse av hva som menes med et ansvarlig lån.¹¹⁸ Den vanligste forståelsen er at ansvarlig lånekapital er lån med prioritet etter alle andre fordringer, jf. dekningsloven § 9-7 2). For å avgjøre om man i det hele tatt står overfor et ansvarlig lån må det foretas en konkret avtaletolkning, og det vil ikke være tilstrekkelig hvilken benevnelse avtalen

¹¹⁷ Det finnes også andre former for hybridkapitalinstrumenter. For mer om klassifiseringen av slike se Løvdal (2003) s. 490–496.

¹¹⁸ Hverken aksjeloven, regnskapsloven eller konkursloven inneholder eksplisitte bestemmelser om ansvarlig lån. Kapittel 11 i aksjeloven inneholder imidlertid enkelte reguleringer som har tilsnitt til denne typen kapital.

er gitt.¹¹⁹ Jakhelln anfører at «[d]en ansvarlige lånekapital inntar forsåvidt en mellomstilling i forhold til de øvrige kreditorer og selskapets egenkapital».¹²⁰

HR-2017-350-A gjaldt krav om fradrag for renter etter skatteloven § 6-40, og reiste spørsmål om kapitaltilførsel fra en kommune til et heleid datterselskap skulle klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Høyesterett kom enstemmig til at kapitaloverføringen var å anse som et egenkapitalinnskudd. Selv om vurderingen i denne oppgaven ikke omhandler skatterettslige spørsmål, kan dommen tjene som rettskilde for den selskapsrettslige vurderingen.

Høyesterett la avgjørende vekt på innholdet i avtalen mellom partene. Retten viste til forarbeidene til skatte- og avgiftsopplegget for 2002, og slo fast at det skal foretas en helhetsvurdering av de relevante momenter, der spørsmålet er om det er likheten med lån eller egenkapital som er mest fremtredende.¹²¹ Retten pekte, i tillegg til hvorvidt misligholdsbeføyelser var avtalt, på følgende momenter:

- «Foreligger det en plikt for selskapet til å tilbakebetale kapitalen
- Er kapitalen rentebærende eller er avkastningen overskuddsavhengig
- Kapitalens prioritet ved insolvens eller likvidasjon
- Hvorvidt kapitalen kan benyttes til dekning av løpende tap
- Medfører innskudd av kapital innflytelse over selskapet
- Kapitalens formelle status og behandling».¹²²

Høyesterett la dermed til grunn at det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering. I regnskapsmessig forstand skal imidlertid ansvarlige lån alltid klassifiseres som gjeld.¹²³ Dette begrunnes i at lånekapitalen ikke har eierrettigheter.¹²⁴ Selskapsrettslig kan det argumenteres for at det skal foretas en bredere helhetsvurdering, i tråd med den Høyesterett gjorde i skattesaken.

¹¹⁹ Jakhelln (1967) og HR-2017-350-A avsnitt 33

¹²⁰ Jakhelln (1967)

¹²¹ HR-2017-350-A avsnitt 33. Se også Ot.prp. nr. 1 (2001–2002) s. 88. Forarbeidene taler riktig nok om klassifisering av fondsobligasjoner, men Høyesterett bruker dette som utgangspunkt.

¹²² HR-2017-350-A avsnitt 33 og 35. Se også Ot.prp. nr. 1 (2001–2002) s. 88

¹²³ Aarbakke mfl. (2019) kommentar til kapittel 11 note. 5

¹²⁴ Schwencke mfl. (2020) s. 586–587

Dette stemmer også med den helhetsvurdering som for øvrig skal gjøres av selskapets kapital etter asl. § 3-4 samt kkl. § 61 annet punktum. Og allerede nå, kan jeg uten å foregripe, legge til grunn at rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum nok også legger opp til at det skal foretas en helhetsvurdering.

Vedrørende ansvarlig lån som i selskapsrettslig forstand konkluderer Løvdal med at:

«Det er sterke grunner til å oppstille en presumpsjon for at kapital med prioritet bak alle andre ordinære kreditorer, kapital med en overskuddsavhengig tilbakebetalingsordning og kapital som er gitt med det formål å heve egenkapitalnivået, er å anse som egenkapital i forhold til asl/ asal § 3-4 og § 3-5».¹²⁵

Løvdal legger også vekt på at den som yter kapital og som har til hensikt å stå etter alle andre forpliktelser, nok ikke er vernet etter asl. §§ 3-4 og 3-5.¹²⁶ Hun knytter vurderingen til den fordringshaveren som yter lånet, og ikke de øvrige fordringshavere. Argumentasjonen har gode grunner for seg. Den fordringshaver som bevisst har valgt en dårligere prioritet, bør det tas mindre hensyn til ved vurderingen etter asl. § 3-4.

Med tanke på hele fordringshavermassen, skal det imidlertid anføres at selskapet strengt tatt har påtatt seg en ny forpliktelse. Det kan nemlig tenkes situasjoner der man kommer til at lånet etter dekningsloven § 9-7 2) har etterprioritet, men at det likevel har løpt renter eller er betalt avdrag på lånet. Ordlyden i dekningsloven § 9-7 2) inneholder nemlig ingen regler for hvordan et slikt lån skal være utformet. I en slik situasjon vil jo skyldners plikter til å betale renter eller avdrag påvirke dennes øvrige mulighet til å betale andre fordringshavere. Hensynet til fordringshavermassen før konkurs åpnes tilsier derfor at slike lån bør anses som gjeld. På denne bakgrunn kan det heller oppstilles en presumpsjon for at lån med etterprioritet som ikke tynger skyldners betalingsevne, eller som er overskuddsavhengig, skal anses som egenkapital etter asl. § 3-4. I relasjon til kkl. § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1) bør vurderingen gjøres etter samme kriterier.

¹²⁵ Løvdal (2003) s. 496

¹²⁶ Løvdal (2003) s. 496

Det kunne tenkes at for vurderingen etter kkl. § 61, vil det i realiteten være enda klarere at ansvarlig lånekapital, forutsatt at det ligner mest på egenkapital, kan anses som egenkapital. Dette fordi man vet at det sjelden er tilstrekkelige midler til dividendeutbetaling til etterprioriterte fordringer ved utlodningen. Det anføres at fordi rekonstruksjonsforhandling også er en insolvensprosess, så burde ansvarlige lån av de samme grunner som for kkl. § 61 uansett anses som egenkapital. Det samme kan gjøre seg gjeldende ved rekonstruksjonsloven § 2 (1), da dette også anses å være et insolvensverktøy. I punkt 3.2 skal jeg imidlertid vise at vurderingen av eiendeler og gjeld nok heller bør ta utgangspunkt i at konkurs *ikke* skal åpnes når en foretar en konkret vurdering.

I rettspraksis har det vært reist spørsmål om hvordan ansvarlig lånekapital skal anses å påvirke selskapets økonomiske situasjon. I Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) som gjaldt spørsmål om ansvarsgjennombrudd oppsto et delspørsmål om hvorvidt selskapet var underkapitalisert. Høyesterett la da til grunn at ansvarlig lånekapital skulle regnes med i vurderingen av om egenkapitalgrunnlaget var tilstrekkelig.¹²⁷ For vurderingen av om denne typen innskudd skal anses som lån eller egenkapital, gjorde retten en tilsynelatende interessant distinksjon mellom ulike former for ansvarlig lån:

«Det er derfor ikke treffende når den ankende part har villet se disse lånene som krisehjelp. Noe annerledes var situasjonen for det lån Per Aarnes ytet Kongeparken AS. Det ble gitt i forbindelse med en akutt likviditetskrise i selskapet og hadde derfor ikke preg av tilførsel til en kapitalbase for selskapet.»¹²⁸

Her antydes at krisehjelp er noe annet enn et alminnelig ansvarlig lån. Dette ble også tatt opp i HR-2016-1440-A (Håheller). Der la Høyesterett til grunn at tilførsel av likviditet i form av «krisehjelp» ikke skal medregnes når en vurderer selskapets finansielle styrke, jf. avsnitt 59 og jf. Rt. 1996 s. 672 på side 680 (Kongeparken). Distinksjonen synes ikke helt klar. Formålet må jo være å vurdere om tilførselen styrker eller svekker gjeldsgraden sammenlignet med egenkapitalen. Dersom man etter de vurderingsmomenter som tidligere er lagt frem, kommer til at det er tale om et ansvarlig lån, bør det være irrelevant i hvilken hensikt og på hvilket tidspunkt lånet

¹²⁷ Rt. 1996 s. 672 på s. 680

¹²⁸ Rt. 1996 s. 672 på s. 680

er gitt. I mange tilfeller vil et ansvarlig lån være en naturlig måte å øke egenkapital og tilføye likviditet på.

Konklusjonen er at et ansvarlig lån kan anses som egenkapital dersom det etter en konkret helhetsvurdering har størst likhet med et egenkapitalinnskudd. Selskapet bør imidlertid internt og regnskapsmessig behandle dette som et lån. For spørsmålet om tilførsel av ansvarlig lånekapital vil bedre selskapets egenkapitalsituasjon når egenkapitalen allerede er uforsvarlig, er konklusjonen at dette beror på en konkret vurdering av avtalen mellom partene. Denne konklusjonen vil også gjelde for vurderingen av selskapets egenkapital og gjeld etter rekonstruksjonsloven, fordi spørsmålet også ved anvendelsene av de lovene, er om det ansvarlige lånet bedrer egenkapitalen eller øker forpliktelsesgraden i bedriften.

3.2 Insuffisiens

Insolvenskriteriet fungerer ikke bare som en del av åpningsvilkåret for konkurs. Det er også den ultimate testen på når skyldners økonomi er i en så alvorlig tilstand at aksjeselskapet neppe lengre kan reddes. Dermed vil dette bidra til å klarlegge når et aksjeselskap er i «alvorlige økonomiske problemer». Dette underpunktet tar utgangspunkt i konkursloven § 61 og insuffisiensvilkåret.

Det følger av ordlyden i kkl. § 61 annet punktum at skyldner ikke er insolvent dersom «skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldners forpliktelser.» Ordlyden tilsier altså at det ikke nødvendigvis er slik at dersom skyldners forpliktelser overstiger eiendeler så er han insuffisient. Inntektene som er del av likviditeten skal også regnes med. I dette punktet er det spørsmålet om eiendeler overstiger gjelden som vurderes. Sammenhengen med inntektene kommer jeg tilbake til i punkt 5.3.

Andenæs peker på at vurderingen av om skyldner er i underbalanse fordrer at man gjør en oppstilling av forpliktelser og eiendeler på tidspunktet for insolvensvurderingen.¹²⁹ Slik vil man få et «øyeblikksbilde av skyldnerens egenkapital på dette tidspunkt».¹³⁰ Dette har klare likheter med det som ble sagt om egenkapital i punkt 3.1. Jeg legger derfor til grunn at insuffisiensbegrepet tilsvarer egenkapitalbegrepet slik det er definert i regnskapsmessig forstand.

¹²⁹ Andenæs (2009) s. 66

¹³⁰ Andenæs (2009) s. 66

Jeg vil nå redegjøre for hvordan vurderingen av insuffisiensvilkåret skal gjøres. Ved denne vurderingen vil jeg trekke paralleller til asl. § 3-4 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).

3.2.1 Forpliktelser

Det første spørsmålet er hvilke forpliktelser som skal vurderes ved insolvensvurderingen.

Alle forpliktelser skal inngå i vurderingen av egenkapitalens størrelse etter aksjeloven § 3-4. For kkl. § 61 anfører Andenæs at forpliktelser her betyr de fordringer det kan kreves dividende av dersom selskapet går konkurs.¹³¹ Altså fordringer etter dekningsloven § 6-1.

Videre skal «[b]åde forfalte, uforfalte og betingede forpliktelser [...] tas med, jf. dekl. § 6-2».¹³² Om uforfalte forpliktelser anfører Løvold at «[i]kke-rentebærende forpliktelser som forfaller i fremtiden, må neddiskonteres til nåverdi».¹³³ Forpliktelser som ikke er oppstått skal imidlertid ikke regnes med, jf. dekl. § 6-1. Dette betyr at forpliktelser som er betingede eller kommer i fremtiden, ikke skal medregnes. Dersom skyldneren bestrider en forpliktelse som kan være avgjørende for insolvensvurderingen, skal retten ta prejudisielt standpunkt til dens eksistens og omfang.¹³⁴

Ilignet skatt skal medregnes, det samme gjelder også skatter som man må regne med vil bli ilignet.¹³⁵ Det følger imidlertid av Rt. 1982 s. 1426 at latent skatt på salg av eiendeler som ikke er gjenstand for gevinstbeskatning ved konkurs, ikke skal regnes med i insolvensvurderingen.¹³⁶

¹³¹ Andenæs (2009) s. 66

¹³² NOU 1972: 20 s. 123

¹³³ Løvold (2015) s. 178. Løvold har oppdatert Brækhus' Omsetning og kreditt 1.

¹³⁴ Andenæs (2009) s. 66 og Løvold (2015) s. 178

¹³⁵ Løvold (2015) s. 179

¹³⁶ Rt. 1982 s. 1426

Se også HR-2020-1129-A, hvor Høyesterett som kom til at et justeringskrav for merverdiavgift ved salg av en eiendom skulle anses som en massefordring i konkurs. Her kom retten under dissens til at det var den juridiske enheten som faktisk gjennomførte salget som var pliktig til å betale merverdiavgift. Hvorvidt dette egentlig er i tråd med konkursrettens forutsetninger er et annet spørsmål, men det kan åpne for at retten vil måtte vurdere helt konkret om det foreligger salgsmuligheter for selskapet før konkurs, eller om det er sannsynlige at det først vil gjøres ved en konkurs. Eksempelvis dersom en har et helt driftskritisk anleggsmiddel som ved salg

Høyesteretts standpunkt er kritisert av Løvold som peker på at insolvensvurderingen tar utgangspunkt i at skyldner er solvent dersom hans eiendeler og inntekter er tilstrekkelige til å dekke hans samlede forpliktelser.¹³⁷ Nettopp fordi «solvens innebærer at det ikke blir konkurs, må det avgjørende være debtors inntekter, eiendeler og forpliktelser under forutsetning av at konkurs ikke blir åpnet i hans bo».¹³⁸ Argumentasjonen har gode grunner for seg. Ved vurderingen av om skyldner er insolvent bør retten gjøre en realitetsvurdering av hans eiendeler og forpliktelser med det som utgangspunkt at skyldner skal kunne dekke sine krav dersom han ikke slås konkurs. Rettstilstanden er likevel slik at skatt på salg ikke skal regnes med ved vurderingen av forpliktelser ved suffisiensvurderingen, men de skal regnes med ved egenkapitalvurderingen etter asl. § 3-4.

Betingede forpliktelser skaper særlige vansker. Dette er forpliktelser som pådras dersom en gitt forutsetning inntreffer. Dette gjelder eksempelvis kausjonsansvar eller erstatningsansvar. Andenæs skriver at retten «[v]ed insolvensvurderingen må [...] vurdere sannsynligheten for at betingelsen skal inntreffe».¹³⁹ Det sies imidlertid ingenting om hvilken sannsynlighet som skal legges til grunn. Uten holdepunkter for noe annet er det nærliggende å legge til grunn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Et særlig spørsmål knytter seg til vurderingen av regressforpliktelser. I Rt. 1895 s. 640 ble det lagt til grunn at regressforpliktelser ikke skulle medregnes.¹⁴⁰ Høyesterett uttalte at regressfordringen ikke skulle anses som et aktivum, fordi det forutsetter at skyldner selv betaler.¹⁴¹ Forarbeidene til konkursloven har kritisert dette. Kritikken handler om at rettens standpunkt er «rent formelt», og at det heller må vurderes konkret i ethvert tilfelle.¹⁴² Løvold gjør et skille mellom de tilfeller der regresskravet er skyldners eneste eiendel av betydning, og de tilfeller hvor han

vil utløse et justeringskrav. Da kan en godt se for seg at selskapet ikke vil selge eiendelen med indre de skal likvideres, dermed vil denne forpliktelsen først oppstå ved en eventuell senere realisasjon på boets hånd og dekkes som massekrav i boet.

¹³⁷ Løvold (2015) s. 180

¹³⁸ Løvold (2015) s. 180

¹³⁹ Andenæs (2009) s. 67

¹⁴⁰ Se Andenæs (2009) s. 67 med videre henvisninger

¹⁴¹ Se Andenæs (2009) s. 67 med videre henvisninger

¹⁴² NOU 1972: 20 s. 123

har flere aktivum av betydning. I sistnevnte tilfelle vil det være riktig å ta stilling også til et eventuelt regresskrav.¹⁴³ Løvolds løsning får også støtte av Andenæs.¹⁴⁴ Dette skillet synes imidlertid også litt kunstig. Vurderingen bør basere seg på mer konkrete momenter av hvorvidt det er sannsynlig at et regresskrav fremmes eller ikke. Dette på samme måte som for asl. § 3-4.

Videre står gaveløfter i en særstilling ved vurdering av forpliktelsene. For aksjeselskap kan tilleggspensjon eller bonuser anses som et gaveløfte. Det følger av dekningsloven § 7-13 at «[r]etten etter et gaveløfter faller bort dersom giveren åpner gjeldsforhandling eller går konkurs, og gaven ikke er fullbyrdet før åpningen av bobehandlingen». Her vises til gjeldsforhandlinger. Det følger imidlertid av rekonstruksjonsloven § 62 at:

«Når denne loven får anvendelse, skal omtale i andre lover og forskrifter av gjeldsforhandling etter konkurslovens første del forstås som rekonstruksjon etter denne loven, og henvisninger i andre lover og forskrifter til begreper og bestemmelser i konkurslovens første del om gjeldsforhandling forstås som henvisninger til korresponderende begreper og bestemmelser i denne loven.»

Dermed skal dekningsloven § 7-13 også få anvendelse ved åpning av rekonstruksjonsforhandling, og gaveløftet faller bort. Dette tilsier at gaveløftet ikke skal regnes med når man gjør en vurdering av om selskapet har alvorlige økonomiske problemer. Dette synes også fornuftig fordi hensynet til de øvrige fordringshaverne tilsier at gaveløftet ikke bør oppfylles i det hele tatt. Selskapet bør prioritere å betale alle forfalte forpliktelser. En utfordring oppstår imidlertid dersom gaveløftet er en tilleggspensjonsforpliktelse. Det finnes en rekke gode argumenter for at også arbeidstakere bør gi noe ved en rekonstruksjon. Det er imidlertid slik at mange bedrifter i dag er avhengig av nøkkelarbeidstakere grunnet deres særlige kompetanse. Dersom selskapet ikke kan gi tilleggspensjonsforpliktelser eller lovnader om bonuser til sine arbeidstakere, er det fare for at de vil se seg om etter en ny arbeidsgiver. Dersom nøkkelpersonell forsvinner fra bedriften, vil dette igjen skade fordringshavernes interesser. Disse hensyn tilsier dermed at gaveløfter som gjelder selskapets forpliktelser overfor arbeidstaker, men som ikke er rene «fornøyesgaver», bør regnes med i rekonstruksjonsforhandlinger og dermed også i spørsmålet om hvilke forpliktelser selskapet har.

¹⁴³ Løvold (2015) s. 179

¹⁴⁴ Andenæs (2009) s. 67

Videre er spørsmålet hvordan forpliktelser skal vurderes etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Gode grunner taler for at man må ta utgangspunkt i om hensynene ligger tettest opp til hensynene ved asl. § 3-4-vurderingen eller kkl. § 61. Siktemålet ved rekonstruksjonsforhandling er at selskapet skal overleve. Ved overlevelse vil selskapet måtte dekke alle sine forpliktelser. Dette tilsier at man skal legge seg på samme linje som asl. § 3-4. Det er imidlertid slik at ved tvangsakkord vil enkelte forpliktelser ikke gi stemmerett, jf. rekonstruksjonsloven § 41. I tillegg er ikke alle fordringshavere bundet av akkorden, jf. rekonstruksjonsloven § 54. Det kunne derfor vært lagt til grunn at bare de forpliktelser som gir stemmerett eller binder fordringshaver, skal legges til grunn for vurderingen. En slik praktisering av regelen ville imidlertid føre til at blant annet forpliktelser hvor fordringshavere har sikret seg ved pant eller lignende, ikke skal regnes med. Derfor bør alle kjente forpliktelser legges til grunn, også de som er betinget, dersom det foreligger tilstrekkelig sannsynlighet for at skyldner må oppfylle forpliktelsen.

Konklusjonen er at bare de forpliktelsene som kan gjøres gjeldende som dividendekrav i konkurs skal regnes med etter kkl. § 61. For vurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1), bør alle forpliktelser legges til grunn på samme måte som for asl. § 3-4, med unntak av de gaveløfter som kan sees som rene «fornøylesgaver».

3.2.2 Eiendeler

Videre er spørsmålet hvilke eiendeler som skal medregnes ved suffisiensvurderingen. Utgangspunktet er at alle skyldners eiendeler av økonomiskverdi skal regnes med.

Utgangspunktet for hvilke eiendeler som skal medregnes er de samme som fordringshavere kan søke dekning i etter dekningsloven § 2-2.¹⁴⁵ Bare eiendeler som reelt tilhører skyldneren skal med. Dette fører til at retten også her må ta prejudisiell stilling til spørsmål om de reelle eierforhold.¹⁴⁶ Eksempler på eiendeler som ikke reelt sett er eiet av skyldner, er proformaeierskap.¹⁴⁷ Hvorvidt eiendeler som aksjeselskapet reelt sett ikke eier skal regnes med ved vurderingen av egenkapitalen etter asl. § 3-4 synes usikkert. Den korrekte løsningen vil nok være at

¹⁴⁵ Se eksempelvis Wiker og Ro (2003) s. 228

¹⁴⁶ Andenæs (2009) s. 68

¹⁴⁷ Skyldners beslagsfrie eiendeler etter dekningsloven § 2-3 skal ikke medregnes. Dette kommer sjeldent på spissen for aksjeselskap.

det bare kan være de eiendeler som selskapet faktisk eier som skal regnes med. Det vil imidlertid kunne tenkes situasjoner der eierforholdene eksempelvis i et konsern er valgt av skattemessige eller andre årsaker, slik at eiendelen blir av verdi for selskapet. Her vil styret måtte foreta en konkret vurdering.

I Rt. 1977 s. 1235 uttaler Høyesterett seg om hvilke eiendeler som skal hensyntas i mer generelle vendinger. Retten mente at eiendeler som ikke er tilgjengelige for konkursboet grunnet skyldners forhold, ikke skal regnes med.¹⁴⁸ Dette gjelder typisk eiendeler som er i utlandet, eller eiendeler skyldner nekter å oppgi hvor befinner seg.

Hva gjelder eiendeler som befinner seg utenfor landegrensene, uttalte konkurslovutvalget i NOU 1972: 20 at «[d]et må være en forutsetning at fordringshaverne har en rimelig mulighet for å få dekning i».¹⁴⁹ Utvalget peker imidlertid på at hovedregelen er at også disse skal medregnes.¹⁵⁰ I praksis vil eiendeler utenfor landegrensene nok ofte være vanskelig å ta med i beregningen, all den tid disse ikke enkelt kan realiseres.

Eiendeler utenfor landegrensene vil imidlertid medregnes etter vurderingen ved asl. § 3-4, forutsatt at det er skyldner som avgjør hvorvidt disse er tilgjengelige eller ikke. For vurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1), synes spørsmålet mer usikkert. Utgangspunktet for rekonstruksjonsforhandling er at selskapet skal overleve, dette tilsier at man legger til grunn samme vurdering som etter asl. § 3-4. Ved rekonstruksjonsforhandling beholder skyldner kontroll over sine eiendeler, og det opprettes ikke en ny juridisk enhet som i konkurs, jf. rekonstruksjonsloven § 15. På den andre siden er faren for konkurs overhengende, hvilket tilsier at man bør ta utgangspunkt i de eiendeler som faktisk er mulig å få tak i uten skyldners aktive medvirkning. Et motargument er at det er problematisk dersom man har tatt utgangspunkt i at skyldner er i et dårligere økonomisk uføre enn det som er realiteten. Da kan man ende i en situasjon der fordringshaverne går med på en avtale der skyldner betaler mindre enn det som reelt sett hadde

¹⁴⁸ Rt. 1977 s. 1235 på s. 1248–1249

¹⁴⁹ NOU 1972: 20 s. 123

¹⁵⁰ NOU 1972: 20 s. 123

vært mulig. Det faktum at selskapets forutsettes å oppnå en vellykket rekonstruksjonsforhandling, i tillegg til at skyldner selv beholder rådigheten over sitt bo, tilsier at eiendeler utenfor landegrensene bør regnes med ved vurdering av eiendeler etter rekonstruksjonsloven § 2 (1).¹⁵¹

Hva gjelder eiendeler skyldner nekter å oppgi hvor befinner seg, peker Andenæs på at begrunnelsen for at disse ikke skal regnes med etter kkl. § 61, er at det er «lettere for konkursboet enn skyldnerens enkeltforfølgende fordringshavere å oppspore eiendeler som skyldneren forsøker å unndra fra kreditorbeslag».¹⁵² Hvorvidt dette stemmer i alle tilfeller vil nok være usikkert. Det kan hevdes at ressurssterke fordringshavere vil kunne klare å oppspore eiendelen, på samme måte som et konkursbo. På den annen side kan det hevdes at skyldner i mange tilfelle vil være tjent med å oppgi disse for å unngå konkurs. Motsetningsvis kan det argumenteres med at dersom skyldner uansett realisasjonen av det aktuelle formuesgodet, vil være insolvent, har vedkommende grunner for å unndra eiendelen. Gode grunner taler dermed for å praktisere reglen slik Andenæs forfekter. Dette vil selvsagt være annerledes for vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig, jf. asl. § 3-4. Etter aksjelovens bestemmelser rår jo skyldner selv over eiendelen, og har derfor mulighet til å få tak i disse verdiene. Skyldner vil også rå over eiendelen ved en eventuell rekonstruksjonsforhandling, jf. rekonstruksjonsloven § 15. Også her mener jeg at hensynet til at selskapet skal overleve må være avgjørende for hvordan denne vurderingen gjøres etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Det vil si at alle eiendeler i selskapet skal medregnes uavhengig av om skyldner vil nekte å oppgi hvor disse befinner seg til tredjemann.

