

Når mer enn halve aksjekapitalen er tapt:

# Revisors oppfølging av styrets handleplikt

**I 2015 påpekte Finanstilsynet vesentlige svakheter hos flere revisjonsselskaper**

knyttet til revisors oppfølging av styrets handleplikt ved tap av aksjekapital. Målet med artikkelen er å bidra til økt bevissthet blant revisorer om kravet til oppfølging av styrets handleplikt i slike tilfeller.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat/Siv.øk. NHH  
Per Asle Ousdal  
Partner Advokatfirma Bull Årstad



Statsautorisert revisor  
Asbjørn Nygård  
Partner FSS Revisjon

For regnskapsåret 2014 avga norske revisorer over 4000 revisjonsberetninger med presisering av at aksjekapitalen helt eller delvis var tapt. Halvdelen av disse presiseringene ble også gitt i 2013, mens det for en fjerdedel av selskapene var gitt samme presisering de tre siste årene. I en tid med økonomisk uro mener vi at vurderingene av forsvarlig egenkapital, likviditet og evne til fortsatt drift vil være blant de aller viktigste vurderingene revisor foretar i løpet av revisjonen.

## Begrepet «forsvarlig egenkapital»

I aksjeloven § 3–4 heter det: «Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet».

Kravet om at selskapet må ha en forsvarlig egenkapital innebærer iflg. forarbeidene at det må foretas en samlet vurdering av selskapets kapitalgrunnlag og økonomiske stilling, jf. NOU 1996 s. 102. Begrepet egenkapital er ikke nærmere definert i aksjeloven. I de fleste sammenhenger betyr egenkapital forskjellen mellom eiendeler

og gjeld. Det er den reelle egenkapitalen asl. § 3–4 retter seg mot, noe som innebærer at man må ta hensyn til eventuelle merverdier knyttet til selskapets eiendeler, samt forpliktelser som ikke fremgår av balansen. Eksempler på mulige merverdier er kostnadsførte forsknings- og utviklingskostnader, ikke-balanseført utsatt skattefordel, ikke-balanseført goodwill og merverdi i forretningseiendommer. Det stilles strenge krav til sannsynliggjøring og dokumentasjon. Merverdi i forretningseiendom bør dokumenteres ved takster. Ikke-balanseførte forpliktelser kan være garantier, kausjonsansvar og mulig erstatningsansvar.

Det sentrale spørsmålet er hva som ligger i begrepet «forsvarlig egenkapital» i asl. § 3–4? Her må styret gå konkret til verks. Risikovurderingen må avdekke i hvilken grad virksomheten er utsatt for konjunktursvingninger, markedsmessige endringer, sesongsvingninger mv. En entreprenørbedrift som i stor utstrekning baserer sin virksomhet på anbudsarbeid til fast pris i motsetning til en handelsbedrift med jevn omsetning og stabil kostnadsstruktur, vil måtte ha en større buffer i egenkapitalen til å dekke uforutsette kostnader/tap. I vurderingen av begrepet forsvarlig egenkapital skal det også tas hensyn til omfanget av virksomheten. Ved en utvidelse av virksomheten, ekspansjon, blir det da spørsmål om denne kan finansieres med fremmedkapital eller om egenkapitalen må økes. En ekspansjon vil i mange tilfeller måtte suppleres med egenkapitaltilførsel. Om bedriften er i en startfase eller har eksistert i noen år og er kommet i en stabil driftsfase, vil også ha betydning.

Lovens ordlyd kan tyde på at det kun er selskapets egenkapital som skal vurderes i

forhold til forsvarlighetskravet. Dette blir for snevert. Av forarbeidene fremgår det at selskapets samlede kapitalgrunnlag må inngå i den helhetsvurderingen som skal foretas. Ansvarlig lånekapital kan således kompensere for en ellers lav egenkapital, selv om ansvarlig lånekapital vanligvis må anses som fremmedkapital. Dette fremgår også av «Kongeparkdommen», Rt. 1996 s. 672. Det er trolig også relevant å ta hensyn til om virksomheten blir finansiert av aksjonær, eller kan forvente tilførsel av kapital fra noen annen ved betydelig kapitaltap, f.eks. et solid morselskap.