I Rt. 1903 s. 391 behandlet Høyesterett spørsmål om et selskaps mulige krav på tilbakebetaling skulle vurderes på eiendelssiden ved insolvensvurderingen. Høyesterett kom til at så lenge de anført ulovlige utdelingene ikke var tilbakebetalt til selskapet, skulle de holdes utenfor insolvensvurderingen. Også her ble det argumentert med at forhold som først og fremst blir et spørsmål i konkursbehandlingen, ikke skal medregnes. Andenæs mener at samme regel må gjelde for «uinnbetalte selskapsinnskudd som selskapsdeltakerne mangler evne eller vilje til å innbe-

¹⁵¹ Om skyldners rådighet over eget bo, se rekonstruksjonsloven § 15.

¹⁵² Andenæs (2009) s. 69

tale. Er det derimot ikke grunn til å tvile på selskapsdeltakernes evne og vilje til å betale innskuddet, må uinnbetalte innskudd trolig regnes med».¹⁵³ Dermed skal uinnbetalte selskapsinnskudd og mulige krav på tilbakebetaling, ikke regnes med, med mindre det ikke er grunn til å tvile på at midlene snart vil tilkomme selskapet.

For vurderingen etter asl. § 3-4 mener jeg uinnbetalte innskudd skal regnes med, hvis ikke vil selskapet selv måtte inndrive disse. For vurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) gjør de samme hensyn seg gjeldende som for aksjeloven. Selskapet forutsettes jo å overleve. Da bør selskapsinnskuddet regnes med forutsatt at det er gyldig bindende. Hva gjelder tilbakebetalinger, bør disse bare regnes med dersom det foreligger sannsynlighetsovervekt for at midlene vil tilkomme selskapet. Dette gjelder både for asl. § 3-4 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).

Det følger av forarbeidene til kkl. § 61 at eiendeler fra omstøtelige disposisjoner ikke skal medregnes.¹⁵⁴ Dette fordi disse bare vil materialisere seg dersom det åpnes konkurs, og dermed *ikke* dersom skyldner blir å anse som solvent. Andenæs argumenterer med at et «hovedformål med å åpne konkurs ofte nettopp [er] å gjøre slike krav gjeldende».¹⁵⁵ Ved rekonstruksjonsforhandling kan omstøtelse også finne sted etter rekonstruksjonsloven § 38. Omstøtelige disposisjoner bør på samme grunnlag som for konkursloven § 61, ikke regnes med ved begjæring av rekonstruksjonsforhandling. Bare eiendeler som tilkommer skyldner utenfor rekonstruksjonsforhandlingen, bør være del av vurderingen om hvorvidt rekonstruksjonsforhandling skal åpnes.

Konklusjonen er at bare eiendeler fordringshaver kan ta beslag i etter dekningsloven § 2-2 som er mulig for fordringshaveren å få tak i, skal regnes med etter kkl. § 61. Ved vurderingen etter rekonstruksjonsloven bør vurderingen ta utgangspunkt i at skyldner selv beholder rådigheten over sin virksomhet og sine formuesforhold, jf. rekonstruksjonsloven § 15. Derfor bør vurderingen ligge tettere på asl. § 3-4 enn kkl. § 61.

¹⁵³ Andenæs (2009) s. 69

¹⁵⁴ NOU 1972: 20 s. 122

¹⁵⁵ Andenæs (2009) s. 68

3.2.3 Utgangspunkter for verdsettelse ved spørsmål om konkursåpning

Neste spørsmål er hva verdsettelse etter kkl. § 61 skal ta utgangspunkt i.

Ordlyden i konkursloven § 61, never ikke eksplisitt hvordan verdsettelse skal gjøres. Det eneste som nevnes i den retning er ordlyden «selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene», jf. kkl. § 61 annet punktum. Ordlyden sier imidlertid ingenting om hvor lang realisasjonstid det legges opp til. Og som tidligere nevnt er det er nettopp lengden på realisasjonstiden som kan synes avgjørende.

Vedrørende verdivurderinger uttalte Konkurslovutvalget i NOU 1972: 20 at:

«Vurderingen av verdiene vil avhenge av om man forutsetter at det skal skje en realisasjon eller ei. Det vil f.eks. her kunne være stor forskjell på verdsettelsen av et firmas aktiva etter som man vurderer verdiene ut fra en forutsetning om fortsatt drift (bedriften vurderes som et «going concern») eller etter realisasjonsverdien. [...] Hvis det er på det rene at skyldneren frivillig vil realisere de aktuelle aktiva på en måte som er mer fordelaktig, må den pris som da oppnås, legges til grunn. Og i alle tilfelle er det verdien ved en realisasjon med sikte på å oppnå størst mulig utbytte innenfor den tid som står til rådighet, som er avgjørende.»¹⁵⁶

Det er ikke klart hva som menes med realisasjonsverdien. Rent språklig viser denne bare til den verdi en kan oppnå under realisasjon under forutsetningene en er i. Da det likevel settes opp mot fortsatt drift, legger jeg til grunn at realisasjonsverdien er noe annet enn fortsatt drift, og at det derfor sikter til en kortere realisasjonsperiode.

Løvold anfører at verdsettelsen må skje under forutsetning av at eiendeler skal realiseres i løpet av kortere tid, eventuelt ved tvangssalg eller utlegg.¹⁵⁷ Andenæs anfører at utgangspunktet for verdsettingen er med sikte på tvangsrealisasjon fra en utleggstaker, og følgelig ikke ved frivillig

¹⁵⁶ NOU 1972: 20 s. 123

¹⁵⁷ Løvold (2015) s. 176 og 182

salg.¹⁵⁸ Han mener at verdiene derfor ikke skal verdsettes under forutsetning om fortsatt drift.¹⁵⁹ Andenæs mener også at dersom skyldneren frivillig vil realisere eiendelene skal verdsettingen bygge på den forutsetning.¹⁶⁰ Løvold anfører at det da «kreves at han har tatt skritt til en samlet avhendelse av bedriften».¹⁶¹

Wiker og Ro peker på at verdsettelse av eiendeler i konkurs må «ligge et sted mellom den sum man kunne fått ved et godt planlagt salg i det frie marked, og det panikkaktige og/eller slakte-salg som ville skje ved en rask realisering».¹⁶² Huser på sin side skriver at insuffisiensvurderingen «som utgangspunkt [bør] bygges på den forutsetning at realisasjonen skjer på en måte og innenfor en tidsramme som svarer til det som gjelder ved enkeltforfølging».¹⁶³

I Rt. 1997 s. 931 var det spørsmål om lagmannsretten hadde foretatt riktige verdivurderinger med riktige utgangspunkter. Kjæremålsutvalget viste til forarbeidene til konkursloven § 61, og viste til at det kan være stor forskjell på verdsettelsen av eiendeler etter som man vurderer verdiene ut fra en forutsetning om fortsatt drift eller etter realisasjonsverdien. Høyesterett pekte på at «[h]va som er aktuelt vil avhenge av forholdene i det enkelte tilfelle».¹⁶⁴

Flere juridiske teoretikere synes derfor å mene at det skal legges til grunn verdier som om det skal skje et tvangssalg. Altså et noe hurtigere salg. Begrunnelse for at dette danner utgangspunktet er at dersom skyldner er solvent, men det er behov for å realisere eiendeler for å dekke sine forpliktelser, kan en fordringshaver få innkrevet sitt krav ved tvangsrealisasjon i regi av

¹⁵⁸ Andenæs (2009) s. 70. Se også RG. 1999 s. 35 (Borgarting) hvor retten uttalte at «verdsettingen skal skje med sikte på tvangsrealisasjon fra en utleggstaker og ikke med sikte på frivillig salg [...] I så fall vil også debitor selv ha en klar interesse i å foreta frivillig realisasjon av sine eiendeler, og lagmannsretten legger til grunn at skyldneren vil gjøre dette. Basert på denne forutsetning vil verdsettelsen bli en annen og lede til at det må legges til grunn at de samlede aktiva vil være tilstrekkelige til å dekke passiva».

¹⁵⁹ Andenæs (2009) s. 70

¹⁶⁰ Andenæs (2009) s. 70

¹⁶¹ Løvold (2015) s. 182

¹⁶² Wiker og Ro (2003) s. 229. Dette standpunktet kan tolkes som et annet standpunkt enn det Løvold og Andenæs har. Wiker og Ro viser imidlertid til disse, og jeg tolker dem derfor dit hen at de er på linje med Løvold og Andenæs.

¹⁶³ Huser (1988) s. 102

¹⁶⁴ Rt. 1997 s. 931 på s. 936

medhjelper ved enkeltforfølging. I realiteten vil nok også tvangsrealisasjon i regi av medhjelper søke å legge seg så nært opp til salg i det frie marked som mulig. På denne måten vil fordringshaver også ved tvangsrealisasjon få dekket så mye som mulig av sitt krav. For spørsmålet om man skal legge verdien som going concern til grunn, mener jeg at vurderingskriteriet må være om det er sannsynlig at salg vil skje, ikke hvorvidt selskapet faktisk har foretatt aktive salgsskritt.

En innvending mot at verdsettelse skal ta utgangspunkt i realisasjon ved tvang, er at selskapet da kan tenkes å få kunstig lave eiendeler og kunstig høye forpliktelser. Spørsmålet er jo om eiendeler og inntekter er tilstrekkelige til å dekke skyldners forpliktelser forutsatt et selskapet skal leve videre og ikke det motsatte. I praksis er det likevel slik at det faktisk at det i det hele tatt foretas en insolvensvurdering ofte tilsier at skyldner er nær insolvens. På denne bakgrunn er det nærliggende at dersom konkurs ikke åpnes vil skyldner uansett ende i en situasjon der eiendeler må realiseres, enten frivillig eller ved tvang. Det er nok imidlertid slik at det for eiendeler må gjøres en vurdering av om de er driftskritiske. Hvis så er tilfelle kommer man fort til at skyldner likevel vil være insolvent, fordi realisasjonen vil føre til at driften vil stoppe opp.

For vurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) mener jeg utgangspunktet for verdsettelsen bør ligge nærmere asl. § 3-4-vurderingen enn den som foretas etter kkl. § 61. Her er forutsetningen at selskapet skal reddes. Dersom lovgivers intensjoner om at rekonstruksjonsforhandlinger skal komme i gang på et tidligere tidspunkt skal nås, så bør også verdsettelsene ta utgangspunkt i fortsatt drift. Med mindre styret ikke har noe realistisk mulighet annet enn avvikling.¹⁶⁵

Konklusjonen er at verdsettelse etter kkl. § 61 skal ta utgangspunkt i en realisasjonsverdi som legger til grunn de verdier en vil kunne oppnå ved tvangsrealisasjon ved enkeltforfølging. For rekonstruksjonsloven § 2 (1) bør vurderingen legge fortsatt drift til grunn, og da verdier som kan oppnås i en mer «alminnelig» salgsprosess. Således ligger vurderingen tettere på asl. § 3-4 enn kkl. § 61.¹⁶⁶

¹⁶⁵ For mer om vurderingen av avvikling etter rskl. § 4-5 se punkt 5.1.

¹⁶⁶ Her nevnes også at konklusjonen særlig gjør seg gjeldende med tanke på lovgivers særskilte formål med rekonstruksjonsloven. Formålet er å redde levedyktige bedrifter som er rammet av covid-19-pandemien, men som under normale omstendigheter i de fleste tilfeller går med overskudd.

3.3 Oppsummering egenkapital og suffisiens

«Egenkapital» eller «suffisiens» sier altså noe om hvilke restverdier et selskap sitter igjen med når alle forpliktelser er dekket. Egenkapitalen vil derfor si noe om hvordan den økonomiske situasjonen i et aksjeselskap er. Fordi egenkapitalen er et viktig mål på økonomien, kan dette være et middel til å vurdere hvorvidt et aksjeselskap er i «alvorlige økonomiske problemer». For å finne ut om restverdien av eiendeler etter at gjeld er trukket fra er negativ eller positiv, må det foretas verdivurderinger. Basert på funnene konkluderer jeg med at vurdering av eiendeler og forpliktelser etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) hovedsakelig bør følge linjen til asl. § 3-4, og ikke kkl. § 61. Ved vurderingen av suffisiens etter kkl. § 61 synes det basert på kildene som om vurderingen tar delvis utgangspunkt i at selskapet er på vei til en tvangssituasjon med likvidasjon som endelig utfall. Dette er ikke tilfelle for asl. § 3-4. Likeledes forutsetter rekonstruksjonsforhandling nettopp at selskapet ikke skal inn i en tvangssituasjon.

Det er imidlertid flere måter å vurdere et selskaps økonomiske situasjon på. Man kan ikke se bort fra selskapets likviditet. Før jeg går inn på den konkrete tolkning av «alvorlige økonomiske problemer», og hvilke «målemetoder» som egner seg, skal det foretas en tolkning av likviditet med bakgrunn i asl. § 3-4 og kkl. § 61.

4 Likviditet

Et aksjeselskaps økonomi kan ikke vurderes med henblikk på egenkapitalen alene. Det kanskje viktigste parameteret er selskapets evne til å gjøre opp for seg. I dette punktet er vurderingstemaet likviditet.

For å kunne klarlegge hvilke forutsetninger lovgiver har hatt for å endre åpningsvilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1), sammenlignet med konkursloven § 1 a, er det naturlig å nettopp se til hva en ønsker seg bort fra. Det vil også naturligvis få betydning for vilkåret der en fordringshaver begjærer rekonstruksjon etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) annet punktum.

Illikviditetsbegrepet er godt innarbeidet i norsk rett, vurderingen vil derfor starte med utgangspunkt i konkursloven § 61. Dernest går jeg over til å vurdere likviditetsbegrepet i aksjeloven § 3-4.

4.1 Illikviditet

Det første spørsmålet er hvordan man skal avgjøre om en skyldner «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller».

Av ordlyden i konkursloven § 61 følger at skyldner er insolvent når «denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller». Dette omtales gjerne som illikviditet eller betalingsudyktighet. Loven selv bruker begrepet betalingsudyktighet, men illikviditet er et godt innarbeidet begrep, og jeg vil først og fremst bruke dette.

Illikviditetsvilkåret i kkl. § 61 kan oppstilles som et spørsmål om «strømmen av inntekter er stor nok og kommer tidsnok til å dekke rekken av forpliktelser».¹⁶⁷ Det er ikke et vilkår at skyldner faktisk er i mislighold, jf. HR-2017-2375-A (Ulvesund Elektro) avsnitt 30.¹⁶⁸ I tillegg kreves at skyldneren reelt er ute av stand til å gjøre opp for seg, og ikke bare mangler betalingsvilje.

¹⁶⁷ NOU 1972: 20 s. 121

¹⁶⁸ I punkt 6.3 gjøres en lengre drøftelse av dette.

Løvold anfører at «likviditetsvurderingen forutsetter prognose av den fremtidige utvikling i debitors økonomi».¹⁶⁹ På inntektssiden skal man ta med fremtidige inntekter som skyldner kan regne med å få, så fremt virksomheten fortsetter.¹⁷⁰ Dette gjelder ikke bare ordinære inntekter fra driften, men også eventuelle salg av eiendeler som kan realiseres uten at det påvirker mulighetene for fortsatt drift.¹⁷¹

På utgiftssiden stiller Løvold opp blant annet omkostninger og faste utgifter som vil løpe ved fortsatt drift.¹⁷² Løvold nevner videre «påregnelige fremtidige skatte- og avgiftsforpliktelser». Dersom selskapet handler i utenlandsk valuta, vil kursendringer også måtte regnes inn.¹⁷³ Oppstillingen viser at hvilke forpliktelser som skal medtas for vurderingen av henholdsvis suffisiens og likviditet i stor grad overlapper. Ved illikviditetsvurderingen er det imidlertid fokus på en løpende prognose noe frem i tid. Insuffisiensvurderingen bærer mer preg av å være et øyeblikksbilde der det også tas hensyn til alle forpliktelser, eksempelvis om et lån i sin helhet umiddelbart kan innfris.

I kommersielle forhold forekommer klausuler som sier at krav forfaller fullt ut ved insolvens. Andenæs anfører at disse ikke skal tas i betraktningen fordi «[d]et er jo nettopp skyldnerens solvens retten skal avgjøre».¹⁷⁴ Dette er enda et forhold som viser at ved vurderingen etter kkl. § 61 ikke skal regnes inn forhold som bare blir aktuelle dersom konkurs åpnes, mens det samtidig skal legges til grunn verdier som er tilnærmet konkursverdier.

Løvold argumenterer også for at mulighetene for ny kreditt skal medtas i vurderingen, da dette kan være «utrykk for at bedriften antas å vær levedyktig».¹⁷⁵ Dette må trolig gjelde uavhengig av om kreditt-tilsagn foreligger.¹⁷⁶ Dette vil imidlertid fordre at retten kan få et slikt overblikk over skyldners økonomiske situasjon at retten på selvstendig grunnlag vil kunne se at skyldner

¹⁶⁹ Løvold (2015) s. 173

¹⁷⁰ NOU 1972: 20 s. 121 og Løvold (2015) s. 173

¹⁷¹ NOU 1972: 20 s. 121 og Løvold (2015) s. 173

¹⁷² Løvold (2015) s. 174

¹⁷³ Løvold (2015) s. 174

¹⁷⁴ Wiker og Ro (2003) s. 226

¹⁷⁵ Løvold (2015) s. 174. Se også NOU 1972: 20 s. 121

¹⁷⁶ Wiker og Ro (2003) s. 225 og Andenæs (2009) s. 64

vil ha mulighet til å oppnå ny kreditt. Det kan tenkes at skyldner anfører at han kan få betalingsutsettelse. Dette er eventuelt også noe retten må ta konkret stilling til.¹⁷⁷ Mulighetene for økonomiske bidrag fra nærstående skal imidlertid «[n]eppe tas i betraktning med mindre det foreligger et konkret løfte».¹⁷⁸ I kommersielle forhold bør retten vurdere om det foreligger konkrete holdepunkter for at et nærstående selskap kan bidra med lån eller innskudd.

Et særlig spørsmål er om man skal regne med «ulovlig likviditet». Med dette menes likviditet som selskapet tilføres gjennom disposisjoner som strider mot loven, da særlig aksjelovgivningen. Det kan eksempelvis tenkes at selskapet hevder å kunne få tilførsel av likviditet gjennom overføringer fra nærstående selskap. Dersom denne disposisjonen er ugyldig, og kan omstøtes eller tilbakeføres, kan det stilles spørsmålstegn ved om retten må ta prejudisiell stilling til lovligheten av disposisjonen for det selskapet som utfører den. Dette vil kunne by på prosessuelle utfordringer. Det nærstående selskapet vil ikke være part i saken, og retten vil gjerne ha sparsommelig med informasjon om selskapet som skal tilføre kapitalen. Dette taler for at retten ikke kan ta stilling til disposisjonens gyldighet. Den enkleste løsningen er nok at retten innvilger noe tid for skyldner til å kunne fremlegge dokumentasjon på at kapitaltilførselen vil bedre likviditeten, og at disposisjonen ikke vil kunne bli gjenstand for tilbakebetaling. Under drøftelsen av eiendeler i punkt 3.2.2 ble det vist til at Høyesterett ikke har regnet med tilbakebetaling av utdelinger hva gjelder eiendeler ved suffisiensvurderingen. Dersom det skal foreligge koherens, bør en eventuell rettighet selskapet har på tilbakebetaling heller ikke regnes med i likviditetsprognosen. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved om dette er helt riktig for alle tilfeller.

Etter dette viser rettskildebildet at likviditet etter konkursloven § 61 er de likvider man har, og dem man antas å få i nær fremtid. Dette reiser spørsmål om hvor langt frem i tid en skal foreta vurderingen for og hvilken sannsynlighet som skal legges til grunn. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til i punkt 6.3, men dersom styret anser det som mer usikkert enn sikkert, bør de ikke ta med slike inntømster i beregningen av tilgjengelig likviditet. Det er naturlig å legge til grunn at vurderingen må være bygget på en realistisk forventning om at midlene vil tilkomme selskapet.

¹⁷⁷ Andenæs (2009) s. 63 og Løvold (2015) s. 174

¹⁷⁸ Andenæs (2009) s. 64

Forpliktelser som forfaller langt frem i tid, bør ikke tas med i vurderingen. Eksempelvis dersom et stort lån forfaller i sin helhet om to år, bør ikke dette inntas i likviditetsvurderingen med mindre en for øvrig har sikker kunnskap også om inntektsstrømmen så langt frem i tid. Denne bør ha et kortere tidsperspektiv. Dette er et punkt der vurderingen etter kkl. § 61 skiller seg fra rekonstruksjonsloven § 2 (1). Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.3, da det er en viktig forutsetning for forståelsen av hva lovgiver mener med «har eller i overskuelig fremtid vil få».

Konklusjonen er at ordlyden «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller», sikter til illikviditet. Ved illikviditetsvurderingen skal det lages en fremtidsrettet prognose hvor alle forpliktelser og inntekter fremkommer. Som for vurderingen av insuffisiens, vil retten måtte ta prejudisiell stilling til omtvistede og usikre inntekter og forpliktelser. I punkt 6.3 kommer jeg tilbake til tidshorisonten for denne fremtidsrettede prognosen.

4.1.1 Forbigående betalingsudyktighet

Et illikvid aksjeselskap er ikke insolvent dersom betalingsudyktigheten er forbigående. Spørsmålet er hvor lenge betalingsudyktigheten kan vare.

En ordlydsfortolkning tilsier at «forbigående» er noe som ikke vedvarer. Ut over dette gir ordlyden liten veiledning. Da det er tale om eventuell konkursåpning, må det være klart at det er «den permanente eller langvarige illikviditeten som kreves».¹⁷⁹

Unntaket kom inn i loven ved forslag fra justiskomiteen.¹⁸⁰ Etter gjeldende lov hadde domstolen sett bort fra illikviditet som skyldtes forsinket postgang, sen ekspedering i bank, eller lignende.¹⁸¹ Konkurslovutvalget mente at «[n]oen betalingsutsettelse utover dette har skyldneren imidlertid ikke krav på: det er ikke meningen at skifteretten skal gi gjentatte utsettelse av rettsmøtene for å hjelpe skyldneren», og at det derfor var overflødig å ta dette med i ordlyden.¹⁸² Justiskomiteen mente at retten burde kunne ta et visst hensyn til om skyldner «innen rimelig tid vil kunne oppfylle sine forpliktelser».¹⁸³

¹⁷⁹ Wiker og Ro (2003) s. 224

¹⁸⁰ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 15

¹⁸¹ Løvold (2015) s. 174

¹⁸² NOU 1972: 20 s. 121

¹⁸³ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 15

Det var imidlertid uenighet i justiskomiteen vedrørende varigheten av den forbigående betalingsudyktigheten. Flertallet mente at forbigående betalingsudyktighet måtte være av «rent forbigående art».¹⁸⁴ Mindretallet mente at det ikke burde stilles opp noen fast tidsfrist, og at «utgangspunktet bør i alminnelighet være noen måneder».¹⁸⁵ Mindretallet begrunnet dette i at skyldner da ville gis mulighet til å skaffe finansiering, eller løse midlertidige utfordringer i driften.¹⁸⁶

I rettslitteraturen fremkommer ulike syn på spørsmålet. Løvold mener at unntaket i kkl. § 61 første punktum «gir grunnlag for en kortere utsettelse av behandlingen, men ikke for å avslå begjæringen».¹⁸⁷ Huser anfører at opptil tre måneder må være innenfor begrepet forbigående.¹⁸⁸ Som begrunnelse for de tre månedene Huser stiller opp, viser han til at det kan søkes veiledning «i den tid det tar å gjennomføre en enkeltforfølgning».¹⁸⁹ Moe skriver imidlertid at det vil være tale om to til tre uker, men «neppe så lenge som tre måneder».¹⁹⁰

I praksis gis det imidlertid utstrakte utsettelser. Å gå konkurs er svært inngripende, og Domstolene synes tilbakeholden med å konstatere insolvens dersom skyldner hevder å være solvent. Det forekommer stadig at dommeren gir skyldner utsettelse på en eller flere uker, og at slik utsettelse gis opptil to og tre ganger. I saken inntatt i Rt. 1954 s. 378, ble behandling av konkursbegjæring ved flere anledninger utsatt for å gi skyldner en mulighet til å ordne opp med fordringshaver. Kjennelsen gjaldt utsettelse på totalt fem uker.¹⁹¹

Avgjørelse om konkursåpning kan ankes etter kkl. § 72 annet ledd. Dette får betydning i to henseende. For det første kan det tenkes at dommerne er bevisste på hvor inngripende konkurs

¹⁸⁴ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 15

¹⁸⁵ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 16.

¹⁸⁶ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 16

¹⁸⁷ Løvold (2015) s. 175

¹⁸⁸ Huser (1988) s. 110

¹⁸⁹ Huser (1988) s. 110

¹⁹⁰ Moe (2007) s. 35

¹⁹¹ Se også Rt. 2005 s. 330. Saken for Høyesterett omhandler ikke dette spørsmålet, men utvalgets redegjørelse for faktum viser at tingretten ga skyldner en rekke utsettelser.

er, slik at ankemulighetene spiller inn ved avgjørelsen i første instans. For det andre kommer ankerunden inn som en mulighet for å belyse insolvensspørsmålet på nytt.

Løvold argumenterer med at partene i ankesaken vil ha fri adgang til å fremlegge nye bevis vedrørende faktiske forhold, også for omstendigheter som har inntruffet etter at kjennelsen ble avsagt i førsteinstans. Som støtte for dette viser Løvold til Rt. 1994 s. 441.¹⁹² Der uttaler kjæremålsutvalget:

«[B]edømmelsen av om konkursfordringen er sikret ved betryggende pant, må knyttes til tidspunktet for avgjørelsen i lagmannsretten. En slik løsning stemmer best med de alminnelige prosessprinsipper, og har gode reelle grunner for seg».¹⁹³

Kjæremålsutvalget legger til grunn at det er tidspunktet for ankebehandlingen som er avgjørende for å vurdere skyldners insolvens. Huser mener imidlertid at det er «situasjonen da skifteretten traff sin avgjørelse som skal legges til grunn».¹⁹⁴

Man kan skille mellom nye forhold som belyser spørsmålet på tidspunktet for den første behandlingen og helt nye forhold som har kommet til mellom første- og andreinstans prøving. I Rt. 1970 s. 39 var det spørsmål om grunnlaget for en konkursbegjæring. Vedrørende spørsmålet for tidspunktet for vurderingen uttalte retten:

«Det står for meg som utvilsomt at det er situasjonen slik den forelå da skifteretten tok begjæringen under behandling som må være bestemmende for avgjørelsen. Det at skyldneren under ankesakens gang får evne til å betale den fordring som forgjeves var søkt inndrevet, kan ikke få betydning for avgjørelsen av anken».¹⁹⁵

Det foreligger altså tilsynelatende motstrid mellom Rt. 1970 s. 39 og Rt. 1994 s. 441. Rt. 1994 s. 441 er av nyest dato, men er avgjort av kjæremålsutvalget. Rt. 1970 s. 39 er imidlertid avgjort

¹⁹² Løvold (2015) s. 59

¹⁹³ Rt. 1994 s. 441 på s. 445. Se også LE-2017-82140 (Eidsivating)

¹⁹⁴ Huser (1988) s. 88

¹⁹⁵ Rt. 1970 s. 39 på s. 42

i avdeling. I underrettspraksis har motstriden mellom de to høyesterettsavgjørelsene blitt håndtert som en forskjell på etterfølgende forhold som kaster lys over hendelser på tidspunktet for prøving i første instans, og helt nye forhold som belyser nåtidig insolvenssituasjon. Se blant annet LG-2020-6969 (Gulating) og LB-2015-180538 (Borgarting). Sivilprosessuelt synes det riktig at det er skyldners situasjon ved prøvingen i første instans som skal legges til grunn. Konkurs er imidlertid svært inngripende. Dette taler for at retten skal kunne legge vekt på nye faktiske forhold

Jeg konkluderer med at forbigående betalingsudyktighet i praksis kan være opp mot flere uker. Det vil imidlertid variere fra sak til sak. Det vil være opp til retten å vurdere den informasjonen som foreligger og dens pålitelighet. For eksempel kan det tenkes at retten under covid-19-pandemien i større grad vil gi utsettelse dersom skyldner har godtgjort at denne ellers er levedyktig.

4.2 Forsvarlig likviditet

For å komme nærmere en forståelse av illikviditetsvilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1) for fordringshaver, som også er det vilkåret lovgiver ønsket seg bort fra for skyldner, er neste spørsmål hvordan «forsvarlig likviditet» etter asl. § 3-4 skal tolkes.

Hva som menes med «likviditet» defineres ikke i ordlyden. Kravet om forsvarlig likviditet kom inn i aksjeloven § 3-4 i 2013.¹⁹⁶ Med tanke på hvor innarbeidet illikviditetsbegrepet er i norsk rett, er det nærliggende å konkludere med at likviditet etter asl. § 3-4 skal forstås som selskapets evne til å dekke løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller. Forarbeidene sår imidlertid tvil om denne konklusjonen.

Lovendringen ble først introdusert i en utredning av Gudmund Knudsen.¹⁹⁷ Her ble det foreslått at et selskap skulle ha «tilstrekkelige likvider til å dekke sine forpliktelser ved forfall».¹⁹⁸ Denne formuleringen svarer til hvordan illikviditet er forstått etter konkursloven § 61. Etter innspill i høringsrunden forkastet Justis- og beredskapsdepartementet ordlydsforslaget, og foreslo i stedet «likviditet». Konkursrådet argumenterte i høringsrunden med at kravet slik det var foreslått av

¹⁹⁶ Loven ble endret ved lov 14. juni 2013 nr. 40

¹⁹⁷ Knudsen (2011)

¹⁹⁸ Knudsen (2011) s. 149

Knudsen ville bli for strengt, og at nystartende bedrifter ville støte på problemer.¹⁹⁹ En viktig begrunnelse var at man mente den foreslåtte ordlyden kunne «fremstå som for absolutt».²⁰⁰

Argumentasjonen kan ha gode grunner for seg. Ordlyden i aksjeloven § 3-4 krever som kjent at likviditeten «til enhver tid» skal være forsvarlig. Dersom man tar utgangspunkt i Knudsens foreslåtte ordlyd kan dette føre til to tolkningsalternativer. Et første tolkningsalternativ er at skyldner også når denne strengt tatt ikke har noen forpliktelser å innfri, likevel må ha tilstrekkelige midler til å dekke uforutsette forpliktelser. Dernest kan ordlyden tolkes som at selskapet skal ha tilstrekkelige midler til å gjøre opp for seg på det tidspunkt betalingene skal finne sted. Slik at «til enhver tid» knyttes til det å «dekke løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller». Sistnevnte tolkningsalternativ synes mindre betenkelig. Likevel synes forarbeidene å mene at ordlydsforslaget foreskriver en for streng regel. For eksempel kan det tenkes situasjoner der et selskap ikke har midler til å dekke en forpliktelse ved forfall, fordi det selv venter på betaling fra egne fordringshavere.

Det synes imidlertid underlig at det ikke skal stilles krav til at et selskap alltid gjør opp sine forpliktelser. I forarbeidene uttaler departementet selv at et aksjeselskap uansett har plikt til å dekke sine forpliktelser ved forfall.²⁰¹ En plikt som ivaretas gjennom asl. § 17-1, jf. § 19-1 og obligasjonsrettslige prinsipper.²⁰² Departementet legger dermed til grunn at den alminnelige formuleringen som Knudsen foreslo på den ene siden vil føre til en for streng regel fordi et aksjeselskap alltid skal ha likvider til å dekke løpende forpliktelser, men på den andre siden at aksjeselskapet rent faktisk alltid er forpliktet til å dekke sine løpende forpliktelser ved forfall. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at man i realiteten er tilbake til samme regel som Knudsen foreslo.

Det foreligger per dags dato ingen Høyesterettspraksis om bestemmelsen slik den lyder etter 2013.²⁰³ Heller ikke i juridisk litteratur synes det reelle meningsinnholdet i likviditetsbegrepet i asl. § 3-4 å være videre diskutert, ut over det faktum at man viser til en alminnelig forståelse

¹⁹⁹ Prop. 111 L (2012–2013) s. 76

²⁰⁰ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

²⁰¹ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

²⁰² Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

²⁰³ HR-2016-1440-A (Håheller) omhandlet et tidspunkt før lovendringen i 2013.

av illikviditetsbegrepet.²⁰⁴ Kildene viser altså at lovgiver ikke ønsket at det skal være krav om at selskapet til enhver tid skal ha tilstrekkelige likvider til å betale sin forpliktelser ved forfall. Likevel er begrepet likviditet brukt i ordlyden. Dette tilsier at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig likviditet – og likviditet kan vanskelig forstås som noe annet enn lett tilgjengelige midler til å dekke løpende forpliktelser. Formålet med bestemmelsen er å sikre fordringshaverinteressen for å påse at selskapet kan gjøre opp for seg. Ordlyden og formålsfortolkning synes derfor ikke helt forenelig med de uttalelser som fremkommer i forarbeidene.

Ved en lojal tolkning etter forarbeidene kan det forstås slik at man har endt opp med en regel som ivaretar både hensynet til at skyldner skal gjøre opp ved forfall samt hensynet til en praktiserbar regel. Da blir regelen at likviditeten til enhver tid skal være forsvarlig, men at selskapet er gitt muligheten til å regne med fremtidig likviditetsøkning. Dette kan eksemplifiseres ved å se til at et selskap har et lån som forfaller noe frem i tid. Selskapet har per i dag ikke midler til å dekke dette. De forventer imidlertid at de mottar betaling for en større leveranse rundt tidspunktet for låneforfallet. Da vil de ha en forsvarlig likviditet, men de oppfyller ikke kravet til å til enhver tid ha tilstrekkelige midler til å gjøre opp sine forpliktelser.

Under punktet om illikviditet ble det gjort en vurdering av hvilke likvide midler og forpliktelser som skulle med i vurderingen. Ved spørsmålet for asl. § 3-4 finnes det lite informasjon i forarbeidene. Reelle hensyn taler for at vurderingen etter aksjeloven bør ta utgangspunkt i alle kjente likvider aksjeslakspekt har eller kommer til å få, uavhengig av hvordan disse frembringes. Ved usikre inntekter og forpliktelser, må styret gjøre en konkret vurdering av om det foreligger sannsynlighetsovervekt for at disse vil gjøre seg gjeldende.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om tilføyelsen av likviditetsbegrepet i asl. § 3-4 førte til noen realitetsendring av bestemmelsen. Ordlyden tilsier at så er tilfelle. I lovproposisjonen uttales at likviditet ikke omfattes av ordlyden, men at det er et åpent spørsmål hvorvidt den omfattes av

²⁰⁴ Aarbakke mfl. (2019) kommentar til § 3-4, mener likviditet «gir uttrykk for selskapets evne til å betjene sine løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller. Sentralt i denne sammenheng er at det må foretas en vurdering av selskapets likviditetsbeholdning og inn- og utbetalinger». Andenæs mfl. (2016) s. 405 behandler ikke direkte spørsmålet om hvordan likviditet skal forstås. De bruker imidlertid begrepet likviditet og knytter dette mot selskapets evne til å betale sine forpliktelser ved forfall.

helhetsvurderingen.²⁰⁵ Justis- og beredskapsdepartementet mente uansett at det var viktig med en «påminnelse om at selskapet må ha tilstrekkelig likviditet til å dekke sine forpliktelser». Tilføyelsen var derfor av «pedagogisk betydning».²⁰⁶ Det kan imidlertid argumenteres for at styrets plikt til å føre tilsyn med likviditeten, før lovendringen var forankret som del av forvaltningsplikten etter asl. § 6-12. Forarbeidene vektla også som nevnt, plikten til å dekke forpliktelser ved forfall, jf. asl. § 17-1 og obligasjonsrettslige prinsipper.²⁰⁷ Slik sett er det nærliggende å konkludere med at tilføyelsen av likviditet endret bestemmelsen i asl. § 3-4, men at styrets plikter ikke er underlagt noen realitetsendring. Dette understreker i alle tilfeller at likviditet er et viktig mål på selskapets økonomiske situasjon. Derfor er det også nærliggende å se til dette ved vurderingen av om selskapet har «alvorlige økonomiske problemer».

Konklusjonen er at likviditetsbegrepet i asl. § 3-4 ikke har samme innhold som illikviditet etter kkl. § 61. Dette fordi likviditet spenner noe videre enn den mer formelle vurderingen som skal gjøres av hvorvidt skyldner er illikvid etter kkl. § 61.

4.3 Rekonstruksjonsloven § 2 (1) og illikviditet

Det neste spørsmålet er hvordan vilkåret om åpning av rekonstruksjonsforhandling med begjæring fra fordringshaver skal forstås. Spørsmålet er om vilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1) annet punktum skal forstås som likvid etter asl. § 3-4 eller illikvid etter kkl. § 61.

Det er nærliggende at likviditeten skal vurderes på samme måte som illikviditet etter konkursloven § 61. Bestemmelsen i rekonstruksjonsloven § 2 (1) annet punktum har samme ordlyd som konkursloven § 61 første punktum og konkursloven § 1 a første punktum. Nemlig at skyldner «ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller». Villars-Dahl skriver at «[k]reditorene skal ikke kunne begjære rekonstruksjonsforhandling hvis skyldner er likvid». I tillegg er rekonstruksjonsloven utarbeidet med utgangspunkt i konkursloven, noe som tilsier at begrepsbruken og forforståelsen av denne ligger til grunn for rekonstruksjonslovens utforming.

Videre er aksjeloven § 3-4 en materiellrettslig regel utarbeidet for at selskapet skal utføre kontroll med egen økonomisk situasjon. Rekonstruksjonsloven § 2 (1) er imidlertid en skranke for

²⁰⁵ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

²⁰⁶ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77–78

²⁰⁷ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

å åpne omfattende forhandlingsprosesser. I tillegg er det tale om åpning hos en skyldner etter begjæring fra en fordringshaver. Dette tilsier at det bør opereres med en mer stringent regel enn den som fremkommer ved tolkningen av asl. § 3-4.

Utgangspunktet for vurderingen av illikviditet etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) synes derfor å være den som legges til grunn i konkursloven. Konkursloven § 1 a krever illikviditet for åpning av gjeldsforhandlinger. Dette har etter gjeldende rett vært forstått som et krav om at skyldner er illikvid på samme måte som etter kkl. § 61, med noen unntak. Det er ikke et vilkår at betalingsudyktigheten er mer enn forbigående slik det er etter kkl. § 61. Dette tilsier i utgangspunktet at en betalingsudyktighet som er forbigående etter kkl. § 61, er tilstrekkelig for å oppfylle kravene til åpning av rekonstruksjonsforhandling. Reelle hensyn taler for at forbigående illikviditet likevel ikke i alle tilfeller bør føre til åpning av rekonstruksjonsforhandling. Dersom retten og skyldner allerede ved spørsmålet om åpning av rekonstruksjonsforhandling ser at illikviditeten er raskt forbigående, synes det mer hensiktsmessig at skyldner kontakter sine fordringshavere og ber om betalingsutsettelse. En rekonstruksjonsforhandling er tid- og kostnadscrevende, og bør være forbeholdt de tilfeller der det er nødvendig. Skulle det imidlertid være slik at skyldner ved ujevne mellomrom har forbigående betalingsudyktighet, bør rekonstruksjonsforhandling være et alternativ. Dette for å hjelpe skyldner ut av en slik tilbakevendende og krevende situasjon. Dette synes nettopp å være lovgivers forutsetning ved å endre åpningsvilkåret fra konkursloven for skyldner selv. Disse hensyn vil gjøre seg gjeldende både ved begjæring fra skyldner og begjæring fra fordringshaver. Ved fordringshavers begjæring er det imidlertid et absolutt vilkår at skyldner på vurderingstidspunktet er betalingsudyktig, eller i nær fremtid vil bli det.²⁰⁸ Ved skyldners egen begjæring kan denne imidlertid være betalingsudyktig.

Dernest oppstår spørsmålet om hvilke poster som skal med i en likviditetsprognose etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Ved fordringshavers begjæring om rekonstruksjonsforhandling synes det naturlig at retten ser til skyldners likviditetssituasjon. Jeg mener også at det er naturlig at dette gjøres ved skyldners egen begjæring. Selv om vilkåret for åpning av rekonstruksjonsforhandling ikke er at skyldner skal være betalingsudyktig, har oppgaven hittil vist at likviditeten er et viktig parameter for et selskapets økonomiske situasjon. Dersom en ikke kan dekke sine

²⁰⁸ Se HR-2017-2375-A avsnitt 30

forpliktelser, blir det vanskelig å drive forretninger. Det er derfor naturlig å se til selskapets likviditetsprognoser for begge vilkår.

Jeg viser innledningsvis til det som er sagt under punkt 3.2. Da en rekke av eiendelene og forpliktelsene skal settes opp både ved vurderingen av egenkapitalen og vurderingen av likviditeten, gjør de samme hensyn seg gjeldende. Utgangspunktet bør være at alle kjente eiendeler og sikre forpliktelser som hører hjemme i en likviditetsprognose skal regnes med, og at usikre forpliktelser eller eiendeler må vurderes konkret.

Konklusjonen er at åpning av rekonstruksjonsforhandling etter fordringshavers begjæring kan åpnes dersom skyldner er illikvid, med mindre betalingsudyktigheten anses å være forbigående. Vurderingen bør legges på den alminnelige forståelsen av illikviditet som følger av kkl. § 61, og ikke «likviditet» etter asl. § 3-4.

4.4 Hvordan kan en foreta en konkret vurdering av likviditetsnivået?

Neste spørsmål er hvordan likviditetsnivået i selskapet rent praktisk skal vurderes.

Det finnes flere fremgangsmåter for å vurdere likviditetsnivået i et selskap. De fleste metoder tilhører den økonomiske fagdisiplin. Vurderingen etter aksjeloven § 3-4, konkursloven § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1) fordrer som sagt at det settes opp en likviditetsprognose over fremtidig utvikling. I dette punktet vil jeg forklare noen alternative metoder.

En vurdering av kontantbeholdningen i selskapet er en metode. Kontantbeholdningen indikerer hvilke kontanter i form av bankinnskudd eller andre fysiske kontanter selskapet har. Analysen bør imidlertid gå dypere, og arbeidskapitalen – omløpsmidler minus kortsiktig gjeld – er et fornuftig utgangspunkt.²⁰⁹ Omløpsmidler utgjør varer, fordringer, bankinnskudd, kontanter, og lignende som relativt enkelt kan omgjøres til kontanter, jf. rskl. § 6-2. Arbeidskapitalen utgjør kapitalen som inngår i den daglige driften. Positiv arbeidskapital indikerer at aksjeselskapet kan betale gjeld ved forfall.²¹⁰ Målet kan imidlertid ikke brukes blindt, fordi omløpsmidlenes karakter kan og vil variere. Det er eksempelvis forskjell på om bankinnskudd eller investeringer i form av aksjer i konsernforhold utgjør hoveddelen av omløpsmidlene.

²⁰⁹ Berg (2018) s. 109

²¹⁰ Berg (2018) s. 109

En annen målemetode er likviditetsgrader. Innenfor revisjon- og regnskap er det vanlig å skille mellom beregning av tre ulike likviditetsgrader:

Likviditetsgrad 1 = omløpsmidler / kortsiktig gjeld

Likviditetsgrad 2 = (omløpsmidler – varelager) / kortsiktig gjeld

Likviditetsgrad 3 = (disponible bankinnskudd) / kortsiktig gjeld.²¹¹

Det hersker tvil i fagmiljøer over hvorvidt det har noe for seg å tallfeste hva en likviditetsgrad bør ligge på.²¹² Eksempelvis sies det gjerne at likviditetsgrad 1 bør være større enn 1.²¹³

Et annet mål er å se til likviditetsreserver. Hansen og Kristiansen viser til at man gjerne som en tommelfingerregel sier at likviditetsreservene bør ligge på minimum 10 % av omsetningen.²¹⁴ På samme måte som ved vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig, vil behovet for likviditet naturligvis variere etter hvilken type virksomhet selskapet driver. For vurderingen etter asl. § 3-4 vil det nok ikke være tilstrekkelig for selskapet å gjøre slike matematiske vurderinger. Dette kan lett bli som en sovepute for styret. I helhetsvurderingen må en også se på hvordan gjelden er sammensatt og hvor stor risiko det er for at det vil skje endringer i denne. Det samme må også gjelde for konkursloven § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).

Meyer-Myklestad fremhever analyse av balansen som utgangspunkt for vurderingen av om likviditeten er forsvarlig.²¹⁵ Denne bør i lys av reelle hensyn i så tilfelle reflektere den faktiske verdijusterte situasjonen i selskapet, og ikke den bokførte. Lovgiver har ikke sagt noe eksplisitt om dette, men det gir lite mening å skulle vurdere forsvarligheten av egenkapitalen etter asl. § 3-4 ut fra reelle verdier, men bruke de bokførte for likviditeten. Det samme hensynet gjør seg gjeldende ved kkl. § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1). Utfordringen med balansen som utgangspunkt er at den danner et øyeblikksbilde av likviditeten. En vurdering av likviditeten som

²¹¹ Berg (2018) s. 109–110

²¹² Se for eksempel Berg (2018) s. 109 som mener dette har lite for seg for foruten for likviditetsgrad 1 som antakelig bør være større enn 1.

²¹³ Berg (2018) s. 109

²¹⁴ Hansen og Kristiansen (2018) s. 62

²¹⁵ Meyer-Myklestad (2017)

et øyeblikksbilde der det ikke tas hensyn til hvorvidt skyldner snart blir likvid, tar hverken vare på selskapets, fordringshavernes eller samfunnets interesser.

En annen metode er å analysere fremtidige kontantstrømmer. Dette er en bedre måte å prognostisere på. Kontantstrømmer er alle inn- og utbetalinger.²¹⁶ Fremtidige kontantstrømmer må neddiskonteres til nåverdi, for å finne dagens verdi. Hansen og Kristiansen anfører at kontantstrømmene gir informasjon om årsakene til likviditetsendringer og dermed potensielle likviditetsutfordringer, altså for «å forstå hvilke faktorer som påvirker endringene i den likviditetsmessige posisjonen over tid».²¹⁷ Det finnes flere ulike metoder for å beregne kontantstrømmer. Det vil imidlertid føre for langt å gå nærmere inn på disse her.²¹⁸

Konklusjonen er at likviditeten må måles ved å utforme konkrete likviditetsprognoser. Det mest treffsikre er å foreta en analyse av fremtidige kontantstrømmer.

4.5 Alvorlige økonomiske problemer

Jeg har allerede gjort løpende bemerkninger om hvordan egenkapitalen og illikviditeten skal vurderes etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Dette har jeg gjort uten å gå dypere inn i hvorvidt dette er relevante mål, all den tid ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) ikke bruker disse begreper ved fordringshavers begjæring. Som vist, er det imidlertid generelt antatt at dette er gode mål på selskapets økonomiske situasjon. Det er nettopp derfor lovgiver har valgt disse utgangspunktene for asl. § 3-4 og kkl. § 61. Jeg har tidligere også lagt til grunn at ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum fordrer at det foretas en helhetsvurdering. Nå vil jeg gå konkret inn i hva som ligger i vilkåret «alvorlige økonomiske problemer». I punkt 6.4 drøftes «har eller i overskuelig fremtid vil få».

En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at «alvorlige økonomiske problemer» er utfordringer av økonomisk art som overstiger alminnelige svingninger. Det må altså foreligge økonomiske problemer, og disse må være alvorlige.

²¹⁶ Berg (2018) s. 292

²¹⁷ Hansen og Kristiansen (2018) s. 62

²¹⁸ Se eksempelvis Kaldestad og Møller (2016)

4.5.1 Økonomiske problemer

Det første spørsmålet er hva som menes med «økonomiske problemer».

Ordlyden avgrenser mot andre former for problemer enn de økonomiske. Jeg legger imidlertid til grunn at lovgiver ikke har ment å gjøre et skille mellom økonomiske og finansielle utfordringer. Med økonomiske forstås derfor i det videre, alle former for økonomiske og finansielle problemer.

For et aksjeselskap kan det videre tenkes problemer av samfunnsmessig eller sosial karakter, slik som utfordringer med arbeidsmiljøet, ledelsen, infrastruktur i nærområdet eller lignende.²¹⁹ Slike problemer kan manifesteres i økonomiske utfordringer umiddelbart, mens andre aldri vil gjøre det. Et eksempel på et samfunnsmessig eller sosialt problem, er dagens situasjon ved covid-19-pandemien. For det første har krisen fått umiddelbar påvirkning på selskaper ved at kundemassen plutselig har forsvunnet, fordi enkelte bransjer over natten fikk driftsforbud. Dette får naturligvis umiddelbare økonomiske konsekvenser. Et annet eksempel er statlig subsidiering, mer fleksible permitteringsregler og skatteutsettelse. Dette er typiske forhold som hjelper bedriften nå, men som vil få andre konsekvenser frem i tid når subsidier opphører. Her vil de økonomiske problemene oppstå på et senere tidspunkt som følge av offentlige tiltak, men ha rot i de samfunnsmessige utfordringene. Selskapets økonomiske stilling må vurderes i lys av fremtidige kontantstrømmer. Dersom offentlige hjelpetiltak har en begrenset tidsramme vil man kunne spørre om disse reelt sett hjelper selskapene fordi likviditetsinngangene da kun gir en midlertidig kortsiktig effekt.

Enkelte utfordringer et aksjeselskap møter på vil altså ikke kunne måles etter økonomiske parametere. Ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum avgrenser mot disse. For eksempel vil rekonstruksjonsforhandling ikke kunne åpnes på bakgrunn av at selskapet har store utfordringer med arbeidsmiljøet. Det er nok likevel slik at mange utfordringer på et tidspunkt

²¹⁹ Ser man imidlertid til fransk rett er deler av begrunnelsen for ordlyden ved *procédure de sauvgarde*, at ordlyden nettopp skal fange opp sosiale problemer. Det kreves bare at selskapet opplever *difficulté*. Dette betyr vanskeligheter, og åpner derfor for at dette kan være økonomiske, sosiale, juridiske eller andre former for vanskeligheter. Se Saint-Alary-Houin (2018) s. 260–261. Dette argumentasjonsmønsteret ser vi også igjen i fortalen til restruktureringsdirektivet punkt 28. Direktivet legger opp til at medlemsstatene også kan gi selskapene mulighet til å gjøre dette når det ikke er økonomiske problemer per se, men hvis det som skjer gir mulighet i fremtiden for at det kan bli alvorlige problemer for å ikke kunne betale gjeld.

vil påvirke driften i så stor grad, at det manifesteres som økonomiske utfordringer. Enkelte slike problemer vil inntreffe umiddelbart og føre til økonomiske utfordringer. For eksempel driftsforbud ved en pandemi. Likevel vil mange sosiale og samfunnsmessige problemer først fremkomme som økonomiske utfordringer på et senere tidspunkt. Da oppstår spørsmålet om tilleggsvilkåret, «har eller i overskuelig fremtid vil få», gjør at andre former for problemer enn de økonomiske kan legges til grunn for åpning av rekonstruksjonsforhandling allerede før de er manifestert i økonomiske problemer. Dette drøftes videre i punkt 6.4.

Konklusjonen er at rekonstruksjonsloven § 2 (1) fordrer at selskapet har økonomiske problemer, slik at andre typer utfordringer ikke vil kunne danne grunnlag for åpning av rekonstruksjonsforhandling, med mindre de også har manifestert seg i selskapets økonomi. Mange andre typer problemer vil imidlertid utvikles til økonomiske problemer over noe tid.

4.5.2 Alvorlige problemer

Det neste spørsmålet er hva som menes med «alvorlige» økonomiske problemer.

Ordlyden tilsier at problemene må være kvalifiserte. Det må kreves enn viss intensitet. I lovforarbeidene ble både illikviditet og insuffisiens drøftet som vilkår. Illikviditet var vilkåret slik det lød etter konkursloven § 1 a. Villars-Dahl drøftet også insuffisiens som vilkår og pekte på at insuffisiens ikke nødvendigvis er problematisk, men at «hovedproblemet med kriteriet insuffisiens er imidlertid at man ikke treffer den målgruppen man ønsker å komme i møte».²²⁰ Dette kan tolkes dit hen at både illikviditet og insuffisiens kan være alvorlige økonomiske problemer hver for seg eller samlet, men at økonomiske problemer også kan være alvorlig før et selskap står i slike situasjoner.

Villars-Dahl uttalte også at det var ønskelig at åpningsvilkåret skulle nå videre enn illikviditet.²²¹ Han uttalte at «et absolutt krav om illikviditet kan synes paradoksalt og virke mot hensikten med rekonstruksjonsforhandling».²²² Dette begrunnes i at dersom skyldner er illikvid, kan det være vanskelig å få til en avtale og fortsette driften.

²²⁰ Villars-Dahl (2016) s. 34

²²¹ Villars-Dahl (2016) s. 34

²²² Villars-Dahl (2016) s. 33

Som tidligere nevnt er åpningsvilkårene i rekonstruksjonsloven § 2 (1) et nytt bidrag i rekken av lovforslag for å øke bruken av gjeldsforhandlinger. Rettsutviklingen kan bidra til å forstå hva som menes med «alvorlige økonomiske problemer».

I NOU 1972: 20 foreslo Brækhusutvalget at insolvens slik det var definert etter kkl. § 61, også skulle være åpningsvilkårene for frivillige gjeldsforhandlinger og tvangsakkord.²²³ Løvold påpeker at begrunnelsen for dette var at en mislykket gjeldsforhandling nærmest automatisk fører til at det blir åpnet konkurs i skyldners bo.²²⁴ På denne bakgrunn mente man at når konkurs forutsetter insolvens, er det naturlig at også gjeldsforhandlinger skal forutsette dette.²²⁵ Tanken var at man ellers ville komme i en situasjon der det ble åpnet konkurs i solvente bo.

Forslaget ble ikke fulgt opp av Justis- og politidepartementet. Departementet foreslo, etter forslag fra Bankforeningene «at muligheten for å få åpnet gjeldsforhandling utvides noe».²²⁶ Bankforeningene hadde i sine høringssvar foreslått at gjeldsforhandling burde være åpent for skyldner ved illikviditet som eneste vilkår. Bankforeningene pekte blant annet på at dette ville gi skyldner ro til å forhandle med fordringshaverne.²²⁷ Departementet mente på denne bakgrunn at det ville være en «fordel både for skyldneren og for hans forretning og for fordringshaverne at det finner sted en samordnet forhandling med fordringshaverne også i de rene illikviditetstilfellene».²²⁸ Dette forslaget ble opprettholdt av justiskomiteen.²²⁹

Etterkontrollutvalget foreslo i 1993 at gjeldsforhandlinger skulle kunne åpnes på bakgrunn av insuffisiens som selvstendig vilkår.²³⁰ Utvalget var «av den oppfatning at det kan ha klart positive sider om debitor blir gitt anledning til å søke gjeldsforhandling også ved insuffisiens».²³¹ Dette ble imidlertid ikke fulgt opp. Justis- og politidepartementet sluttet seg til Den norske

²²³ NOU 1972: 20 s. 31 og 49

²²⁴ Løvold (2015) s. 183

²²⁵ Løvold (2015) s. 183

²²⁶ Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 61

²²⁷ Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 62

²²⁸ Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 62

²²⁹ Innst. O. nr. 56 (1983–1984) s. 6

²³⁰ NOU 1993: 16 s. 18

²³¹ NOU 1993: 16 s. 18

Dommerforenings bemerkninger, og vektla at «det kan gi en uheldig signaleffekt om en skyldner som er likvid og som derfor kan betjene sin gjeld etter hvert som den forfaller, skal få åpnet gjeldsforhandling etter konkursloven».²³² Det ble videre argumentert med at mange næringsdrivende er insuffisiente uten at det antas noen fare for illikviditet. Man fryktet at det skulle åpnes gjeldsforhandlinger i situasjoner der det ikke var «noe reelt behov for en gjeldssanering».²³³ I justiskomiteen var det delte meninger, men flertallet mente «en slik regel vil ramme mange næringsdrivende unødvendig hardt».²³⁴

Huser peker på at utfordringen med insuffisiens som åpningsvilkår for gjeldsforhandlinger etter konkursloven vil omhandle verdivurderinger av eiendelene, da disse ofte vil være usikre og svinge med konjunktorene.²³⁵ Bemerkningen er interessant. Hverken Villars-Dahl eller Justis- og beredskapsdepartementet drøfter denne problemstillingen.

I utredningen i 2016 skriver Villars-Dahl at åpningsvilkår for fordringshaver er så «upresist at ingen andre enn skyldneren bør kunne påberope seg dette».²³⁶ Uttalelsen knytter seg hovedsakelig til det faktum at det gjelder et annet vilkår for fordringshavers begjæring. Det som sies er imidlertid interessant for å få en forståelse av hva som egentlig har vært hensikten bak ordlyden. Uttalelsen kan tas til inntekt for at selv om vilkåret skal fungere som en skranke for tilgangen til rekonstruksjonsforhandling, så er terskelen satt så lavt at alvorlige økonomiske problemer skal kunne omfatte en rekke mulig situasjoner.

Ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum tilsier at problemene må være kvalifiserte. Det synes noe vanskelig å se for seg hvilke økonomiske situasjoner som kan være alvorlige der skyldner ikke er illikvid eller insuffisient. I alle fall så lenge dette sees i sammenheng med resten av ordlyden, som tilsier at rekonstruksjonsforhandling kan åpnes dersom en i fremtiden får økonomiske problemer. Dette poenget vil videreutvikles i oppgavens neste hoveddel.

²³² Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) s. 29

²³³ Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) s. 29

²³⁴ Innst. O. nr. 77 (1998–1999) s. 7

²³⁵ Huser (1995) s. 144

²³⁶ Villars-Dahl (2016) s. 35

4.5.3 Om verdsettelse ved alvorlige økonomiske problemer

Det er gjort løpende bemerkninger vedrørende verdsettelse ved rekonstruksjonsloven § 2 (1). Her vil jeg kort supplere med noen flere drøftelser som kan bidra til å tolke hva som kan ligge i «alvorlige økonomiske problemer».

Det første underspørsmålet er hvilke verdianslag som skal danne utgangspunktet for vurderingen. Er det fortsatt drift, slakteverdier eller noe i mellom disse?

Spørsmålet er allerede behandlet og konklusjonen var at utgangspunktet bør være fortsatt drift med mindre selskapet er i en så alvorlig situasjon at en avviklingsperiode må legges til grunn. Tolkingsresultatet kan også finne støtte i rekonstruksjonsloven selv. Det følger av rekonstruksjonsloven § 24 (1) at rekonstruktøren i samarbeid med boretvisor snarest mulig skal gjennomgå skyldners regnskaper og forretningsførsel. Eiendeler skal så langt det er mulig angi den verdien som det «antas å ville ha dersom skyldners virksomhet fortsetter, og hva eiendelene, samlet eller delt, kan antas å ville innbringe ved salg», jf. rekonstruksjonsloven § 24 (2).²³⁷ Ordlyden tilsier at det skal foretas verdsettelse etter de samme prinsipper som etter asl. § 3-4. Bestemmelsen er imidlertid taus vedrørende vurderinger av forpliktelser. Forarbeidene til rekonstruksjonsloven drøfter ikke verdsettelsesspørsmål foruten for § 24.

Hensynet bak rekonstruksjonsforhandling er at skyldner skal kunne fortsette virksomheten etter endt forhandling. Dette tilsier at selskapets eiendeler og forpliktelser bør verdsettes under forutsetning av at selskapets virksomhet fortsetter, med mindre det er sannsynlig at selskapet skal avvikles. Avvikling bør ikke være forutsetningen for rekonstruksjonsforhandlingen, i det formålet nettopp er å fortsette driften. Når fortsatt drift er utgangspunktet for verdsettelsen på et tidspunkt der rekonstruksjonsforhandlingen er blitt et faktum, bør fortsatt drift for alle praktiske formål også være utgangspunktet ved vurderingen av om selskapet i det hele tatt oppfyller åpningsvilkåret. Således bør regelen i rekonstruksjonsloven § 24 (2) også danne utgangspunktet for hvordan verdsettelse skal finne sted ved åpning av rekonstruksjonsforhandling.

²³⁷ For denne delen av bestemmelsen er det bare gjort terminologiske endringer, den svarer ellers til kkl. § 20, jf. Prop. 75 L (2019–2020) s. 68.

4.5.4 Redegjørelse for de økonomiske problemene

Dernest er spørsmålet hva som egentlig kreves av bevis angående den økonomiske situasjonen i aksjeselskapet. Kanskje kan dette tilføre noe i vurderingen av hvordan lovgiver har sett for seg åpningsvilkåret som skranke for tilgang til forhandlingsprosess med konkurs- og utleggsbeskyttelse.

Det følger av rekonstruksjonsloven § 3 (2) nr. 1 at skyldners begjæring til tingretten skal inneholde «en kort redegjørelse for de økonomiske problemene, deriblant om forpliktelsene kan oppfylles etter hvert som de forfaller». Videre følger det av rekonstruksjonsloven § 3 (2) nr. 5 at skyldner skal legge ved «en oppgave over sine eiendeler og sin gjeld».

Av disse bestemmelsers ordlyd følger således at skyldner selv skal foreta verdivurderinger og avgjøre hvilke eiendeler og gjeld som skal regnes inn. Videre tilsier ordlyden at det ikke skal legges til grunn de rene regnskapstall eller lignende, men en verdsettelse som ligner en faktisk verdivurdering på tidspunktet for utarbeidelsen av redegjørelsen.

I forarbeidene til rekonstruksjonsloven er det uttalt at det bare kreves en kort redegjørelse og at det ikke kreves detaljerte budsjetter e.l.²³⁸ Fokus skal heller være på «realismen i om gjeldsforhandlingen vil lykkes».²³⁹ Det stilles dermed beskjedne krav til dokumentasjon av selskapets situasjon. Retten kan imidlertid be om tilleggsopplysninger, jf. rekonstruksjonsloven § 3 (6).

I konkursloven § 2 første ledd nummer 2 fulgte tilsvarende at begjæringen skulle inneholde en oppgave over eiendeler og gjeld. Huser skriver at det ikke kreves regnskaper eller selvangivelser og uttaler at det «[h]eller ikke kreves noen form for verifikasjon fra utenforstående med hensyn til størrelsen av aktiva- eller passivapostene».²⁴⁰ I høringsrunden til konkursloven foreslo Advokatforeningen at verdiene skulle bekreftes av en revisor.²⁴¹ Som begrunnelse ble det uttalt:

²³⁸ Villars-Dahl (2016) s. 78

²³⁹ Villars-Dahl (2016) s. 78

²⁴⁰ Huser (1987) s. 173

²⁴¹ NOU 1972: 20 s. 53

«Når man betenker hvor nærliggende det er for en skyldner under innflytelse av sitt ønske om å forebygge en øyeblikkelig konkurs og om mulig å oppnå en ordning med sine kreditorer, å vurdere sine aktiver på en særlig optimistisk måte [...] vil man lett innse hvor ønskelig det er å fremtvinge et bedre grunnlag for skifterettens vurdering. En skyldner i denne situasjon vil ofte i årevis ha kjempet med økonomiske vanskeligheter, og har ikke hatt regnskapsmessig mulighet for rimelige avskrivninger. Bøkene vil derfor også ofte vise et altfor optimistisk bilde. [...] Foruten overvurdering av aktivene vil man i dag i de aller fleste tilfelle også finne at ikke ubetydelige passivaposter er glemt».²⁴²

Brækhusutvalget var enige i at det var «meget ønskelig at skifteretten har et godt materiale å bygge på ved sin vurdering», men mente at en ikke burde «stille opp for strenge minimumsregler» og la «stor vekt på at skifteretten har adgang til å kreve ytterligere opplysninger».²⁴³

Huser peker på det faktum at retten skal treffe sin avgjørelse snarest mulig og normalt innen tre dager etter at begjæringen er innkommet retten.²⁴⁴ Dette kan føre til at det i realiteten er begrensede muligheter for supplerende. Også etter rekonstruksjonsloven § 5 (2) følger det at retten skal treffe sin avgjørelse snarest mulig, og normalt innen tre dager etter at begjæring fra skyldner kom inn til retten eller innen to uker etter at en fordringshavers begjæring kom inn til retten. Selv om en i dag ved hjelp av moderne teknologi enklere kan fremskaffe informasjon enn tidligere, synes Husers poeng fortsatt å ha relevans. Med tanke på både overvurdering og undervurdering av forpliktelser og eiendeler, kan det derfor stilles spørsmålsteget ved om det er fyllestgjørende at retten i de fleste tilfeller kun skal stole på skyldners vurderinger.

Det følger av rekonstruksjonsloven § 3 (5) at skyldner skal gis en kort frist for uttalelse dersom fordringshaver har begjært rekonstruksjonsforhandling åpnet. I en slik situasjon kunne det tenkes at skyldner vil fremlegge mer omfattende dokumentasjon vedrørende sin økonomi. Det foreligger imidlertid ingen formelle eller materielle krav til uttalelsens innhold uavhengig av om skyldner samtykker eller ikke, jf. rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 4. Det kunne derfor vært behov for at man i det videre lovarbeidet utarbeidet regler for hva skyldner skal legge frem av dokumentasjon om sin situasjon dersom vedkommende ikke samtykker. Dette kan være med

²⁴² NOU 1972: 20 s. 53

²⁴³ NOU 1972: 20 s. 54

²⁴⁴ Huser (1987) s. 173–174

på å gjøre skyldner mer bevisst på egen økonomisk situasjon, og dermed kanskje føre til at han samtykker til åpning av rekonstruksjonsforhandling.

Konklusjonen er at det stilles beskjedne krav til rekvirentens beskrivelse av de økonomiske problemene, hvilket tilsier at retten i realiteten ikke vil overprøve det som fremlegges. Dette kan derfor i praksis være med på å senke kravene til hva som anses som «alvorlige økonomiske problemer».

4.6 Oppsummering likviditet

En skyldners likviditet er avgjørende for om denne vil kunne betale sine forpliktelser ved forfall. Å gjøre opp for seg til forfall er en helt essensiell del av selskapets drift. Dette er derfor en god indikasjon på selskapets økonomiske situasjon. Åpningsvilkåret etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) annet punktum krever at skyldner er illikvid dersom begjæring fremsettes av en fordringshaver. Åpningsvilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første ledd legger imidlertid hverken opp til at likviditet eller egenkapital er selvstendige vilkår for åpning. Derfor vil jeg i neste punkt drøfte hvordan et helhetlig bilde på den økonomiske situasjonen i selskapet, ved interne og ved eksterne faktorer, kan si noe om hvorvidt et selskap har «alvorlige økonomiske problemer».

5 Den samlede økonomiske situasjonen

I punktene 3 og 4 har tolkningene vist at både likviditeten og egenkapitalen kan si noe om selskapets økonomiske situasjon. Nå skal det drøftes hvordan en helhetsvurdering kan endre bildet av selskapets økonomiske situasjon ved å se på faktorene samlet. Dette vil bidra til tolkingen av hva som utgjør «alvorlige økonomiske problemer».

Det første jeg skal gjøre er å presentere fortsatt drift-forutsetningen mer i detalj. Denne vurderingen er en nøkkel for å se på om et selskap har alvorlige økonomiske problemer. Deretter skal enkelte særlige spørsmål knyttet til helhetsvurderingene etter asl. § 3-4 og kkl. § 61 drøftes. Dernest er spørsmålet hvorvidt det skal foretas helhetsvurderinger der disse parameterne til sammen kan si noe om hvorvidt selskapet «har eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer».

5.1 Forutsetningen om fortsatt drift

Årsregnskapet skal avlegges under forutsetning om fortsatt drift, så lenge det ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avvirket. Dette reiser fire spørsmål: Hvilke momenter er relevante i vurderingen? Hvilken sannsynlighet skal legges til grunn? For hvilken tidshorisont skal vurderingen gjennomføres? Og, hva menes med avviking? Jeg vil først se på hvilke vurderingsmomenter som inngår. Etter dette kommer spørsmålet om avviking. Videre behandles spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som må legges til grunn. Spørsmålet om tidshorisonten vil behandles i hovedpunkt 6.

5.1.1 Momenter i helhetsvurderingen

Ordlyden i regnskapsloven § 4-5 legger opp til at det skal foretas en vurdering av fortsatt drift versus avviking. Dette tolkes som at det må gjøres en konkret vurdering av om driften skal fortsette. Helhetsvurderingen etter asl. § 3-4 forutsettes å ha klare paralleller vil fortsatt driftvurderingen.²⁴⁵ Momentene jeg vil trekke frem i det følgende er så generelle og viktige for et aksjeselskaps drift, at de også gjør seg gjeldende ved helhetsvurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Ved insolvensvurderingen etter kkl. § 61 er det den permanente insolvensen som fører til konkursåpning. Det er derfor også relevant å se til en rekke indre og ytre forhold ved driften ved avgjørelsen av om selskapet er permanent insolvent.

²⁴⁵ Sammenhengen mellom rskl. § 4-5 og asl. § 3-4 forutsettes som nevnt av forarbeidene til asl. § 3-4.

Spørsmålet er hvilke momenter som skal tillegges vekt i helhetsvurderingen.

I en konkret helhetsvurdering kan i realiteten alle forhold medtas. Schwencke mfl. peker på forhold som:

«Reduserte investeringer i anleggsmidler, redusert forsknings- og utviklingsaktivitet, nedbemanninger, svak og fallende ordretilgang, at nøkkelpersoner slutter, at sentrale patenter og rettigheter er i ferd med å løpe ut, voksende fordringsmasse, voksende leverandørgjeld, stoppet kassekreditt osv. Andre eksempler på forhold som er sentrale med hensyn til en fortsatt drift-vurdering, er inntruffet brann eller naturkatastrofe, tap av markeder, handelsblokade, mangel på råvarer eller at foretaket er i ferd med å bryte konsesjonsvilkår».²⁴⁶

Bråthen trekker frem selskapets forsikringsdekning.²⁴⁷ Dersom selskapet har god forsikringsdekning kan det operere med større risiko. Dersom aksjeselskapet mangler forsikringer kreves imidlertid høyere kapitalreserver.

I IFRS-regelverket finnes en konkret ikke-uttømmende liste med momenter som kan tjene som eksempel.²⁴⁸ I IAS 570 peker blant annet på finansielle forhold som: Hvorvidt gjelden er langsiktig eller kortsiktig, om selskapet har lån på faste vilkår som nærmer seg oppgjør, hvorvidt det foreligger indikasjoner på at finansiering vil bli trukket tilbake, om selskapet har negativ kontantstrøm, om selskapet tar betydelige tap på driften, illikviditet, og om leverandører har endret betingelser fra kredittsalg til kontantsalg.²⁴⁹

Dernest viser IAS 570 til andre forhold som: Hvorvidt ledelsen har til hensikt å bringe driften til opphør, om selskapet taper nøkkelpersonell, om selskapet taper marked, om selskapet opp-

²⁴⁶ Schwencke mfl. (2020) s. 123

²⁴⁷ Bråthen (2019) s. 144

²⁴⁸ IAS 570

²⁴⁹ IAS 570 punkt A3

lever problemer med rekruttering, sammenligninger med konkurrenter, om det foregår endringer i markedet, om det ventes politiske vedtak eller lovendringer som kan være negative for driften, eller om selskapet står i noen pågående rettssaker.²⁵⁰

Kontrakter som krever kapitaløkning kan være av særlig betydning. Lave marginer vil eksempelvis øke risikoen for økonomiske utfordringer dersom noe uforutsett skulle oppstå. Særlig i en etableringsfase kan kundekontrakter fordre økte investeringer.

I et selskaps oppstartsfase vil det ikke nødvendigvis være uforsvarlig å operere med lav egenkapital. En slik situasjon fordrer imidlertid at det foreligger realistiske forventninger og planer om at egenkapitalsituasjonen skal snu. Dersom selskapet åpenbart er underkapitalisert, vil det ikke være forsvarlig å fortsette driften. Med dette siktes til at selskapet under normale omstendigheter aldri vil kunne øke egenkapitalen alene basert på driftsinntekter. HR-2016-1440-A (Håheller) utgjør et slikt tilfelle.²⁵¹

Konklusjonen er at det ved helhetsvurderingen etter regnskapsloven § 4-5 kan legges vekt på en rekke momenter. Det avgjørende må være å se til hvilke indre og ytre forhold som kan være av betydning for videre drift og kontantstrømmene. De samme hensyn gjør seg gjeldende ved helhetsvurderingen etter aksjeloven § 3-4, konkursloven § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).

5.1.2 Avvikling

Etter at alle relevante forhold er tatt i betraktning oppstår spørsmålet om fortsatt drift eller avvikling skal legges til grunn for avleggelsen av årsregnskapet. I dette punktet er spørsmålet hva som menes med avvikling.

5.1.2.1 *Hvordan skal vi forstå avvikling i regnskapsloven § 4-5?*

Rent språklig forstås avvikling som å bringe noe til opphør. Det er nærliggende å anta at dette også er forutsetningen for bestemmelsen i regnskapsloven § 4-5. Avviklingsbegrepet er godt innarbeidet i selskapsretten, og aksjeloven kapittel 16 inneholder uttømmende regulering om avvikling av aksjeselskap.

²⁵⁰ IAS 570 punkt A3

²⁵¹ Se punkt 3.1.3

Et tolkningsalternativ er at avviklingsbegrepet i regnskapsloven § 4-5 tilsvarer avvikling etter selskapslovene. Skulle dette være tilfelle, stenger ordlyden strengt tatt for likvidasjon ved konkurs. Et slikt tolkningsresultat kan ikke være tilsiktet fra lovgivers side. Skulle regelen vært praktisert på denne måten, ville et insolvent selskap være tvunget til å avlegge årsregnskap under forutsetning om fortsatt drift – og således bryte med regnskapslovens bestemmelser – for så å begjære oppbud.

Kvaal og Mamelund anfører at avvikling etter rskl. § 4-5 må rekke videre enn avvikling etter aksjeloven.²⁵² Dette begrunnes blant annet i at forarbeidene har en henvisning til avvikling av virksomhetsområde som gjør det klart at begrepene ikke er synonyme.²⁵³

I NOU 2015: 10 foreslo regnskapslovutvalget å bytte begrepet avvikling med begrepet oppløsning. Begrunnelsen var at oppløsning på en bedre måte ville få frem «[a]t fortsatt drift-forutsetningen gjelder den relevante regnskapsenheten, eller sagt på en annen måte, at den vedrører likvidasjon av juridisk struktur og ikke avvikling av virksomhet i foretaket».²⁵⁴ Uttalelsen gjelder først og fremst utvalgets ønske om at det skal komme tydeligere frem at fortsatt drift versus avvikling gjelder opphør av den juridiske selskapsenheten, og ikke et virksomhetsområde. Sitatet kan likevel også bidra til tolkningen av at fortsatt drift-forutsetningen taler om avvikling som ulike typer for likvidasjon, herunder konkurs eller avvikling etter selskapslovene.

Ordlyden i regnskapsloven § 4-5 legger opp til at regnskapet enten skal avlegges under forutsetning av fortsatt drift eller avvikling. Disse er dermed gjensidig utelukkende. Kvaal og Mamelund skriver at «[f]ortsatt drift og avvikling skal være gjensidig utelukkende alternativer, så innholdet i begrepet avvikling vil også definere innholdet i fortsatt drift».²⁵⁵ I praksis rommer imidlertid fortsatt drift et vidt spekter av økonomiske situasjoner. Det følger av rskl. § 3-3a syvende ledd at det skal opplyses om usikkerhet ved fortsatt drift. Ut fra denne tolkningen vil et selskap som er i alvorlige økonomiske problemer måtte legge fortsatt drift til grunn for å kunne rekonstruere. Dette fordi alternativet er avviklingsregnskap, hvoretter selskapet skal likvideres.

²⁵² Kvaal og Mamelund (1999) s. 107

²⁵³ Kvaal og Mamelund (1999) s. 107

²⁵⁴ NOU 2015: 10 s. 86

²⁵⁵ Kvaal og Mamelund (1999) s. 107

Konklusjonen er at begrepet «avvikling» i regnskapsloven § 4-5 har et videre anvendelsesområde enn avvikling etter aksjeloven og at avvikling også kan være konkurs.

5.1.2.2 Er kravet til fortsatt drift det samme for små foretak?

I punkt 2.3 viste jeg til at plikten til å uttale seg om fortsatt drift ved avleggelse av årsregnskapet følger av to ulike hjemler for henholdsvis små foretak og «alminnelige foretak», jf. rskl. §§ 3-3a og 7-46, jf. rskl. § 4-5. Spørsmålet er dernest om rskl. § 7-36 stiller samme krav til opplysninger om fortsatt drift som rskl. § 3-3a gjør.

Det følger av regnskapsloven § 3-3a syvende ledd at foretaket eksplisitt skal uttale seg om spørsmålet om fortsatt drift i årsberetningen. For foretak som anses som små etter regnskapsloven § 1-5, er imidlertid hjemmelen for fortsatt drift en annen. Små foretak avlegger ikke årsberetning, derfor er fortsatt drift et notekrav.²⁵⁶ Regnskapsloven § 7-46 lyder:

«Dersom det er usikkerhet om fortsatt drift, skal det opplyses om usikkerheten.»

Ordlyden tilsier at det bare foreligger en opplysningsplikt ved usikkerhet. Det foreligger altså ingen generell opplysningsplikt. I rskl. § 3-3a syvende ledd skal imidlertid årsberetningen også ved sikkerhet om fortsatt drift, inneholde en eksplisitt uttalelse om dette. Ordlyden i rskl. § 7-46 tilsier dermed at det gjelder en annen regel for små foretak enn for «alminnelige foretak».

Videre er ordlyden i rskl. § 7-46 taus vedrørende avviklingsalternativet. Dersom bestemmelsen tas på ordet følger det bare en opplysningsplikt ved usikkerhet om fortsatt drift – ikke ved sikkerhet eller ved avvikling. Dette tolkningsalternativet kan ikke være tilsiktet. Regnskapsloven § 4-5 gjelder som et grunnleggende prinsipp for årsregnskapet. Dersom avvikling etter rskl. § 4-5 må legges til grunn, vil også små foretak være bundet etter bestemmelsen. En slik tolkning svarer til lovgivers forutsetninger for å innføre notekravet.

²⁵⁶ Frem til 2017 var det krav om at også små foretak skulle utarbeide årsregnskap. Ved implementeringen av EUs konsoliderte regnskapsdirektiv (Regnskapsdirektivet 2013/34/EU) ble dette kravet endret. For å ivareta hensynet til vurderinger om fortsatt drift, foreslo Finansdepartementet at det skulle opprettes et notekrav til små foretak, til tross for at direktivet ikke inneholdt et slikt krav, se Prop. 160 L (2016–2017) s. 29.

I NRS 8 fremkommer at det kan være behov for å gi noteopplysning selv om ledelsen mener at det ikke foreligger usikkerhet med hensyn til fortsatt drift. Dette kan være tilfelle dersom det foreligger enkelte indikasjoner på usikkerhet, samtidig som det foreligger andre forhold som innebærer at det ikke vurderes å være usikkert.²⁵⁷ Også dette har gode grunner for seg. For det første viser jeg til det som er sagt om at rskl. § 4-5 er et grunnprinsipp ved avleggelse av årsregnskapet. Derneft vil det å følge NRS 8 føre til at styret bevisstgjøres vedrørende selskapets situasjon. På den andre siden bør opplysningsplikten «vurderes opp mot de negative signaler slike opplysninger vil kunne gi til kunder, leverandører og andre forretningsforbindelser».²⁵⁸

Det er likevel viktig at reglene bør være så enkle som mulig å forholde seg til for styret og ledelsen i små foretak. Det tilsier at det ikke kan stilles noe krav om at fortsatt drift skal nevnes i note, med mindre det foreligger usikkerhet – altså på den måten lovens ordlyd foreskriver. På den andre siden er det straffbart å overtre bestemmelser om bokføring og regnskap, hvilket tilsier at styret bør etterstrebe å følge regnskapslovens alminnelige prinsipper, jf. rskl. § 8-5, jf. straffeloven §§ 392–394.

Konklusjonen er at rskl. §§ 3-3a og 7-46 stiller de samme krav til vurdering av fortsatt drift ved avleggelse av årsregnskap. For små foretak gjelder dette imidlertid bare som et notekrav, og opplysningsplikten kommer strengt tatt bare til anvendelse dersom det hersker usikkerhet ved forutsetningen. Generelle krav til god regnskapsskikk kan imidlertid føre til at styret under noen omstendigheter likevel bør gi opplysninger i note, også når det ikke hersker usikkerhet. Små foretak bør utarbeide avviklingsregnskap dersom fortsatt drift ikke kan legges til grunn.

5.1.2.3 Virkelig verdi

Neste spørsmål er hvordan regnskapsloven § 4-5 annet punktum skal tolkes. Annet punktum lyder:

«Dersom det er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet, skal eiendeler og gjeld vurderes til virkelig verdi ved avvikling.»

²⁵⁷ NRS 8 (2018) punkt 8.13

²⁵⁸ Stenheim og Baksaas (2018) note 697

Når ordlyden foreskriver at eiendeler og gjeld skal vurderes til virkelig verdi ved avvikling, må dette tolkes som en henvising til å lage et avviklingsregnskap. Finans- og tolldepartementet ønsket ved lovforberedelsene å innføre formuleringen, da den ville virke «klargjørende» for hvordan regnskapet skal utarbeides dersom forutsetningen ikke er til stede.²⁵⁹ Departementet la videre til grunn at:

«Dersom egenkapitalen i aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper er blitt lavere enn de grensene som her framkommer, skal grunnlaget for fortsatt drift vurderes. Dette bør etter departementets syn likevel ikke med nødvendighet innebære at det skal utarbeides et avviklingsregnskap».²⁶⁰

Avviklingsregnskap kommer først på tale dersom avvikling må legges til grunn.²⁶¹

For å forstå hva som menes med «virkelig verdi ved avvikling» vil jeg først tolke hva som menes med begrepet «virkelig verdi» generelt sett. Spørsmålet om sannsynlighet kommer jeg tilbake til i punkt 5.1.3.

Det vises innledningsvis til det som tidligere i oppgaven er sagt om verdsettelse. Jeg forutsetter også at spørsmålet om virkelig verdi er det samme for henholdsvis asl. § 3-4, kkl. § 61, rskl. § 4-5 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).²⁶²

Begrepet virkelig verdi brukes i en rekke sammenhenger i regnskaps- og aksjelovgivningen. Det finnes ingen omforent legaldefinisjon av begrepet. Rent språklig forstås at det må være tale om vurdering til den verdi som anses å referere til et korrekt beløp.

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 103

²⁶⁰ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 103

²⁶¹ IAS 1 inneholder ingen tilsvarende plikt til å utarbeide avviklingsregnskap. Pettersen (2009) s. 25 fremholder at det likevel også må være en plikt for selskap som avlegger årsregnskap under IFRS å utarbeide avviklingsregnskap.

²⁶² Se Nedrelid (2013) s. 244–245 hvor det legges til grunn at det er sammenheng mellom, regnskapsretten, selskapsretten, kjøpsretten og skatteretten vedrørende verdsettelse til virkelig verdi. Se også NOU 1996: 3 s. 102 og s. 107 hvor det følger at virkelig verdi i asl. §§ 2-7 og 3-6 skal avgjøres på samme måte som i regnskapslovgivningen ut fra «vanlige regnskapsmessige prinsipper». Se også Wiker og Ro (2003) s. 229.

Det følger av NOU 1995: 30 at «[v]irkelig verdi skal forstås som det universelle verdibegrepet».²⁶³ Nedrelid uttaler at:

««[D]et universelle verdibegrepet» kun er et begrep som benyttes i regnskapslovens forarbeider for å få frem at verdien av den kontantstrømmen som eiendelen forventes å skape, er lik salgsverdien av eiendelen – omsetningsverdi er verdien av eierskapet til eiendelen i dag, og denne verdien tilsvarer verdien av forventede fremtidige økonomiske fordeler skapt av eiendelen.»²⁶⁴

Det følger videre av forarbeidene til regnskapsloven at tillegget «virkelig» er overflødig, men tjener som språklig påminnelse fordi «verdi» i mange sammenhenger brukes mindre stringent.²⁶⁵ Videre uttaler utvalget at «[v]erdi uttrykkes ved nåverdi, definert som forventede kontantstrømmer neddiskontert til vurderingstidspunktet med en relevant risikojustert rente».²⁶⁶ Nedrelid tolker dette som en forutsetning om at eiendelens «nåverdi i et perfekt marked vil tilsvare eiendelens omsetningsverdi».²⁶⁷

Regnskapsreglene benytter virkelig verdi innenfor tre ulike hovedgrupper: Virkelig verdi ved transaksjoner, virkelig verdi som markedsverdi og virkelig verdi ved test for verdifall.²⁶⁸ Nedrelid konkluderer med at bestemmelsene i aksjeloven som hovedregel bruker virkelig verdi etter regnskapslovens transaksjonsprinsipp.²⁶⁹ Reiersen mener imidlertid at aksjelovens utdelingsregler bruker virkelig verdi om markedsverdien.²⁷⁰

Schwencke mfl. argumenterer med at IFRS 13 gir veiledning om hvordan virkelig verdi skal forstås og praktiseres også innenfor god regnskapsskikk.²⁷¹ IFRS 13 definerer virkelig verdi

²⁶³ NOU 1995: 30 punkt. 4.3.6

²⁶⁴ Nedrelid (2015) punkt 2.3

²⁶⁵ NOU 1995: 30 punkt 4.3.6

²⁶⁶ NOU 1995: 30 punkt 4.3.6

²⁶⁷ Nedrelid (2015) punkt 2.4

²⁶⁸ Schwencke mfl. (2020) s. 155

²⁶⁹ Nedrelid (2015) punkt 2.1.4

²⁷⁰ Reiersen (2015) s. 95

²⁷¹ Schwencke mfl. (2020) s. 164. Dog med unntak for netto salgsverdi for varer og gjenvinnbart beløp.

«som den pris som ville blitt oppnådd ved salg av en eiendel eller betalt for å overføre en forpliktelse i en velordnet transaksjon mellom markedsdeltakere på måletidspunktet».²⁷² Basert på disse kildene er det nærliggende å anta at virkelig verdi i de fleste tilfeller refererer til markedsverdien. Dette svarer til markedsverdiprinsippet etter regnskapsloven, som er den observerbare markedsverdien.²⁷³ Nedrelids konklusjon om transaksjonsprinsippet er mindre heldig, fordi transaksjonsprinsippet gjelder virkelig verdi av vederlaget.²⁷⁴

Reiersen skriver at markedsverdien i aksjerettslig og regnskapsrettslig sammenheng kan ta utgangspunkt i «det beløp eiendeler kan omsettes for i en transaksjon *på armlengdes avstand mellom informerte og frivillige parter*».²⁷⁵ Dette samsvarer med ordlyden i IFRS 13.15.²⁷⁶ Der- som det imidlertid ikke finnes noe aktivt marked bør vurderingen ta utgangspunkt i en estimert verdi.²⁷⁷ Videre skal det foretas en objektiv verdifastsettelse, slik at det i utgangspunktet ikke skal legges vekt på kjøperspesifikke forhold.²⁷⁸ Fastsettelse av virkelig verdi er i praksis svært vanskelig og inneholder nødvendigvis skjønnsmessige vurderinger knyttet til estimeringen av markedsverdien.²⁷⁹ Det skal likevel ikke legges vekt på foretaksspesifikke forhold rundt selve estimeringen.²⁸⁰

Dahl understreker nettopp at virkelig verdi er svært forskjellig i en fortsatt driftssituasjon og i en situasjon der driften opphører. Han viser til erfaring som tilsier at man ved en konkurs kun får ut i gjennomsnitt 1/3 av bokført verdi ved en realisasjon av virksomhetens eiendeler.²⁸¹ Ved avvikling mener Handeland og Schwencke at det siktes til «likvidasjonsverdier [...] som for eiendeler normalt er lavere enn virkelige verdier i henhold til rskl. §§ 5-2 og 5-3 tredje ledd».²⁸²

²⁷² IFRS 13 (2017) punkt 9

²⁷³ Schwencke mfl. (2020) s. 157

²⁷⁴ Schwencke mfl. (2020) s. 156

²⁷⁵ Reiersen (2015) s. 95

²⁷⁶ IFRS 13 (2017) punkt 15

²⁷⁷ Reiersen (2015) s. 95

²⁷⁸ Reiersen (2015) s. 102

²⁷⁹ Schwencke mfl. (2020) s. 159, Dahl (2004) s. 75

²⁸⁰ Schwencke mfl. (2020) s. 159, Dahl (2004) s. 75

²⁸¹ Dahl (2004) s. 75

²⁸² Handeland og Schwencke (2011) s. 140

Når det kommer til hva virkelig verdi skal ta utgangspunkt i viser jeg til punktene 3 og 4 hvor det er lagt til grunn at det ved asl. § 3-4 og rekonstruksjonsloven § 2 (1) skal legges til grunn verdier ved fortsatt drift, med mindre avvikling må legges til grunn. Ved verdsettelse i relasjon til kkl. § 61 skal det imidlertid legges til grunn et hurtigere salg, med mindre det godtgjøres at det kan verdsettes til fortsatt drift. Hva gjelder rskl. § 4-5 vil utgangspunktet som ordlyden selv tilsier, variere alt etter som om det er fortsatt drift eller avvikling som skal legges til grunn. Pettersen skriver at «virkelig verdi i tilfeller hvor det må foretas transaksjoner i forbindelse med ufrivillig avvikling, nødsalg eller lignende kunne avvike fra det beløpet som foretaket ellers ville rapportert som virkelig verdi».²⁸³ Denne formuleringen stemmer med skillet jeg tidligere har gjort mellom utgangspunktet for asl. § 3-4-vurderingen og kkl. § 61-vurderingen. Oppsummeringsvis, er altså rskl. § 4-5 nøkkelen til å vurdere om det er mest naturlig å legge til grunn verdier ved fortsatt drift eller avvikling for alle de øvrige bestemmelser. For kkl. § 61 er imidlertid gjeldende rett slik at fortsatt drift bare skal legges til grunn dersom det godtgjøres at selskapet kan realiseres som going concern.

Hvordan en rent metodisk kommer til hva som er virkelig verdi varierer stort. Rettspraksis viser at hvilken verdsettelsesmetode som skal anvendes ofte er avhengig av hva som er best egnet i den konkrete saken. Dette kan en eksempelvis se av Rt. 2003 s. 713 (Norway Seafoods), Rt. 2007 s. 1392 (Flesberg) og HR-2016-1439-A (Bergshaven). Sakene omhandlet spørsmål om verdsettelse av aksjer ved henholdsvis tvangsinnløsning, nektelse til samtykke av overdragelse av aksjer, og oppløsning av et selskap. I Rt. 2003 s. 713 avsnitt 74 uttaler retten:

«Hvilken verdsettelsesmetode – substansverdi, avkastningsverdi, børskurs osv. – som i den enkelte saken er best egnet til å fastslå denne verdien må som skjønnspraksis viser, avgjøres konkret».

Uttalelsen var riktignok knyttet til fastsettelsen av løsningssummen av aksjenes virkelig verdi, men gode grunner taler for at dette også gjør seg gjeldende mer generelt ved spørsmål om verdsettelsesmetode til virkelig verdi i aksjeselskaper. Dette gjelder særlig dersom det er tale om å selge aksjene i selskapet. I de tre nevnte sakene for Høyesterett kom retten til ulike løsninger

²⁸³ Pettersen (2009) s. 25

for verdsettelsesmetode til virkelig verdi, alt etter hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken.

Konklusjonen er at virkelig verdi ved avvikling skal forstås som den estimerte prisen man kan få i markedet ved avvikling. Fordi det er tale om avvikling, bør en forutsette at eiendelen skal kunne omsettes raskt. Ved vurdering til virkelig verdi etter asl. § 3-4, kkl. § 61 skal det legges til grunn en objektiv vurdering til markedsverdi. For vurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) bør utgangspunktet være virkelig verdi ved fortsatt drift, men da de reelle og ikke de bokførte verdier.

5.1.2.4 Prinsippet om beste estimat

Selv om verdsettelse skal ta utgangspunkt i virkelige verdier enten ved fortsatt drift eller ved likvidasjon, kan det oppstå usikkerhet om hvilke verdier som skal legges til grunn.²⁸⁴ Neste spørsmål er hvordan usikkerhet om verddivurderingen kan løses.

Jeg vil ta utgangspunkt i prinsippet om beste estimat i regnskapsloven. Prinsippet om «beste estimat» er et generelt regnskapsmessig prinsipp, og følger av regnskapsloven § 4-2 første ledd. Den slår fast at:

«Ved usikkerhet skal det brukes beste estimat, på bakgrunn av den informasjon som er tilgjengelig når årsregnskapet avlegges.»

Ordlyden tilsier at dette først kommer inn som prinsipp ved usikkerhet. Fordi prinsippet etter sin ordlyd kommer til anvendelse ved avleggelse av årsregnskapet, kan det stilles spørsmål om hvorvidt prinsippet også kan komme til anvendelse ved verdsettelse etter asl. § 3-4, kkl. § 61 og rekonstruksjonsloven § 2 (1).

I utgangspunktet vil nok ikke denne bestemmelsen binde retten eller styret utenfor regnskapsloven. Gode grunner taler imidlertid for at grunnleggende regnskapsprinsipper også anvendes i andre deler av lovverket. Det vises til punkt 5.1.2.3 om virkelig verdi. Alle selskap som skal

²⁸⁴ Her påpekes at ved vurderingen etter regnskapsloven § 4-5 skal ikke eiendeler eller forpliktelser vurderes til virkelig verdi ved fortsatt drift, med mindre verdsettelsesprinsippene i regnskapsloven kapittel 5 tilsier det. Jeg viser til punkt 3.1.2. Ved avvikling skal imidlertid alltid virkelige verdier legges til grunn.

avlegge årsregnskap, må ved avleggelsen følge regnskapslovens regler. Hensynet til koherens i regnskapene tilsier at samme prinsipper bør anvendes i løpende regnskapsføring og verdsettelse. På den andre siden viste asl. § 3-4-vurderingen at selskapet står fritt til å fravike regnskapslovens regler for verdsettelse. Rskl. § 4-2 er imidlertid en regel som etterstreber å komme nærmere den reelle verdi enn det reglene om anskaffelseskost gjør.

Forarbeidene til regnskapsloven § 4-2 sier lite om hvordan «beste estimat» skal forstås. Handeland og Schwencke mener en må se til IAS 37, hvor utgangspunktet er at det skal gjennomføres en statistisk beregning av forventet verdi.²⁸⁵ Det følger av IAS 37.36 at:

«Det beløp som skal innregnes som avsetning, skal være beste estimat av de utgifter som kreves for å gjøre opp den eksisterende plikten på slutten av rapporteringsperioden.»

For å komme frem til de ulike estimater, skal man bruke all tilgjengelig informasjon.²⁸⁶ Alle forhold frem til og med balansedagen, skal tas med i vurderingen. Dette er tilfellet selv om informasjonen kan ha kommet til kunnskap i tidsrommet mellom balansedagen og regnskapsavleggelsen.²⁸⁷ Vurderingen skal foretas ut fra en rasjonell betraktning ved ledelsens skjønn, supplert med erfaringer.²⁸⁸ Dersom det foreligger flere sannsynlige estimater regnes gjennomsnittssannsynligheten ut eller det mest sannsynlige estimat legges til grunn.²⁸⁹

I Rt. 2013 s. 1678 (ConocoPhillips) tolket Høyesterett regnskapsloven § 4-2. Saken gjaldt gyldigheten av ligningen for et oljeselskap. Spørsmålet for Høyesterett var om selskapets årsregnskap for 2005 var gjort opp i samsvar med regnskapsloven. Retten tok stilling til hvordan plikten til å bruke beste estimat etter rskl. § 4-2 skulle gjøres når usikkerheten beror på utfallet av en rettstvist. I avsnitt 40 uttaler retten:

²⁸⁵ IAS 37.37–41 og Handeland og Schwencke (2011) s. 136

²⁸⁶ Schwencke mfl. (2020) s. 119

²⁸⁷ Schwencke mfl. (2020) s. 119

²⁸⁸ IAS 37.37–38

²⁸⁹ IAS 37.39–40

«Jeg legger til grunn at skjønnnet skal utøves med den aktsomhet som kreves for å hindre at inntekter og eiendeler overvurderes og forpliktelser undervurderes. Beror plikten på utfallet av en rettstvist, må skjønnnet etter min oppfatning bygge på en objektiv og nøktern faglig vurdering av selskapets utsikter til å vinne frem.»

Dette kan tolkes som at retten mener at regnskapsloven § 4-2 henger sammen med forsiktighetsprinsippet.²⁹⁰ Schwencke anfører at «[d]en regnskapspliktige står etter mitt syn noe friere i å trekke inn relevante momenter for å kunne fastslå et «beste estimat» under hensyntagen til et «forsiktighetsprinsipp»». ²⁹¹ Ordlyden i rskl. § 4-2 er at det «beste» estimatet skal legges til grunn. Det Høyesterett her legger opp til er at det «mest nøkterne» legges til grunn. Dette passer ikke godt med ordlyden og IFRS-regelverket. Det kan stilles spørsmålstegn ved om Høyesterett ville ha kommet til samme resultat ved andre usikre poster enn utfallet av en rettstvist. Uttalelsen vedrørende regnskapsloven § 4-2 synes imidlertid prinsipiell.

Schwencke mfl. legger til grunn at det skal foretas en «nøytral vurdering basert på all tilgjengelig informasjon». ²⁹² At vurderingen skal være nøytral samsvarer med det som er sagt om virkelig verdi. Det er for øvrig ikke det samme som en nøktern vurdering. Det følger av rskl. § 3-2a at årsregnskapet skal «gi et rettviseende bilde». Dette prinsippet fordrer at de estimatene man kommer til, alle skal legges til grunn et rettviseende bilde. Det er først ved usikkerhet om flere estimer som viser et rettviseende bilde, at prinsippet om beste estimat kommer til anvendelse. Derfor synes det ikke å være korrekt lovanvendelse når Høyesterett sier at det skal foretas en «nøktern vurdering» etter rskl. § 4-2.

Prinsippet om beste estimat vil videre modifiseres av forsiktighetsprinsippet i rskl. § 4-1 første ledd nr. 4. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at forsiktighetsprinsippet bare gjelder ved urealisert tap. Det er likevel antatt at prinsippet også gjelder generelt. ²⁹³ Ved lovforberedelsen ble forholdet mellom prinsippet om beste estimat og forsiktighetsprinsippet diskutert. Finans- og tolldepartementet uttalte at de «i utgangspunktet ikke [kan] se at det vil være konflikt mellom kravet

²⁹⁰ Forsiktighetsprinsippet følger av regnskapsloven § 4-1 første ledd nr. 4

²⁹¹ Schwencke (2015) s. 417

²⁹² Schwencke mfl. (2020) s. 119

²⁹³ Schwencke (2017) note 201

om å bruke beste estimat og det som idag omtales som forsiktighetsprinsippet».²⁹⁴ Basert på dette synes det rettmessig å stille spørsmålstegn ved Høyesteretts uttalelser i ConocoPhillips.

Konklusjonen er at det ved usikkerhet om verdivurderingene skal legges til grunn et beste estimat. Dersom det foreligger flere ulike estimat skal det beste av flere likeverdige eller det mest sannsynlige legges til grunn. Dette gjelder ved alle de respektive bestemmelser oppgaven tolker.

5.1.3 Sannsynlighet for avvikling

Det neste spørsmålet er hvilken sannsynlighet for avvikling som skal legges til grunn etter regnskapsloven § 4-5. Dette vil også ha betydning for spørsmålet om selskapet kan reddes og om rekonstruksjonsforhandling bør avvises.

Det følger av rskl. § 4-5 at fortsatt drift skal legges til grunn med mindre det «ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet». Formuleringen gjør det vanskelig å vurdere hvor stor grad av sannsynlighet som kreves. En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at det skal legges simpel sannsynlighetsovervekt til grunn.

Regnskapslovutvalget foreslo at terskelen skulle settes til «ikke mest sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet».²⁹⁵ Altså at årsregnskapet skulle utarbeides under forutsetning om fortsatt drift, med mindre det ikke var mest sannsynlig at selskapet skal avvikles. En rekke høringsinstanser syntes utvalgets forslag gjorde vurderingen for streng.²⁹⁶ Blant andre mente NRRF at dersom den skulle legge til grunn en sannsynlighet på 50 %, så ville en rekke selskaper «på et for tidlig tidspunkt bli tvunget til å utarbeide regnskap med avvikling for øye».²⁹⁷ Økokrim støttet utvalgets formulering og begrunnet dette i antagelser om at for mange selskaper avla regnskap under forutsetningen om fortsatt drift, samtidig som svært mange gikk konkurs.²⁹⁸ Departementet kom til at 50 % var for strengt, og ønsket derfor å sette terskelen noe høyere ved

²⁹⁴ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 91

²⁹⁵ NOU 1995: 30 pkt. 2.4.7

²⁹⁶ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 102

²⁹⁷ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 102

²⁹⁸ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 102

å velge formuleringen «så lenge det ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet».²⁹⁹ Denne omformuleringen skulle altså heve terskelen. Hvorvidt omformuleringen rent språklig innebar noen realitetsendring fra utvalgets forslag, er svært usikkert.

Departementets forslag ble imidlertid fulgt opp av et flertall i finanskomiteen.³⁰⁰ Mindretallet påpekte på sin side at formuleringen departementet valgte «i liten grad innebærer at terskelen for avviklingsregnskap settes høyere».³⁰¹

Lovgiver har altså ønsket at terskelen skal være høyere enn 50 %. Det kan strengt tatt være alt fra 51 % til 99 %. Schwencke mfl. skriver at sannsynligheten for avvikling trolig må tolkes strengere enn 50 %.³⁰² De forfekter at selskapet enten må ha bestemt at det skal avvikles, eller i realiteten ikke har noe alternativ til avvikling.³⁰³ Deres tolkning innebærer en sannsynlighetsgrad på nærmere 90 %, når det uttales at det skal være så godt som sikkert. I alle fall har de pekt på et sted mellom 60 % og 90 %.

Som nevnt i metodepunktet kan IAS tjene som rettskilde. IAS 1.25 (norsk) lyder:

«Finansregnskapet skal utarbeides under forutsetning om fortsatt drift, med mindre ledelsen enten har til hensikt å avvikle foretaket eller legge ned virksomheten, eller ikke har noe realistisk alternativ til dette.»

En ordlydssammenligning tilsier at IAS 1.25 har en høyere terskel enn regnskapsloven § 4-5. Som nevnt tidligere skal børsnoterte foretak med videre avlegge årsregnskap etter IFRS-regelverket. Det er imidlertid også en del ikke-børsnoterte aksjeselskap som følger IFRS. Dermed oppstår spørsmålet om hvorvidt en reelt sett opererer med ulike sannsynlighetsterskler for norske foretak. Dersom dette er tilfellet, kunne man sagt at selskap som plikter å avlegge regnskap under IFRS følger denne, mens andre selskap skal legge til grunn terskelen etter rskl. § 4-5. Da oppstår en utfordring for de selskap som velger å avlegge årsregnskap under IFRS. En

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) s. 103

³⁰⁰ Innst. O. nr. 61 (1997–1998) pkt. 5.6.2

³⁰¹ Innst. O. nr. 61 (1997–1998) pkt. 5.6.2

³⁰² Schwencke mfl. (2020) s. 123

³⁰³ Schwencke mfl. (2020) s. 123

slik løsning kan føre til en situasjon der et selskap som etter rskl. § 4-5 ikke vil kunne legge fortsatt drift til grunn, kan velge å avlegge regnskap under IFRS og således kunne legge det til grunn, eller omvendt. Slik kan aksjeselskap foreta regnskapsvalg etter om de kan legge fortsatt drift eller avvikling til grunn. På denne bakgrunn taler reelle hensyn for at regelen bør praktiseres likt for alle selskap.

I NOU 2003: 23 ble det foreslått å endre lovteksten til «så lenge det ikke er *overveidende sannsynlig*».³⁰⁴ Dette ble begrunnet i et ønske om å få en ordlyd i den norske loven som var mer harmonisert med IAS' ordlyd. Utvalget pekte på at plikten til å forkaste fortsatt drift er mindre streng under IAS, og uttalte at «forskjellen i praksis vil være liten, men for å unngå eventuelle motsetninger foreslås ordlyden i gjeldende bestemmelse endret».³⁰⁵ Bestemmelsen ble imidlertid stående med dagens ordlyd, da dette forslaget ikke ble fulgt opp. Dette kan tilsa at lovgiver ikke har ønsket at det skal være sammenfall mellom terskelen i IAS 1.25 og regnskapsloven § 4-5.

Det er også relevant så se til praksis under NRS for å vurdere om det i norsk rett opereres med to ulike terskler. Schwencke mfl. peker på at NRS 3 legger en streng tolkning til grunn.³⁰⁶ Av NRS 3 punkt 13 følger:

«Foretaket skal ikke basere regnskapet på forutsetningen om fortsatt drift hvis det etter balansedagen vedtas en intensjon om å likvidere foretaket eller innstille driften, eller fortsatt drift ikke er et realistisk alternativ.»³⁰⁷

Dette tilsier samme terskel som den som følger av IAS 1.25. Videre finnes støtte for tolkningen i utredning for ny regnskapslov. I NOU 2015: 10 uttales at «[n]år det er tvil om den regnskapspliktige kan fortsette virksomheten, må den regnskapspliktige foreta en vurdering av om det er realistisk at virksomheten kan fortsette».³⁰⁸ Altså en henvisning til noe som ligner på ordlyden i IAS 1.25.

³⁰⁴ NOU 2003: 23 s. 170

³⁰⁵ NOU 2003: 23 s. 168

³⁰⁶ Schwencke mfl. (2020) s. 123

³⁰⁷ NRS 3 (2014) pkt. 13

³⁰⁸ NOU 2015: 10 s. 84. Utredningen er bare delvis behandlet/fulgt opp.

Videre uttalte utvalget i NOU 2015: 10:

«Utvalget har kommet til at en på dette punktet vil legge seg tettere opp til direktivet og forslå krav om å forutsette fortsatt drift for utarbeidelse av årsregnskapet, med mindre oppløsning er besluttet. En slik bestemmelse er enklere å forholde seg til for de regnskapspliktige, uten at regnskapet etter utvalgets syn vil gi mindre nyttig informasjon til regnskapsbrukerne, forutsatt at opplysningskravene i situasjonen med usikkerhet om fortsatt drift videreføres. Utvalget mener at de regnskapspliktige ikke må tvinges til å foreta kompliserte skjønnsmessige vurderinger som ikke tjener et fornuftig formål.»³⁰⁹

Utvalget synes ikke å konkludere vedrørende hvorvidt direktivet og gjeldende regnskapslov skal praktiseres på samme måte. De peker uansett på at den norske ordlyden bør legges tett opp til direktivets bestemmelse.

Basert på kildene konkluderes med at terskelen etter rskl. § 4-5 for å legge til grunn avvikling, ligger nærmere 90 % enn 50 %. Årsregnskapene skal følgelig utarbeides under forutsetning om fortsatt drift, med mindre ledelsen har bestemt at selskapet skal avvikles eller det ikke har realistiske alternativer annet enn å avvikle. Det foreligger derfor samme terskel for avleggelse av årsregnskap etter GRS og IFRS.

5.2 Helhetsvurdering etter aksjeloven § 3-4

Det følger av ordlyden i aksjeloven § 3-4 at selskapet «til enhver tid [skal] ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Ordlyden reiser spørsmål om hvorvidt det skal foretas en samlet helhetsvurdering av om den økonomiske situasjonen er forsvarlig, eller om bestemmelsen krever at både likviditeten og egenkapitalen til enhver tid er forsvarlig. Tolkningen av problemstillingen vil kunne bidra til økt forståelse av hvilken plikt som påhviler styret etter asl. § 3-4. Denne kunnskapen kan videre anvendes i tolkningen av hvilke krav som stilles til et aksjeselskap, og følgelig når selskapet har alvorlige økonomiske problemer.

³⁰⁹ NOU 2015: 10 s. 86

Lovens ordlyd kan tolkes på flere måter, men bruken av «og» tilsier at egenkapital og likviditet er kumulative og ikke alternative vilkår.

I Prop. 111 L (2012-2013) uttalte Justis- og beredskapsdepartementet at tilføyelsen av likviditet i ordlyden «vil tydeliggjøre at forsvarlighetskravet innebærer at det skal foretas en helhetsvurdering av selskapets samlede økonomiske stilling».³¹⁰ Denne uttalelsen tilsier at det ikke er strengt nødvendig at begge til enhver tid er forsvarlige, men at likviditeten og egenkapitalen skal sees under ett.

Aksjeloven § 3-5 krever etter sin ordlyd bare handling dersom egenkapitalen er på et uforsvarlig lavt nivå. Dette tilsier at likviditet og egenkapital i asl. § 3-4 skal vurderes hver for seg. Når det i forarbeidene likevel er lagt til grunn at styret uansett her en tilsynsplikt med likviditeten, er nok ordlydsforskjellen mellom asl. §§ 3-4 og 3-5 av mindre betydning.

Hensynet til at forretningslivet fungerer på en måte som er praktisk gjennomførbart tilsier at det skal foretas en samlet helhetsvurdering. Dermed ligger det implisitt i bestemmelsen at selskapet for en periode kan drive under uforsvarlig nivå. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom likviditeten og kontantstrømmene er gode, men egenkapitalen er svak. Handleplikten i asl. § 3-5 tilsier imidlertid at styret må gjøre konkrete vurderinger av om det er nødvendig å øke egenkapitalen i selskapet. I et slikt tilfelle er det svært lite uforutsett som skal til før man bryter reglene i aksjeloven. Et annet eksempel er nystartede aksjeselskap. Der vil ofte egenkapitalen være lav, men kontantstrømmene gjør at selskapet makter å gjøre opp for seg ved forfall. I slike tilfeller kan en helhetsvurdering av selskapets totale situasjon føre til at det anses forsvarlig å drive. Dette tilsier at asl. § 3-4 må tolkes slik at det skal foretas en samlet helhetsvurdering av om egenkapitalen og likviditeten til sammen er forsvarlig etter selskapets forhold.

Konklusjonen er at asl. § 3-4 etter sin ordlyd stiller krav om at likviditeten og egenkapitalen hver for seg skal ligge på et forsvarlig nivå. I praksis skal det imidlertid foretas en samlet helhetsvurdering av om selskapets totale økonomiske situasjon er forsvarlig.

³¹⁰ Prop. 111 L (2012–2013) s. 77

5.3 Samlet vurdering etter konkursloven § 61

Det følger av ordlyden i konkursloven § 61 annet punktum at dersom eiendeler og inntekter til sammen gjør at skyldner kan betale sine forpliktelser, foreligger ikke insolvens. Ordlyden legger dermed opp til at det skal foretas en samlet vurdering. Spørsmålet er hva denne vurderingen skal ta utgangspunkt i.

Ordlyden bruker begrepene «eiendeler» og «inntekter». Med eiendeler forstås det som tidligere er sagt under punkt 3.2.2. Etter alminnelig norsk språkforståelse betyr inntekter innkommende penger. Dette sikter dermed til det som kommer inn utenfra og er del av kontantstrømmene. Slik sett kan man si at vurderingen tar utgangspunkt i om eiendelene og innkommende likviditet vil være tilstrekkelig for å dekke skyldners forpliktelser.

I punktene 3.2 og 4.1 analyserte jeg hvordan henholdsvis suffisiens og likviditet skulle vurderes etter kkl. § 61. Det ble vist til at enkelte eiendeler og forpliktelser inngikk i begge vurderingene. I et tilfelle der det skal foretas en samlet vurdering av eiendeler og inntekter, «kan ikke ett og samme aktivum telle to ganger».³¹¹ Med dette siktes til at dersom realisasjon av en eiendel er en forutsetning for likviditet vil realisasjonen av denne påvirke insuffisiensen. Med tanke på en samlet vurdering etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) kan det anføres at for å få i stand en rekonstruksjonsplan er det viktig at man tar utgangspunkt i selskapets eiendeler og inntekter slik de faktisk foreligger. Dersom man regner ett og samme aktivum to ganger i en slik prosess, kan man risikere at skyldner fremstår å ha mer midler enn han faktisk har. Jeg mener likevel at dette først kommer på spissen dersom selskapet er på randen til insolvens. Utgangspunktet er derfor at egenkapitalvurderingen og likviditetsvurderingen foretas hver for seg slik det er foreskrevet i punktene 3 og 4, for så å avgjøre om selskapet etter en helhetsvurdering er i alvorlige økonomiske problemer.

Konkursloven § 61 legger opp til en vurdering hvor det må hensyntas hvilke eiendeler som eventuelt må realiseres. Dette henger sammen med det som er sagt om rask realisasjon. Andenæs peker på at den raske realisasjonen i seg selv vil påvirke suffisiensen fordi eiendelene må verdsettes med utgangspunkt i et hurtig salg.³¹² Videre må det vektlegges hvorvidt eiendelene er driftskritiske. Dersom man kommer til at skyldners solvens er avhengig av realisasjon av en

³¹¹ Andenæs (2009) s. 71

³¹² Andenæs (2009) s. 71

driftskritisk eiendel, vil dette i seg selv medføre insolvens fordi et salg vil føre til at selskapets drift stopper opp. Andenæs mener også at dersom hele gjelden er forfalt må man falle tilbake på hovedregelen om illikviditet, fordi «unntaket i kkl. § 61 annet punktum omfatter nemlig bare forsinkelse «ved at dekning av gjelden må søkes ved salg av eiendelene», ikke ved at fremtidige inntekter kommer inn for sent».³¹³

Det er nok i realiteten slik at verdsettelsen av både eiendeler og forpliktelser vil kunne være påvirket av spørsmålet om likviditet. Det vil si at mangel på likviditet vil virke i retning av at man også er insuffisient. Til en viss grad vil derfor «rene likviditetstilfeller» i praksis sjelden komme på spissen.

Konklusjonen blir at kkl. § 61 legger opp til en samlet vurdering der noen særlige hensyn gjør seg gjeldende. Eiendeler kan ikke telles mer enn en gang, og det må tas hensyn til hvorvidt eiendelene er driftskritiske. Disse utgangspunktene vil også gjøre seg gjeldende ved vurdering etter rekonstruksjonsloven § 2 (1), dersom skyldner er nær en insolvenssituasjon.

5.4 Tingrettens avslag av begjæring

Hittil i oppgaven har helhetsvurderingen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) blitt drøftet i lys av asl. § 3-4, rskl. § 4-5 og kkl. § 61. I dette punktet skal rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 1 og nr. 3 tolkes. Disse bestemmelsene fungerer også som skranker for åpning av rekonstruksjonsforhandling. Jeg vil først drøfte nr. 3 dernest nummer 1.

5.4.1 Lite sannsynlig at skyldner vil oppnå frivillig rekonstruksjon eller tvangsakkord

Rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 3 lyder:

«Tingretten skal avslå begjæringen dersom [...] tingretten etter de opplysningene som foreligger, finner det lite sannsynlig at skyldneren vil kunne oppnå frivillig rekonstruksjon eller tvangsakkord.»³¹⁴

³¹³ Andenæs (2009) s. 71

³¹⁴ Huser (1995) s. 144 kaller dette prognosevilkåret i relasjon til konkursloven § 1.

Spørsmålet er hva som menes med «lite sannsynlig at skyldneren vil kunne oppnå frivillig rekonstruksjon eller tvangsakkord».

Ordlyden tilsier at begjæring skal avslås dersom forhold på skyldners side tilsier det.³¹⁵ For eksempel dersom aksjeselskapets økonomi er i så dårlig forfatning at konkurs er uunngåelig. Bestemmelsen er en videreføring av tilsvarende bestemmelse i konkursloven § 4. Wiker og Ro viser til at konkurslovens bestemmelse skal ha en silingseffekt, og at:

«Retten skal vurdere sannsynligheten for at skyldneren kan få aksept for en gjeldsordning [...] Det er likevel viktig at retten også vurderer om skyldnerens økonomi isolert sett kan gi grunnlag for en gjeldsordning.»³¹⁶

Retten bør altså se konkret på hvordan skyldners økonomi rent faktisk er, og hans forhold til fordringshaverne. For retten kan det være vanskelig å avgjøre hvordan forholdet mellom skyldner og fordringshaverne er. En pekepinn kan eksempelvis være om det er tale om ny gjeld, som typisk vil gjøre fordringshaverne mindre forhandlingsvillige. I forarbeidene til rekonstruksjonsloven er det flere steder uttalt at tingretten skal ha fokus på «realismen» i at en rekonstruksjonsforhandling kan lykkes.³¹⁷ Dette henspiller på det faktum at retten må foreta en konkret vurdering av om det er trolig at rekonstruksjonsforhandlingen vil lykkes.

Hva gjelder formuleringen «lite sannsynlig» tilsier ordlyden at terskelen er høyere enn 50 %, fordi begrepet «lite» hever terskelen. I konkursloven § 4 var opprinnelig ordlyden formulert som «usannsynlig». Vilkåret ble erstattet med «lite sannsynlig» for å senke terskelen slik at retten skulle kunne avslå flere begjæringer.³¹⁸ Etterkontrollutvalget som fremmet lovendringen, mente regelen var en «viktig silingsmekanisme for å hindre at skyldneren får satt i gang en gjeldsforhandlingsprosess for å oppnå en utsettelse av en uunngåelig konkurs».³¹⁹ Det er viktig å peke på at dette utvalget også foreslo å åpne gjeldsforhandlinger ved insuffisiens alene. De

³¹⁵ I restruktureringsdirektivet er det foreslått en «viability test» som skal vise om et selskap vil kunne klare seg dersom rekonstruksjon åpnes.

³¹⁶ Wiker og Ro (2003) s. 34

³¹⁷ Eksempelvis Villars-Dahl (2016) s. 38.

³¹⁸ Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) s. 206

³¹⁹ NOU 1993: 16 s. 32

pekte derfor på at endringen i åpningsvilkåret ville «utvide kretsen av potensielle søkere noe».³²⁰ Derfor ble også kkl. § 4 foreslått skjerpet. Det er verd å merke seg at forslaget om insuffisiens som åpningsvilkår ikke ble tatt til følge, men at endringen i § 4 ble fulgt opp og gjennomført. Ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) vil utvide kretsen av skyldnere som kan begjære rekonstruksjonsforhandling. Her gjør de samme hensyn som Etterkontrollutvalget i sin tid pekte på seg gjeldene. Dette tilsier at silingsmekanismen bør skjerpes.

Fra rettspraksis kan man se til Rt. 1995 s. 435, hvor det ble fastslått at «usannsynlig» ikke er det samme som umulig. I denne saken gjorde Høyesterett en vurdering av ordlyden før den ble endret til «lite sannsynlig». Man kan likevel utlede fra avgjørelsen at når usannsynlig ikke krever at det er umulig, og terskelen er endret også etter dette, må terskelen ligge et stykke unna umulig. Selve terskelen er ikke kommentert i forarbeidene til rekonstruksjonsloven. Det er nærliggende å anta at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Videre har Villars-Dahl anført at «retten allerede ved begjæring av om åpning av rekonstruksjonsforhandling vurdere om en rekonstruksjon vil virke "støtende" eller at den ikke vil være rimelig og rettferdig overfor kreditorene».³²¹ Dette tolkes dithen at retten skal avslå begjæring om rekonstruksjon dersom det er lite sannsynlig at rekonstruksjonsplanen kan stadfestes grunnet fordringshavernes forhold. Slik sett skal det legges opp til en helhetsvurdering både av skyldners mulighet til å lykkes, og av hensynet til fordringshaverne.

Videre vil jeg peke på at konkursloven § 30 krever en minimumsdividende til usikrede fordringshavere på 25 % ved tvangsakkord. Denne regelen førte til at en rekke selskaper ikke begjærte gjeldsforhandling fordi verdiene i selskapet ikke var tilstrekkelige til å dekke minimumsdividenden. Regelen kan derfor sees på som en ekstra silingsmekanisme. Når vilkåret om minimumsdividende er fjernet i rekonstruksjonsloven tilsier det at retten må øke prøvingsintensiteten etter § 5 (1) nr. 3. Reelle hensyn taler for at retten bør gjøre en vurdering av hvorvidt det er hensiktsmessig at rekonstruksjonsforhandling åpnes. Prosessen i seg selv er kostnadskrevende, og dersom konkurs er uunngåelig bør eiendeler heller sikres til bobehandlingen.

³²⁰ NOU 1993: 16 s. 32

³²¹ Villars-Dahl (2016) s. 35

Konklusjonen er at vilkåret om avslag av begjæring dersom det er lite sannsynlig at frivillig rekonstruksjonsforhandling eller tvangsakkord vil føre frem, krever at retten foretar en konkret vurdering av hvorvidt skyldners økonomiske situasjon tilsier at konkurs er uunngåelig. I tillegg vil åpningsvilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1) utvide kretsen av potensielle skyldnere og fordringshavere som fremsetter begjæring. Derfor bør rettens vurdering av om rekonstruksjonsforhandling vil føre frem skjerpes. Hvis formålet med det nye åpningsvilkåret fungerer, vil antakelig også skyldnere som ikke har store alvorlige økonomiske problemer begjære rekonstruksjonsforhandling. Dette tilsier at retten ikke bare skal prøve om det er usannsynlig at en rekonstruksjonsforhandling vil være vellykket fordi konkurs er uunngåelig, men også at rekonstruksjonsforhandling ikke fører frem fordi fordringshaverne vil være uvillige til å rekonstruere dersom skyldners økonomiske situasjon ikke er tilstrekkelig alvorlig.

5.4.2 Avslag ved manglende oppfyllelse av rekonstruksjonsloven § 2 (1)

Det følger av rekonstruksjonsloven § 5 (1) nr. 1, at tingretten skal avslå begjæringen dersom «den ikke tilfredsstiller kravene etter §§ 2 og 3, og manglene ikke blir rettet i tide». Således skal retten avslå begjæringen dersom åpningsvilkårene etter § 2 (1) ikke er oppfylt.

Hjemmelen er ny sammenlignet med konkursloven § 4 hvor dette ikke er opplistet som avvisningsgrunn.³²² Det kan også argumenteres for at avvisningsgrunnen er overflødig fordi det følger implisitt av rekonstruksjonsloven § 2 (1) at dersom åpningsvilkårene ikke er oppfylt skal begjæringen avslås.

Spørsmålet er hvordan rettens prøvingsintensitet av åpningsvilkårene bør være.

I punkt 3.1.3, ble det påpekt at retten skal være varsom med å overprøve selskapets egne vurderinger av hvorvidt egenkapitalen, og antakelig også likviditeten, i selskapet er forsvarlig. Hensynene som kommer frem i forarbeidene til rekonstruksjonsloven tilsier at prøvingsintensiteten skal være lav. Villars-Dahl uttalte:

³²² I NOU 1972: 20 ble det forutsatt at dersom skyldner var solvent skulle begjæring avvises. Se Huser (1987) s. 184 hvor han viser til forarbeidene til konkursloven og anfører at regelen burde vært tatt eksplisitt inn i lovens ordlyd.

«Utrederen antar at skyldnerens pretensjon om "alvorlige økonomiske problemer" normalt vil bli lagt til grunn av retten ved behandling av begjæringer om rekonstruksjonsforhandling, slik at det ikke er nødvendig med en inngående prøvelse av det økonomiske vilkåret fra rettens side. Tvert imot bør retten ta til følge begjæringer fra skyldnere, hvor det anføres at virksomheten er eller i overskuelig fremtid vil komme i alvorlige økonomiske problemer, slik at rekonstruksjonsforhandlingen kan komme i gang før det blir for sent.»³²³

Dette tilsier at retten ikke skal prøve særlig inngående. Det kan synes som om retten bør legge seg på en linje tilnærmet den som følger av Håheller-dommen for asl. § 3-4. Det er imidlertid flere andre hensyn som gjør seg gjeldende. Hensynet til at fordringshaverne ikke skal bli tvunget inn i en rekonstruksjonsforhandling tilsier at det må foretas en reell prøving. I tillegg er det nok slik at med en gang rekonstruksjon åpnes vil informasjonen om selskapets situasjon bli tilgjengelig for omverdenen. Dette sender et signal ut i markedet, som kan føre til at selskapet ikke lenger vil få levert varer på kreditt eller likende. Noe som igjen kan føre til at kontantstrømmene og økonomien svekkes. Dette taler for at retten bør være sikre på at selskapet har alvorlige økonomiske problemer.

5.5 Oppsummering om den samlede økonomiske situasjonen

Rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum har en så vid formulering at det må foretas en helhetsvurdering av skyldners økonomiske situasjon. Ved helhetsvurderingen vil en rekke indre og ytre momenter gjøre seg gjeldende. Det avgjørende for helhetsvurderingen er om de momenter en ser til med kunnskap om selskapets egenkapital og likviditet, tilsier at det er mer sannsynlig at selskapet må avvike enn at driften kan fortsette. Når retten skal ta stilling til om rekonstruksjonsforhandling skal åpnes vil den også måtte se til hvorvidt det er «sannsynlig» at rekonstruksjonsforhandlingen vil føre frem til vedtakelse av en rekonstruksjonsplan. Da bør retten se både på hvorvidt skyldners økonomi er i så dårlig forfatning at selskapet ikke kan reddes, og til hvorvidt den økonomiske situasjonen i selskapet er så god at hensynet til fordringshaverne tilsier at rekonstruksjonsforhandling ikke skal åpnes.

³²³ Villars-Dahl (2016) s. 35

6 Tidshorisont

I dette punktet vil jeg redegjøre for hva som menes med «i overskuelig fremtid» i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum. Analysen vil ta utgangspunkt i spørsmålene som reises vedrørende hvor langt frem i tid helhetsvurderingene etter rskl. § 4-5, asl. § 3-4, kkl. § 61 skal se.

6.1 Tidshorisont etter regnskapsloven § 4-5

Ordlyden i regnskapsloven § 4-5 er taus om en eventuell tidshorisont. Det samme er rskl. §§ 3-3a og 7-46. Det er likevel nærliggende at en bred skjønnsmessig helhetsvurdering må avgrenses i tid.

Spørsmålet er hvor langt frem i tid styret må kunne legge forutsetningen om fortsatt drift til grunn.

Schwencke mfl. mener at det i «praksis vil [...] være naturlig å dele opp perioden framover i en nær periode (perioden fram til neste balansedag) og en lang periode (tiden deretter), hvor det legges betydelig vekt på den nære perioden fram mot neste balansedag».³²⁴ Altså én vurdering fra balansedag til balansedag, og én vurdering for tiden etter. Det synes uklart hvor lang denne siste vurderingen skal være.

Kvaal og Mamelund mener at sannsynlighetskravet gjelder for tiden frem til neste årsregnskap.³²⁵ De konkluderer på bakgrunn av to faktorer: Den ene er at forutsetningen om fortsatt drift neste gang skal legges til grunn når selskapet utarbeider nytt årsregnskap og den andre at det følger av IAS 1.26. Denne slutningen synes godt begrunnet. Etter regnskapsloven er det nettopp med tanke på utarbeidelsen av årsregnskapet at forutsetningen eventuelt skal legges til grunn eller ikke. Nemlig fra balansedag til balansedag. Dernest følger av IAS. 1.26 (norsk) at:

«Ved vurderingen av om forutsetningen om fortsatt drift passer eller ikke, skal ledelsen ta hensyn til all tilgjengelig informasjon om framtiden, som minst er, men ikke er begrenset til, tolv måneder fra slutten av rapporteringsperioden.»

³²⁴ Schwencke mfl. (2020) s. 122–123

³²⁵ Kvaal og Mamelund (1999) s. 109

Etter IFRS skal fortsatt drift følgelig legges til grunn ved utarbeidelsen av årsregnskapet når det kan legges til grunn for minst tolv måneder fra slutten av balansedagen. Løvdal konkluderer med at «det er grunnlag for fortsatt drift så lenge foretaket har realistiske alternativer til avvikling i overskuelig fremtid, minimum de nærmeste tolv månedene».³²⁶ Dermed tilsier flere kilder at det er naturlig å legge til grunn en tidshorisont på minst tolv måneder.

Bråthen påpeker at den rettskildemessige forankringen for tolv månedersregelen er svakt fundert.³²⁷ Han sikter da antakelig til sammenhengen med forutsetningen om fortsatt drift fordi tolv måneders regelen utledes av IAS 1.26. Bakgrunnen for dette må være at IFRS-regelverket da vil hjemle en særnorsk vurdering etter aksjeloven, eventuelt regnskapsloven. Argumentasjonen har noe for seg. De færreste norske aksjeselskap plikter å avlegge regnskap etter IFRS. Harmonisering av regelverket i EU og innad i Norge taler likevel klart for at tidshorisonten også bør gjelde for alminnelige aksjeselskaper. Da også disse avlegger årsregnskap for en periode på tolv måneder.³²⁸

I noen tilfeller vil styret ha kunnskap om at en viktig forutsetning for driften vil endres i tiden etter de tolv månedene. For eksempel vet styret at selskapet om 15 måneder må stanse driften fordi et avgjørende anleggsmiddel ikke lenger kan brukes. Dersom selskapet heller ikke har likvider til å erstatte eiendelen, bør de vurdere å legge avvikling til grunn – herav regelen om minst tolv måneder. Et særskilt spørsmål oppstår når det er viktige hendelser i løpet av perioden mellom balansedagene som medfører usikkerhet. Et eksempel er når et lån har sitt hovedforfall i denne perioden og det er høyst usikkert om långiver ønsker å forlegne lånet. Eller som ofte i utenrettslige rekonstruksjonsforhandlinger, at långiver forlenger med tre måneder av gangen. Det avgjørende vil da muligens være om det er sannsynlig eller ikke at man vil oppnå slike forlengelser mellom de to balansedagene. Dette er ikke enkle vurderinger for selskapet.

³²⁶ Løvdal (2003) s. 484

³²⁷ Bråthen (2019) s. 141. Bråthen skriver riktignok dette i sammenheng med asl. § 3-4. Det kan derfor tenkes at han bare mener den rettskildemessige forankringen er for svak hva gjelder asl. § 3-4, og at han således ikke uttaler seg om forankringen tilknyttet rskl. § 4-5.

³²⁸ Se også tilsvarende i Kvaal og Mamelund (1999) s. 110

Et tilleggsspørsmål er fra hvilket tidspunkt tolv månedersvurderingen skal regnes fra. Utgangspunktet basert på kildene er at det skal kunne legges til grunn fra balansedag til balansedag. De fleste selskap har balansedag den 31. desember hvert år. Den ordinære fristen for å avlegge årsregnskapet er imidlertid 30. juni. Basert på det som tidligere er sagt, vil den reelle tidshorisonten altså være på under tolv måneder på det tidspunktet man foretar vurderingen.

Konklusjonen er at tidshorisonten for å kunne legge fortsatt drift til grunn ved utarbeidelsen av årsregnskapet er minst tolv måneder frem i tid regnet fra balansedagen.

6.2 Tidshorisont etter aksjeloven § 3-4

Neste spørsmål er hvilken tidshorisont som skal legges til grunn for vurderingen etter asl. § 3-4. Altså et spørsmål om hvor langt frem i tid styret bør kunne legge til grunn at aksjeselskapet vil ha en forsvarlig egenkapital og likviditet.

Lovgiver har eksplisitt sagt at asl. § 3-4 skal sees i sammenheng med rskl. § 4-5. Dermed kan det være nærliggende å konkludere med at tidshorisonten også må være minst tolv måneder for asl. § 3-4. Det er imidlertid slik at asl. § 3-4 krever at det *til enhver tid* skal foreligge forsvarlig egenkapital og likviditet. Dette tilsier for det første at vurderingen ikke kan begrenses til en vurdering fra balansedag til balansedag. For det andre tilsier dette i utgangspunktet at likviditeten og egenkapitalen skal være forsvarlig dersom den vurderes i et øyeblikksbilde.

Woxholth skriver at man «heller ikke kan nøye seg med å bedømme om selskapet har tilstrekkelig likviditet til å dekke sine forfalte, løpende forpliktelser på vurderingstidspunktet; plikten omfatter også en forventet, fremtidig utvikling».³²⁹ Vurderingen kan derfor ikke begrense seg til et øyeblikksbilde.

Dermed er det nærliggende å tenke seg at det i alle fall må være noe lengde på horisonten. Det faktum at lovgiver i forarbeidene har vist til sammenhengen med fortsatt drift i regnskapsloven, tilsier at et utgangspunkt kan være tolv månedersregelen som gjelder for rskl. § 4-5.

Konklusjonen er at tidshorisonten for vurderingen etter asl. § 3-4 bør ligge så langt frem som mulig. Helst bør den ta utgangspunkt i tolv måneder eller mer. Da ordlyden krever at selskapet

³²⁹ Woxholth (2017) s. 138

«til enhver tid» skal ha forsvarlig egenkapital og likviditet må vurderingen omfatte den tidsperiode selskapets styre med noe sikkerhet har kunnskap om.

6.3 Tidshorisont etter konkursloven § 61 – berettiget håp

Når retten skal prøve om det foreligger insolvens, må det nødvendigvis gjøres en vurdering av om selskapet noe frem i tid vil være insolvent, fordi bare den permanente insolvensen skal føre til konkursåpning. Det følger også av unntakene om forbigående betalingsudyktighet og forsinkelse ved realisasjon av eiendeler, at vurderingen må ta utgangspunkt i mer enn et øyeblikksbilde. Som vist i punkt 4.1 skal det utarbeides en likviditetsprognose. Spørsmålet er derfor om det kan oppstilles noen forutsetninger for tidshorisonten som skal legges til grunn etter kkl. § 61.

I Rt. 1997 s. 698 på side 701 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at det kreves en «viss stabilitet og varighet over likviditeten». Likviditetsvurderingen vil bunne ut i et skjønn der sannsynligheten for at skyldner overlever i fremtiden må vurderes. En likviditetsprognose vil nødvendigvis måtte se frem i tid, og all tilgjengelig informasjon om fremtidige eiendeler og forpliktelser må regnes med. Forutsetningsvis kan det derfor være nærliggende at likviditetsprognosen bør utarbeides for en tidshorisont som omfatter hele perioden styret har tilstrekkelig informasjonsgrunnlag for å uttale seg om.

I teorien har det vært en diskusjon om hvorvidt illikviditet etter kkl. § 61 fordrer at illikviditet har inntrådt.³³⁰ I HR-2017-2375-A (Ulvesund Elektro) uttalte Høyesterett seg om dette:

«Jeg oppfatter lagmannsretten slik at den da har bygget på den forståelse av konkursloven § 61 at betalingsudyktigheten allerede må være inntrådt – at illikviditet først foreligger når det rent faktisk viser seg at debitor ikke makter å gjøre opp ved forfall, jf. side 10 første avsnitt i lagmannsrettens dom. Dette er, etter mitt syn, en for snever forståelse av insolvensbegrepet i en situasjon der det allerede er på det rene at debitor har betalingsproblemer. Spørsmålet om debitor «kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller» må da besvares ut fra om de likvider som han disponerer, med tillegg av de likvider han i fremtiden antas å ville få tilgang til, er tilstrekkelige til å dekke hans

³³⁰ Se Huser (1988) s. 107. Motsatt Løvold (2015) s. 172

allerede forfalte forpliktelser samt hans øvrige forpliktelser etter hvert som disse forfal-
ler til betaling. Jeg viser til *Løvold, Brækhus' Omsetning og kreditt I*, 2015 side 171.»

Saken gjaldt erstatningsansvar for daglig leder i et aksjeselskap, nærmere bestemt et skipsverft, som hadde mottatt og installert utstyr på kreditt frem til verftet gikk konkurs. Et enstemmig Høyesterett fant at daglig leder hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt fordi vedkom-
mende hadde forsømt sine plikter til forsvarlig forvaltning av selskapet. Ut fra ovennevnte sitat ble det altså slått fast at en strengt tatt kan være illikvid før det foreligger betalingsmislighold. Det vil være tilstrekkelig for å konstatere illikviditet at likviditetsprognosene tilsier at skyldner blir illikvid. Retten sier imidlertid ingenting om hvor langt frem i tid en slik vurdering skal foretas for. Dersom skyldner allerede er i betalingsmislighold synes prognostiseringen enklere enn der betalingsmislighold ikke har inntrådt.

Hva gjelder vurderingen av insuffisiens følger det av kkl. § 61 annet punktum at «selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene». I forarbeidene er det lagt til grunn at realisasjonsverdien ved enkeltforfølgning er utgangspunk-
tet for verdsettelsen, og de samme hensyn gjør seg gjeldende her.³³¹ Fordi perioden vil variere etter hvilken type eiendel som skal selges, er det vanskelig å tidfeste.

Det foreligger imidlertid en domstols skapt praksis hvoretter oppbudsplikten ikke inntreder der-
som det foreligger berettiget håp om å snu situasjonen i et insolvent selskap.

6.3.1 Særlig om berettiget håp ved insolvens

I norsk rett foreligger en plikt til å begjære oppbud dersom selskapet er insolvent og en driver for fordringshavers regning. Hjemmelen for oppbudsplikten utledes forutsetningsvis av straffe-
loven § 407, aksjeloven §§ 3-4, 3-5, 17-1 og 6-18, samt konkursloven § 61. I et rekonstruk-
sjonsperspektiv er spørsmålet om styret likevel i en periode har handlingsrom til å prøve å redde
selskapet også etter at insolvens er et faktum.

Det finnes en del rettspraksis vedrørende oppbudsplikten. Herfra har det utviklet seg en lære
om at dersom det foreligger berettiget håp om å snu situasjonen, så kan et selskap drives til
tross for insolvens.

³³¹ NOU 1972: 20 s. 123

I Rt. 1991 s. 119 (Laly) var spørsmålet for Høyesterett om styremedlemmer i et aksjeselskap handlet erstatningsbetingende uaktsomt i relasjon til en fordringshaver som var påført tap.³³² Høyesterett frifant enstemmig styret for erstatningskravet. Om tvistespørsmålet uttalte retten:

«Tvistespørsmålet er, som tidligere antydte, 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.»³³³

På side 127 fortsetter retten:

«[S]tyremedlemmene handlet ut fra en noe høy grad av optimisme. Det må likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjon. Jeg viser i denne forbindelse til det Bernhard Gomard uttaler på side 321 i tilknytning til de uttalelser jeg tidligere har referert: "...En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs, sålænge der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes, og ledelser i denne situation er blevet frifundet, også i tilfælde hvor håbet om at selskabet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk...."»

Følgelig er det to krav. Det første er at styret må ha et realistisk håp om å at den økonomiske situasjonen skal snu. Dernest må vurderingene som styret foretar ha grunnlag i forsvarlige alminnelige forretningsmessige disposisjoner. Det synes ikke helt klart hva som ligger i dette, men det er naturlig å tolke Høyesterett dit hen at de disposisjoner selskapet foretar seg i den insolvente periode, men hvor en har et realistisk håp om å snu situasjonen, må være av den art som er naturlig i forretninger og forsvarlige under rådende forhold.³³⁴

³³² Se også Rt. 1938 s. 129, Rt. 1975 s. 198, Rt. 2011 s. 562 (Helios) avsnitt 43 og HR-2017-2375-A (Ulvesund Elektro) avsnitt 42.

³³³ Rt. 1991 s. 199 på s. 124. Jf., også HR-2016-1440-A (Håheller) avsnitt 48 som bruker dette sitatet.

³³⁴ Se likevel Aarbakke mfl. (2019) kommentar til § 17-1, som uttaler at «styremedlemmer i et selskap med svak økonomi i noen grad er berettiget til å ta visse risikoer for å redde selskapet».

Videre oppstår spørsmålet om hvor lang områdingstid selskapet har dersom det foreligger berettiget håp.

I HR-2017-2375-A (Ulvesund Elektro) avsnitt 42 uttalte retten:

«[D]ersom 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 [foreligger ikke personlig ansvar etter asl. § 17-1].»

Her legger Høyesterett altså opp til at selskapet innen *rimelig tid* må begjære oppbud. Rimelig tid kan derfor være tidshorisonen en må vurdere det realistiske håpet etter. Aarum har uttalt at «[e]ierne må gis rimelig tid til å vurdere om selskapet skal gis økonomisk hjelp». ³³⁵ Vurderingen av hva som er rimelig tid vil nødvendigvis være skjønnsmessig. ³³⁶

Et illustrerende eksempel er TMOSS-2012-62323 fra Moss tingrett. Spørsmålet for retten var om styremedlemmene i et selskap hadde handlet uaktsomt ved for sent å begjære oppbud. Retten foretok en konkret vurdering av styrets handlinger og den områdingstiden de hadde til rådighet. Retten fant at det forelå ansvar. De viste til at styret har rett til å kjempe for selskapet, jf. Laly-dommen, men understekte at dersom det er svake odds for å redde selskapet vil områdingstiden innskrenkes. I dette tilfellet fortsatte driften i nærmere et halvt år til tross av at det var insolvent. Da styremedlemmene i tillegg hadde bygget på et urealistisk håp for bedring, ble det idømt ansvar. Det følger videre av rettspraksis at det ikke er tilstrekkelig å bare ha et realistisk håp eller å komme med forslag om ulike tiltak, styret må faktisk iverksette tiltakene. ³³⁷

³³⁵ Aarum (1994) s. 501–502

³³⁶ Se eksempelvis LE-1992-123 (Eidsivating) og LF-2004-987 (Frostating)

³³⁷ Se eksempelvis Gulating lagmannsrett avgjørelse utgitt i RG. 2007 s. 1625 (Gulating). Der var det spørsmål om ansvar etter aksjeloven for budd på handleplikten §§ 3-5 jf. 3-4. Et aksjeselskap hadde drevet videre med store underskudd og tapt aksjekapital. Retten fant det uaktsomt at selskapet ikke i tilstrekkelig grad hadde gjennomført de foreslåtte tiltak.

LA-2007-37537 (Agder) spørsmålet i saken gjaldt ansvar for videre drift der selskapet gikk med store underskudd. Også i denne saken ble styret ansett å ha handlet erstatningsbetingende uaktsomt fordi de pådro selskapet store nye forpliktelser i en periode der selskapet gikk dårlig. De hadde heller ikke kontroll over den økonomiske situasjonen. Se også Løvdal (2003) s. 567.

Basert på kildene er det altså den permanente insolvensen som skal føre til konkurs. Dersom det er realistisk håp om å snu situasjonen kan selskapet drive videre i en kortere periode. Denne perioden må vurderes skjønnsmessig etter en rimelighetsstandard. Saken fra Moss tingrett viser at en periode på opp mot et halvt år kan være for lenge. Insolvensvurderingen kan dermed ta utgangspunkt i om skyldner er insolvent det nærmeste halve året eller kortere. Nedre tidshorisont knytter seg til tiden det vil ta å gjennomføre en nødvendig realisasjon, jf. kkl. § 61 annet punktum.

Basert på kildene er konklusjonen at tidshorizonten for vurderingen av om aksjeselskapet er permanent insolvent må gjøres for en periode frem i tid. Den kan neppe være så lang som flere år, ei heller så kort som et øyeblikksbilde. Antakeligvis bør den ta utgangspunkt i en likviditetsprognose som er basert på informasjon som er beheftet med tilstrekkelig grad av sannsynlighet, altså sannsynlighetsovervekt.

Ved vurderingen av om retten skal avslå en rekonstruksjonsbegjæring fordi det er lite sannsynlig at den vil føre frem grunnet selskapets økonomiske situasjon, kan retten også ta stilling til om det foreligger berettiget håp. Fordi skyldner er nærmest til å ha kunnskap om situasjonen, bør retten bare ta stilling til dette dersom skyldner anfører at slikt håp foreligger.

6.4 I overskuelig fremtid

Neste spørsmål er hva som menes med «i overskuelig fremtid» i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum.

Begrepet «overskuelig» tilsier en fremtid man kan skue, altså den man kan se og vite noe om. Dette kan formuleres som «i en ikke så altfor fjern fremtid».³³⁸ Det er altså tale om en periode man kan ha positiv kunnskap om. Slik sett kan dette være alt fra uker til år. Skattedirektoratet mente at forslaget «gir for løse kriterier noe som igjen kan gi rom for tolkningstvil».³³⁹

³³⁸ Norske akademiske ordbok, søkeord overskuelig. Søk gjort 6. november 2020, via <https://naob.no/ordbok/uo-verskuelig>.

³³⁹ Skattedirektoratet (2016) s. 1

Villars-Dahl peker eksempelvis på kunnskap om store obligasjonslån som forfaller måneder eller år frem i tid.³⁴⁰ I en slik situasjon vil selskapet ha kunnskap om at de ved låneforfallene ikke vil ha tilstrekkelige midler til å betjene lånet. Villars-Dahl peker på at dette kan gjelde for ett til to år fremover, og at «reglen bør rekke enda videre».³⁴¹ Dette tyder på at «i overskuelig fremtid» er tale om tidsperspektiv som spenner over flere år. For å oppfylle vilkåret må det derfor foreligge kunnskap om at et slikt forhold faktisk vil inntreffe. Det kan ikke være tilstrekkelig å si at man antakeligvis om to til tre år kommer til å misligholde en usikker forpliktelse.

Det faktum at åpningsvilkåret er så lite konkret med tanke på tid ble utfordret av et par høringsinstanser. I høringsrunden pekte Finans Norge på at det var «behov for å konkretisere nærmere hva som ligger i begrepet «overskuelig fremtid [...] ved for eksempel å sette en tidsbegrenset periode på antall måneder eller år frem i tid, eller å knytte det til budsjettperioder».³⁴² Forlaget om budsjettperioder synes godt fundert. Oppgaven har vist at vurderingene etter asl. § 3-4 og rskl. § 4-5 i stor grad knytter seg til budsjett- og regnskapsperioder på tolv måneder. Eksempelvis kan det tenkes at dette er et godt holdepunkt for en tolkning av hva som menes med overskuelig fremtid.

Man kan også se til andre kilder på feltet. Nordisk-Baltisk insolvensnettverk har utarbeidet forslag for regler på dette feltet med nedslagsfelt for Norden og Baltikum. Der uttales:

«From a financial perspective a reorganisation may be commenced when the debtor has temporary liquidity problems, or in the event such problems are expected to arise in the short-term, but also when he is insolvent in the sense described in section I:9».³⁴³

Det som her foreslås er at en rekonstruksjonsforhandling kan åpnes dersom skyldner har utfordringer med likviditeten eller vil få dette på kort sikt. Det er ikke videre konkretisert hva som menes med kort sikt, men en alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at det ikke er tale om noe som skjer flere år frem i tid.

³⁴⁰ Villars-Dahl (2016) s. 33

³⁴¹ Villars-Dahl (2016) s. 34

³⁴² Finans Norge (2016) s. 2

³⁴³ Nordisk-Baltisk insolvensnettverk (2016) s. 17.

I restruktureringsdirektivet fortalen punkt 28 skrives at medlemsstatene bør kunne utvide adgangen til å åpne rekonstruksjonsforhandling ikke bare ved økonomiske problemer, men også for andre typer utfordringer. Videre kommenteres at tidsrammen for vurderingen av slike utfordringer kan gå over flere måneder eller lengre. Det er altså gode argumenter for at «i overskuelig fremtid» ikke nødvendigvis bør være flere år. Skulle man se flere år frem i tid må vurderingen være knyttet til konkrete forhold. Det å reforhandle låneavtaler på bakgrunn av et mulig utfall mange år frem i tid, synes betenkelig særlig i situasjoner med tvangsakkord. Ved frivillige gjeldsforhandlinger er det derimot mindre betenkelig fordi alle fordringshaverne da er enige om rekonstruksjonsplanen.

Forarbeidene må likevel veie tungt for forståelsen av reglen etter rekonstruksjonsloven § 2 (1). Begrunnelsen for at ordlyden i bestemmelsen er vid er at rekonstruksjonsforhandlinger skal være et aktuelt alternativ for flest mulig. Det kan tenkes at store selskaper vil kunne åpne rekonstruksjon grunnet forhold som ligger flere år frem i tid. For mindre selskaper som typisk ikke har denne typen obligasjonslån, vil nok tidshorisonten i praksis være en annen.

Det kan dermed ikke oppstilles faste vilkår for hva som menes med «i overskuelig fremtid». Det må foretas en konkret helhetsvurdering av selskapets økonomiske stilling og framtidsutsikter. Forarbeidene foreskriver en framskuelighet på opptil flere år. Jeg mener at med mindre alvorlige økonomiske forhold kan tidfestes knyttet til et spesifikt forfall av lån eller lignende, bør ikke tidshorisonten overskride ett år i særlig grad.

6.4.1 Automatisk konkursåpning?

Det følger av rekonstruksjonsloven § 57 at «[d]ersom skyldneren overfor retten godtgjør å være solvent, jf. konkursloven § 61, skal retten avslutte rekonstruksjonsforhandlingen uten at konkurs åpnes.» Jeg vil kort knytte noen bemerkninger til denne regelen fordi den understreker det faktum at lovgiver ønsker at rekonstruksjonsforhandling etter rekonstruksjonsloven skal kunne åpnes av solvente skyldnere.

Det følger av ordlyden at «solvens» skal vurderes etter konkursloven § 61.³⁴⁴ Etter konkursloven § 57 skulle konkurs automatisk åpnes dersom gjeldsforhandlingen var mislykket, «med mindre alle fordringshavere som ikke er fullgodt sikret, har gitt sitt samtykke til innstilling etter [kkl.] § 56».³⁴⁵

Villars-Dahl foreslo å ta inn regelen om at dersom skyldner er solvent skal det ikke åpnes konkurs. Dette fordi åpningsvilkårene slik de nå følger av rekonstruksjonsloven § 2 (1), la opp til at selskapet skulle kunne åpne rekonstruksjon på et tidspunkt før skyldner er illikvid.³⁴⁶ Hadde reglene blitt videreført i rekonstruksjonsloven ville konkurs kunne åpnes i solvente bo. Dette var strengt tatt også tilfellet etter konkursloven. Fordi det heller ikke skulle foretas noen insolvensvurdering.³⁴⁷

Villars-Dahl uttalte at «[d]et er skyldneren som må sannsynliggjøre å være solvent», bevisbyrden ligger dermed på skyldner.³⁴⁸ Utrederen uttalte videre at «[d]et antas at bevisbyrden vil være den samme som etter presumsjonsreglene i § 62 og § 63».³⁴⁹ Hverken ordlyden i kkl. §§ 62 eller 63 sier noe om hvilken grad av sannsynlighet som er nødvendig. I Rt. 1988 s. 1142 uttalte Høyesterett seg imidlertid om terskelen. Saken gjaldt åpning av konkurs etter konkursloven § 63. En byggherre ble begjært konkurs på grunnlag av manglende betaling av avdragsnota til entreprenøren. Retten uttalte at skyldneren må godtgjøre «at det foreligger

³⁴⁴ Et spørsmål som reises er om kkl. § 61 fungerer som en legaldefinisjon for insolvensbegrepet i norsk rett.

Andenæs (2009) s. 60 er en av dem som synes å legge dette til grunn. Begrepet brukes på en rekke rettsområder, og det er usikkert hvorvidt meningen er den samme. I Rt. 1999 s. 64 uttalte Høyesterett at solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 tilsvarende insolvens etter kkl. § 61. Det vil imidlertid gjøre seg gjeldende andre hensyn på andre rettsområder, spesielt i strafferetten, som tilsier at begrepet ikke har samme innhold der. I forarbeider til ny skiftelovgivning er det også uttalelser som tilsier at et ikke er en felles legaldefinisjon, jf. eksempelvis NOU 2007: 16 s. 134. Det faller imidlertid utenfor denne oppgavens område å gå videre inn på dette.

³⁴⁵ Wiker og Ro (2003) s. 207

³⁴⁶ Villars-Dahl (2016) s. 91

³⁴⁷ Andenæs (2009) s. 16–17

³⁴⁸ Villars-Dahl (2016) s. 92. utrederens forlag fikk støtte i Prop. 75 L (2019–2020) s. 75

³⁴⁹ Villars-Dahl (2016) s. 92

en høy grad av sannsynlighet for at han er solvent».³⁵⁰ I Rt. 2004 s. 1420 uttalte Høyesterett at bevisbyrdereglene også gjelder for kkl. § 62.³⁵¹

Bakgrunnen for regelen etter konkursloven § 57 om automatisk konkursåpning, var nok at en skyldner ikke skulle kunne bruke gjeldsforhandlingsinstituttet som en avledningsmanøver for konkurs.³⁵² Typisk ved at gjeldsforhandlinger ble begjært åpnet for å kjøpe seg tid. Hensynet har gode grunner for seg, men kan også ha virket avskrekkende på selskap som har unnlatt å begjære gjeldsforhandling fordi faren for konkurs er konkret dersom forhandlingen ikke er vellykket.

Rekonstruksjonsloven § 57 vil imidlertid kunne føre til at rekonstruksjon åpnes på et tidligere tidspunkt fordi faren for automatisk konkurs er tatt bort. Bevisbyrderegelen Villras-Dahl legger opp til, vil likevel heve sannsynlighetsterskelen også for denne bestemmelsen. Dersom det kun er stilt krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, vil regelen muligens kunne virke mindre avskrekkende på solvente selskap.

I konkursloven § 65 følger en regel om at det skal åpnes konkurs i skyldners bo dersom skyldner har forsømt sine plikter under oppfyllelse av tvangsakkord. Bestemmelsen står i kapittelet for konkurs, og er således ikke tatt inn i rekonstruksjonsloven, og er heller ikke kommentert i forarbeidene. Ordlyden i konkursloven § 65 lyder:

«Dersom en skyldner som har fått tvangsakkord, og som er blitt undergitt tilsyn med oppfyllelse av akkorden, grovt eller gjentatte ganger har handlet mot sine plikter etter §§ 51 eller 54, skal retten åpne konkurs i skyldnerens bo etter begjæring av tilsynet når det ikke er klart at skyldneren likevel kan oppfylle akkorden.»

³⁵⁰ Se også Rt. 2005 s. 330

³⁵¹ Rt. 2004 s. 1420 avsnitt 1. Se også Rt. 2010 s. 325

³⁵² Løvold (2015) s. 28 og s. 187

Et av vilkårene for konkursåpning er at pliktene etter kkl. §§ 51 eller 54 er forsømt. Wiker og Ro tolker dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt for at akkorden ikke kan oppfylles.³⁵³ Rekonstruksjonsloven § 53 er ment å tilsvare konkursloven § 54 uten noen realitetsendringer.³⁵⁴ Konkursloven § 51 er tatt inn i rekonstruksjonsloven § 50 med mindre endringer.³⁵⁵ Det kan derfor argumenteres for at konkursloven § 65 også burde kunne få anvendelse i rekonstruksjonslovens virketid. Rettstilstanden synes imidlertid usikker. Dersom konkurs skal åpnes etter bestemmelsen, vil retten så lenge rekonstruksjonsloven gjelder måtte fravike ordlyden i konkursloven § 65. Gode grunner taler for at skyldners manglede pliktoppfyllelse burde få konsekvenser.

6.4.2 Alvorlige økonomiske problemer i overskuelig fremtid – misbruksfaren

Åpningsvilkåret etter rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum er som sagt vidt formulert. Dette reiser spørsmål om hvorvidt det foreligger fare for misbruk av regelverket. Med misbruk sikter jeg til at en skyldner kan begjære rekonstruksjonsforhandling for å komme seg unna forpliktelser han ellers hadde kunnet gjøre opp.

Villars-Dahl peker selv på at vilkåret ikke er det mest presise, men at det antas «å være liten fare for misbruk».³⁵⁶ Dette synspunktet har støtte fra Justis- og beredskapsdepartementet og Konkursrådet.³⁵⁷ Departementet skriver som følger: «Forslaget legger til rette for at det kan åpnes rekonstruksjonsforhandling på et tidspunkt hvor skyldneren fortsatt har noen likvide midler».³⁵⁸

Det kan imidlertid tenkes situasjoner der et selskap bruker dette som siste nødutgang for blant annet å tvinge fordringshavere til å godta en løsning som de har forsøkt fremforhandlet utenrettslig. Med denne faren truende, vil fordringshavere som ellers ikke ønsker en plan som er lagt frem av skyldner, være tvunget til å godta den fordi det gjennom en tvangsakkord vil kunne tvinges gjennom til og med mindre gunstige avtaler. For det første tilsier et slikt scenario at

³⁵³ Wiker og Ro (2003) s. 245

³⁵⁴ Prop. 75 L (2019–2020) s. 74

³⁵⁵ Prop. 75 L (2019–2020) s. 74

³⁵⁶ Villars-Dahl (2016) s. 34

³⁵⁷ Prop. 75 L (2019–2020) s. 20

³⁵⁸ Prop. 75 L (2019–2020) s. 6

skyldner mest sannsynlig har problemer med å gjøre opp for seg. For det andre synes det å være villet politikk at rekonstruksjonsforhandling på samme måte som konkurs fungerer som ris bak speilet i forhandlinger utenfor domstolen.

6.5 Oppsummering tidshorisont

Av forarbeidene til rekonstruksjonsloven er det vist til at skyldner kan ha låneforfall flere år frem i tid som kan være utgangspunktet for åpning av rekonstruksjonsforhandling. «I overskuelig fremtid» kan således synes å ha en tidshorisont på flere år. Gode grunner taler imidlertid for at perioden bør begrenses noe. Selv om det ikke utformes klare grenser, vil hensynet til fordringshavers rett på full dekning for sitt krav tilsi at en rekonstruksjonsforhandling ikke bør åpnes med mindre det foreligger rimelig sikkerhet for at selskapet ikke vil evne å gjøre opp alle sine forpliktelser rettidig og med full dekning. Lovgiver har lagt vekt på hensynet til at bedrifter kan stå i svært ulike situasjoner. For å ivareta både hensynet til fordringshaverne og til selskapet, kan tidshorizonten eksempelvis ta utgangspunkt i de samme perioder som skal gjøres etter asl. § 3-4 og rskl. § 4-5.

7 Restruktureringsdirektivet

Jeg vil kort se på om rekonstruksjonsloven § 2 (1) er i overenstemmelse med åpningsvilkårene etter restruktureringsdirektivet.³⁵⁹

Restruktureringsdirektivet pålegger medlemsstatene å ha et rammeverk for forebyggende rekonstruksjon tilgjengelig for skyldnere ved «sandsynlighed for insolvens».³⁶⁰ Ordlyden er svært vid, og stiller beskjedne krav til åpningsvilkårene for rekonstruksjon. Ordlyden i artikkel 4 nummer 1, legger opp til at skyldner skal ha tilgang til et «forbyggende rammeverk». Det kan stilles spørsmålstegn ved om dette krever at det innføres et regelverk som skal komme i stand enda tidligere enn det rekonstruksjonsloven legger opp til. Det er imidlertid klart at lovgiver har hatt som forutsetning at rekonstruksjonsforhandling kan skje i god tid før insolvens inntreffer.

Hva gjelder insolvens følger det av artikkel 2 nummer 2 bokstav a at begrepet «insolvens» skal forstås i direktivet slik det er definert i nasjonal rett.³⁶¹ Insolvens forstås på forskjellige måter i ulike land i unionen. I norsk rett er insolvens som allerede presentert, både illikviditet og insuffisiens. I en rekke andre europeiske land kreves bare illikviditet for at det skal være tale om insolvens. Dermed ser en at vilkåret om «sandsynlighed for insolvens» må klarlegges etter nasjonal rett. Vedrørende sannsynlighet, sier fortalen og direktivets øvrige bestemmelser ingenting om hvilken grad av sannsynlighet som skal legges til grunn.

Fordi insolvens skal tolkes etter nasjonal rett, og rekonstruksjonsloven forutsetter å komme til anvendelse før insolvens etter kkl. § 61 inntreffer, er min konklusjon at rekonstruksjonsloven § 2 (1) er i overenstemmelse med restruktureringsdirektivet artikkel 4 nr. 1.

³⁵⁹ På [europalov.no](https://www.europalov.no) følger at direktivet ikke skal innlemmes i EØS-avtalen, se <https://www.europalov.no/rettsakt/insolvens-restrukturerings-ny-sjanse/id-9526> (lest 22. oktober 2020). På EFTAs nettsider følger imidlertid at direktivet er under vurdering, se <https://www.efta.int/eea-lex/32019L1023> (lest 22 oktober 2020).

³⁶⁰ Restruktureringsdirektivet artikkel 4 nummer 1

³⁶¹ Restruktureringsdirektivet artikkel 2 nummer 2 bokstav a

8 Konklusjoner og betraktninger

8.1 Konklusjon

Den overordnede problemstillingen for oppgaven var om aksjeloven § 3-4, regnskapsloven § 4-5 og konkursloven § 61 kan bidra til å tolke åpningsvilkårene i rekonstruksjonsloven § 2 (1). Denne oppgaven har vist at sammenhengen mellom bestemmelsene, og likhetene ved vurderingen av bestemmelsene, gjør at rekonstruksjonsloven § 2 (1) kan tolkes i lys av asl. § 3-4, rskl. § 4-5 og kkl. § 61.

Ordlyden i rekonstruksjonsloven § 2 (1) første punktum legger opp til en bred helhetsvurdering av skyldners økonomiske situasjon. Åpningsvilkåret fordrer at skyldner har utfordringer av økonomisk art og at problemene er tilstrekkelig alvorlige. Det er ikke et vilkår at problemene har manifestert seg, men at det basert på kildene innen en periode på minst tolv måneder, vil manifesteres. Selv om lovgiver har ønsket seg bort fra illikviditet og insuffisiens som åpningsvilkår ved skyldners begjæring, har oppgaven vist at det er naturlig å se til nettopp likviditeten og egenkapitalen for å gjøre en konkret vurdering av selskapets økonomiske situasjon.

Ved helhetsvurderingen vil det være avgjørende å først gjøre en vurdering av selskapets økonomiske situasjon med henblikk på egenkapitalen og likviditeten. Derneft vil en rekke ytre og indre forhold ved selskapets drift trekkes med i vurderingen. Utgangspunktet for verdsettelsen må være at selskapet skal ha fortsatt drift, med mindre det foreligger klare indikasjoner på at selskapet må avvikles. Videre viser funnene at alminnelig sannsynlighetsovervekt bør gjelde ved selskapets vurderinger av hvilke eiendeler og forpliktelser som skal legges til grunn og hvordan verdiene av disse skal estimeres.

Da vilkåret i rekonstruksjonsloven § 2 (1) er ment å føre til at kretsen av potensielle skyldnere og fordringshavere som begjærer rekonstruksjonsforhandling utvides, bør retten, til tross for de beskjedne krav som stilles til dokumentasjon, foreta en reell vurdering av selskapets økonomiske situasjon. Dersom domstolspraksis skaper presedens for begjæringsavvisning i tilfeller der den økonomiske situasjonen ikke kan reddes, vil det kanskje gi en bedre forståelse i markedet om at spørsmålet om rekonstruksjon må vurderes på et enda tidligere tidspunkt. Da vil rekonstruksjonsforhandling kunne anses som mer av et forebyggende tiltak, enn en siste nødløsning før konkurs. Skal reglen praktiseres slik at eksempelvis et låneforfall som ligger flere år frem i tid skal kunne føre til åpning av rekonstruksjonsforhandling, bør prøvingen skjerpes også i slike tilfeller. Dette for å unngå at fordringshavere bli avspist med en lavere dekning for

sine krav enn nødvendig. Et annet forhold som åpningsvilkårene og lovverket for rekonstruksjonsforhandling for øvrig har avdekket, er at det er vanskelig å tilpasse en lovgivning som skal ivareta interessene både for de større og gjerne internasjonale konsern samtidig som det også skal passe for helt små lokale selskaper. Dette kan vilkåret om «i overskuelig fremtid» være et eksempel på.

8.2 Betraktninger

Avslutningsvis pekes på noen forhold som kan være av interesse for tolkningen av rekonstruksjonsloven og for et videre arbeid med ny permanent lovgivning.

Ved utarbeidelse av ny permanent lov og dertil åpningsvilkår, er det kanskje ønskelig med klarere koherens mellom formålet som fremkommer av forarbeidene og ordlyden i åpningsvilkårene. Utfordringen vil være å utforme en regel som både hensyntar behovet for at rekonstruksjonsforhandling åpnes på et tidspunkt der det er eiendeler av verdi i skyldners virksomhet, og hensynet til at fordringshavere i utgangspunktet skal ha full dekning for sine krav.

Det vil videre være slik at det kan være nødvendig å se til om selskapet har tilstrekkelig likviditet til å overleve rekonstruksjonsperioden. Mens forhandlingene pågår skal driften i selskapet fortsette, men omverdenen har da fått informasjon om selskapets situasjon. Dette kan eksempelvis påvirke om leverandører vil levere på kreditt eller om kunder vil forhåndsbetale. Slik sett kan en likviditetskrise oppstå ved det faktum at rekonstruksjonsforhandling åpnes. Dette har også en side til hvorvidt retten skal ta hensyn til om skyldner har tilstrekkelige midler til å dekke kostandene ved en rekonstruksjonsprosess. Ikke bare vil en rekonstruksjonsforhandling føre til at det ved en eventuell senere konkurs er færre midler igjen i boet, men skyldners evne til å betale kostnadene ved rekonstruksjonsprosessen kan også si noe om hvordan den økonomiske situasjonen i selskapet er. Antall konkursbobehandlinger som innstilles fordi det ikke er tilstrekkelige midler i boet, er høyt sammenlignet med tilfeller der boet tas opp til slutning.³⁶²

³⁶² I 2019 ble 4569 konkursbobehandlinger innstilt, 776 konkursbo ble avsluttet med utbetaling av dividende etter konkursloven § 128. Søk i kunngjøringer i Konkursregisteret for periode 1.1.2019–31.12.2019, kunngjørings-type konkurs/tvangsavvikling, underkategori konkurs-bobeh.innstilt, konkurs-bobeh.avsluttet. Søk gjort 21. oktober 2020 via <https://w2.brreg.no/kunngjoring/index.jsp>.

Det er også mulig at åpningsvilkårets utforming som begrunnelse for at gjeldsforhandlinger har vært lite brukt, er overdrevet. Siden ikrafttredelsen av rekonstruksjonsloven er det åpnet 13 rekonstruksjonsforhandlinger.³⁶³ Dette er altså en markant økning mot 13 gjeldsforhandlingsåpninger i hele perioden mellom januar 2015 og desember 2019.³⁶⁴ Vel så avgjørende er det kanskje likevel at handlingsrommet i rekonstruksjonsprosessen etter rekonstruksjonsloven gir økt fleksibilitet for løsninger som faktisk kan redde selskapet. Manglende fleksibilitet i lovverket har nemlig vært ansett som en av årsakene til den knappe bruken av gjeldsforhandlinger.³⁶⁵

Det er heller ikke sikkert at det er så problematisk at også en fordringshaver kan begjære rekonstruksjon åpnet på samme vilkår som skyldner. Dagens regler om at skyldner kan motsette seg slik begjæring vil uansett bøte på eventuelle utfordringer ved at fordringshaver skal forholde seg til et vilkår om alvorlige økonomiske problem i overskuelig fremtid. Lovgiver kan likevel kanskje også se på hvorvidt det er hensiktsmessig å opprettholde en absolutt rett for skyldner til å motsette seg begjæring fra en fordringshaver, eller eventuelt utarbeide vilkår for innholdet i samtykkenektelsen.

³⁶³ Søk i kunngjøringer i Konkursregisteret for periode 11.5.2020–6.11.2020, kunngjøringstype rekonstruksjonsforhandling. Søk gjort 6. november 2020 via <https://w2.brreg.no/kunngjoring/index.jsp>.

³⁶⁴ Se punkt 1.1

³⁶⁵ Se for eksempel Hillestad (2007)

9 Rettskilder

9.1 Lover og forskrifter

1899	Lov 6. mai 1899 nr. 1 om akkordforhandling (akkordloven).
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavers dekningsrett (dekningsloven).
1992	Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven).
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmenaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
2006	Lov 15. desember 2006 nr. 88 om endringer i aksjelovgivningen mv.
2013	Lov 14. juni 2013 nr. 40 om endringer i aksjeloven mv. (forenklinger).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 71 om endringer i aksjelovgivningen mv. (modernisering og forenkling).
2020	Midlertidig lov 11. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).
2020	Forskrift 19. juni 2020 nr. 1247 om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak.

9.2 Forarbeider

NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
NOU 1993: 16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
NOU 1995: 30	Ny regnskapslov.
NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning.
NOU 2003: 23	Evaluering av regnskapsloven.
NOU 2007: 16	Ny skiftelovgivning.
NOU 2015: 10	Lov om regnskapsplikt.
Ot.prp. nr. 50 (1980–1981)	Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m.
Ot.prp. nr. 23 (1996–1997)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
Ot.prp. nr. 42 (1997–1998)	Om lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
Ot.prp. nr. 26 (1998–1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m v.
Ot.prp. nr. 1 (2001–2002)	Skatte- og avgiftsopplegget 2002 – lovendringer.
Prop. 148 L (2010–2011)	Endringer i aksjeloven mv. (nedsettelse av kravet til minste aksjekapital mv.).
Prop. 111 L (2012–2013)	Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger).
Prop. 112 L (2016–2017)	Endringer i aksjelovgivningen mv. (modernisering og forenkling).
Prop. 160 L (2016–2017)	Endringer i regnskapsloven mv. (forenklinger).

Prop. 75 L (2019–2020)	Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).
Innst. O. nr. 56 (1983–1984)	Innstilling fra justiskomiteén om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) B) lov om fordringshaverens dekningsrett (dekningsloven) C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.
Innst. O. nr. 80 (1996–1997)	Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m.
Innst. O. nr. 61 (1997–1998)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
Innst. O. nr. 77 (1998–1999)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i konkurs- og pantelovgivningen m.v.
Innst. O. nr. 67 (2004–2005)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) og enkelte andre lover (evaluering av regnskapsloven).
Innst. 244 L (2019–2020)	Om midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbruddet av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Knudsen, Gudmund.	Forenkling og modernisering av aksjeloven. En utredning av advokat Gudmund Knudsen. Skrevet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet, 2011.
Schwencke, Hans Robert	«Vedlegg 1. Norske domstolars tolkning av god regnskapskikk», i NOU 2015: 10 Lov om regnskapsplikt, 2015.
Villars-Dahl	Utredning med forslag til nye regler om rekonstruksjon etter konkursloven., Rekonstruksjon i turbulente tider – Dynamiske virkemidler ved økonomiske problemer., Avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet av Leif Villars-Dahl, 2016.
Finans Norge	Høringssvar til Leif Villars-Dahls utredning, Rekonstruksjon i turbulente tider (2016) 15.11.2016, https://www.regjeringen.no/contentassets/b8a118f56f5e484c871f65dac696c310/fin.pdf?uid=Finans_Norge .
Skattedirektoratet	Høringssvar til Leif Villars-Dahls utredning, Rekonstruksjon i turbulente tider (2016), avgitt til Finansdepartementet og vedlagt deres Høringssvar av 03.11.2016, https://www.regjeringen.no/contentassets/b8a118f56f5e484c871f65dac696c310/fin.pdf?uid=Finansdepartementet .
Konkursrådet	Brev til Justis- og beredskapsdepartementet. 30. mars 2020. Gjengitt i Prop. 75 L (2019–2020) Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Justis- og beredskapsdepartementet PRE-2020-06-19-1247 *Forskrift om forenklet rekonstruksjonsforhandling for små foretak*. Kongelig resolusjon. Statsråd Monica Mæland. Justis- og beredskapsdepartementet 19. juni 2020.

9.3 Rettspraksis

Rt. 1895 s. 64.

Avgjørelsen er ikke tilgjengelig elektronisk, men er henvist til i Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utgave., Oslo: M.H. Andenæs, 2009. På side 67.

Rt. 1903 s. 391

Rt. 1938 s. 129

Rt. 1954 s. 378

Rt. 1970 s. 39

Rt. 1975 s. 198

Rt. 1977 s. 1235

Rt. 1982 s. 1426

Rt. 1988 s. 1142

Rt. 1991 s. 119 (Laly)

Rt. 1994 s. 441

Rt. 1995 s. 435

Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken)

Rt. 1997 s. 698

Rt. 1997 s. 931

Rt. 1999 s. 64

Rt. 2003 s. 713 (Norway Seafoods)

Rt. 2004 s. 1420

Rt. 2005 s. 330

Rt. 2007 s. 1392 (Flesberg)

Rt. 2010 s. 325

Rt. 2011 s. 562 (Helios)

Rt. 2013 s. 1678 (ConocoPhillips)
HR-2016-1439-A (Bergshaven)
HR-2016-1440-A (Håheller)
HR-2017-350-A
HR-2017-2375-A (Ulvesund Elektro)
HR-2020-1129-A
LE-1992-123 (Eidsivating)
RG. 1999 s. 35 (Borgarting)
LF-2004-987 (Frostating)
RG. 2007 s. 1625 (Gulating)
LA-2007-37537 (Agder)
LB-2015-180538 (Borgarting)
LE-2017-82140 (Eidsivating)
TMOSS-2012-62323 (Moss)

9.4 EU/EØS-direktiver

Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer.

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1606/2002 av 19. juli 2002 om anvendelse av internasjonale regnskapsstandarder.

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2013/34/EU av 26. juni 2013 om årsregnskaper, konsoliderte regnskaper og tilhørende rapporter for visse selskapsformer, om endring av europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/43/EF og om oppheving av rådsdirektiv 78/600/EØF og 83/349/EØF (kodifisert regnskapsdirektiv).

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/1023 av 20. juni 2019 om forebyggende restruktureringsrammeverk, om insolvens- og dechargeprosedyrer og om tiltak for å øke effektiviteten av restrukturerings-, insolvens- og dechargeprosedyrer, og om endring av direktiv (EU) 2017/1132 (direktiv om insolvens og restrukturering).

9.5 Regnskapsstandarder

International Accounting Standards Board, *IAS 1 – Presentasjon av finansregnskap* [norsk oversettelse, konsolidert t.o.m. 01.01.2020], (lest i Rettsdata.no).

International Accounting Standards Board, *IAS 1 – Presentation of Financial Statements* [engelsk versjon, konsolidert t.o.m. 01.01.2020], (lest i Rettsdata.no).

International Accounting Standards Board, *IAS 37 Provisions, Contingent Liabilities and Contingent* [engelsk versjon, konsolidert t.o.m. 01.01.2020], (lest i Rettsdata.no).

International Accounting Standards Board, *IAS 570 Avsetninger, betingede forpliktelser og betingede eiendeler* [norsk oversettelse, konsolidert t.o.m. 01.01.2020], (lest i revisorforeningen.no).

International Financial Reporting Standards, *IFRS 13 – Måling av virkelig verdi* [norsk oversettelse, konsolidert t.o.m. 31.10.2017], (lest i Rettsdata.no).

Norsk regnskapsstiftelse, *NRS 13 Usikre forpliktelse og betingede eiendeler*, november 2013, (lest i regnskapsstiftelsen.no).

Norsk regnskapsstiftelse, *NRS 3 Hendelser etter balansedagen*, januar 2014, (lest i regnskapsstiftelsen.no).

Norsk regnskapsstiftelse, *NRS 8 God regnskapsskikk for små foretak*, februar 2018, (lest i regnskapsstiftelsen.no).

9.6 Litteratur

Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre. «Aksjeloven: kommentarutgave». i *Juridika.no*, 2019.

Aarum, Kristin Normann. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*. Oslo: Ad notam Gyldendal, 1994.

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 3. utgave., ved Ole Andenæs, Stig Berge og Margrethe Buskerud Christoffersen. Oslo: M.H. Andenæs, 2016.

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 3. utgave., Oslo: M.H. Andenæs, 2009.

Berg, Terje. *Grunnleggende økonomistyring*. 2. utgave., Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2018.

Bråthen, Tore. *Styremedlem og aksjonær*. 2. utgave., Bergen: Fagbokforlaget, 2009.

Bråthen, Tore. *Selskapsrett*. 6. utgave., Oslo: Gyldendal Focus forlag, 2019.

Børresen, Pål B. *Konkurs – enkeltforfølgning, gjeldsforhandlinger og konkurs*. 6. utgave., Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2007.

Dahl, Gunnar A. «Virkelig verdi i årsregnskapet». *Praktisk økonomi & finans*, volum 21, nr. 4 (2004), s. 71–79.

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. «Kapittel 14 EU-rett som norsk rettskilde» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 386–419.

Handeland, Øyvind og Hans Robert Schwencke. *Regnskapsloven med kommentarer*., 2. utgave. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 2011.

Hansen, Odd-Birger og Tine Kristiansen. «Kravet om forsvarlig likviditet», *Revisjon og regnskap*, årgang 2018, utgave 7, (2018), s. 62–65.

Hillestad, Aksel O. «Gjeldsforhandlinger for PGS – et bevis på norsk insolvenslovgivnings utilstrekkelighet?», *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang 13, nr. 1 (2007) s. 49–74.

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 1*. Bergen: Juristinformasjon, 1987.

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

Huser, Kristian. *Gjeldsforfølgingsrett*. Bergen: Grafisk Hus, 1995.

Høgberg, Alf Petter. «Kapittel 8 Domstolspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 259–292.

Jakhelln, Henning. «Særlig om långivers stilling når låntageren åpner offentlig akkordforhandling eller går konkurs», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1967 s. 422 flg.

Justis- og Beredskapsdepartementet. «Ønsker innspill for å redde flere bedrifter», *Pressemelding Regjeringen.no*, 13. oktober 2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/onsker-innspill-for-a-redde-flere-bedrifter/id2770132/>, hentet 22.10.2020.

Kaldestad, Yngve og Møller, Bjarne, *Verdivurdering – Teoretiske modeller og praktiske teknikker for å verdsette selskaper*. 2. utgave., Bergen: Fagbokforlaget, 2016.

Kvaal, Erlend og Erik Mamelund. «Forutsetningen om fortsatt drift og kravet til forsvarlig egenkapital», *Praktisk økonomi & finans*, årgang 15, nr. 2, (1999), s. 105–114.

Løvdaal, Elin Mack, «Aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-4 og § 3-5» *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang, nr. 4, (2003), s. 472–568.

Løvold, Vibeke Irene. *Brækhus' Omsetning og kreditt 1. Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015

Mestad, Ola. «Kapittel 3 Rettens kilder og anvendelse», i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77–113.

Meyer-Myklestad, Johannes. «Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper». *Jussens venner*, årgang 52, nr. 1, (2017), s. 45–66.

Moe, Ernst. *Praktisk konkurs, bobehandling*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2007.

Munthe, Preben. «Oppskrivning». 2020 <https://snl.no/oppskrivning> hentet 22.10.2020.

Nedrelid, Audun. «Virkelig verdi ved innløsning av aksjer – premissene for verdsettelse i Norway Seafoods- og Flesberg-dommene kan begrunnes i samme verdsettelsesprinsipp», *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang 19, nr. 3, (2013), s. 198–246.

Nedrelid, Audun. «Aksjerettslige verdsettelsesprinsipper – en oversikt». *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang 21, nr. 3, (2015), s. 179–213.

Nordic-Baltic Insolvency Network. *Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, Final version 2016*. Stockholm: Wolters Kluwer, 2016.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2 utgåve., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Pettersen, Lars I. «Fortsatt drift-forutsetningen», *Revisjon og Regnskap*, årgang 2009, utgave 1, (2009), s. 21–25.

Reiersen, Hedvig Bugge. *Aksjelovens utdelingsbegrep*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Saint-Alary-Houin, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. 11^e edition., L.G.D.J. Précis Domant Privé, 2018.

Schwencke Hans Robert. «Kommentar til regnskapsloven» i database Rettsdata.no, sist hovedrevidert 9.11.2017.

Schwencke, Hans Robert, Dag Olav Haugen, Kjell Magne Baksaas, Tonny Stenheim og Erik Avlesen-Østli. *Årsregnskapet i teori og praksis 2019*, 21. utgave., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2020.

Stenheim, Tonny og Kjell Magne Baksaas, «Kommentar til regnskapsloven» i database Rettsdata.no, sist hovedrevidert 15.01.2018.

Wiker, Håvard og Knut Ro. *Konkursloven kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.

Woxholth, Geir. *Selskapsrett.*, 6. utgave. Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.