Aksjeloven sier ikke noe om hvilke forutsetninger som skal legges til grunn når styret skal vurdere verdiene på eiendeler og gjeld i forbindelse med vurderingen av forsvarlig egenkapital. I forarbeidene til aksjeloven uttaler Justisdepartementet at det er «klart at kravet til forsvarlig egenkapital skal vurderes ut fra en forutsetning om fortsatt drift». Dersom det måtte fremstå som mest sannsynlig at virksomheten vil bli avvirket, må verdien i en avviklings-situasjon legges til grunn.

Forsvarlighetsvurderingen må knyttes til situasjonen på vurderingstidspunktet, dog slik at vurderingen ikke kan være helt statisk. I vurderingen av den fremtidige utviklingen vil det være nærliggende å ta utgangspunkt i den beskrevne utviklingen som måtte være nedfelt i strategi- og budsjettokumenter. I hvor stor grad det kan tas hensyn til uforutsette begivenheter, må konkret bero på virksomhetens art og risiko forbundet med virksomheten.

## Styrets handleplikt

Aksjeloven § 3–5 sier: «Hvis det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut

fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, skal styret straks behandle saken. Det samme gjelder hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3–4, skal styret på generalforsamlingen foreslå tiltak for å rette på dette.

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

Som nevnt innledningsvis er fokus for denne artikkelen bestemmelsens 1. ledd 2. pkt., dvs. når selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Også i disse tilfellene skal den reelle egenkapitalen og ikke den bokførte egenkapitalen legges til grunn. Det innebærer at styret må ta hensyn til eventuelle merverdier og ikke-bokførte forpliktelser. Dersom selskapets reelle egenkapital er lavere enn halvparten av aksjekapitalen, kan styret ikke utsette innkalling av generalforsamlingen under henvisning til at egenkapitalen likevel er forsvarlig. Det er altså ikke rom for å foreta en helhetsvurdering av om selskapets kapitalgrunnlag fremstår som forsvarlig når mer enn halve aksjekapitalen er tapt. Styret har også begrensede muligheter til å iverksette tiltak som endrer forholdet mellom egenkapital og aksjekapital.

I sin redegjørelse for generalforsamlingen kan nok styret bygge på en helhetsvurdering, jf. kommentarutgaven til aksjeloven s. 187. Dersom styret skulle være av den oppfatningen at virksomheten har en forsvarlig egenkapital, er det ikke nødvendig å foreslå å endre på forholdet mellom egenkapital og aksjekapital overfor generalforsamlingen. Formålet med de tiltakene som styret foreslår skal selvsagt være å gi foretaket en forsvarlig egenkapital.

### **Plikten til å innkalle til generalforsamling innen rimelig tid**

At generalforsamlingen må innkalles «innen rimelig tid» innebærer at styret i noen grad kan se an situasjonen. Fristen for å innkalle løper fra tidspunktet «det må antas» at selskapets egenkapital er blitt lavere enn halve aksjekapitalen og den slutter å løpe når generalforsamlingen har blitt innkalt. Etter forarbeidene vil det

bero på omstendighetene hva som er rimelig tid, f.eks. om selskapet er i en oppstartsfase. Selskaper i oppstartsfasen må nok innkalle generalforsamlingen ganske raskt ettersom de er spesielt utsatt for konkurs.

Når generalforsamlingen blir innkalt, skal styret gi en redegjørelse «for selskapets økonomiske stilling». Lovforarbeidene utdyper dette med å si at redegjørelsen blant annet skal gi informasjon om «årsakene til underskuddet og om fremtidsutsiktene». For at generalforsamlingen skal få et grunnlag for sin vurdering av ulike tiltak, må redegjørelsen være grundig, angi mulige tiltak og virkningen av disse mv.

### **Plikten til å foreslå selskapet oppløst**

Asl. § 3–5 2. ledd innebærer at styret plikter å foreslå selskapet oppløst i to forskjellige situasjoner. Dersom det ikke er grunnlag for å foreslå tiltak overfor generalforsamlingen for å gjenopprette forsvarlig egenkapital, må styret foreslå selskapet oppløst. Innkalling av generalforsamlingen må likevel skje.

I det andre tilfellet må styret foreslå selskapet oppløst om tiltakene for å gjenopprette forsvarlig egenkapital ikke lar seg gjennomføre. Generalforsamlingen har kanskje nedstemt styrets forslag til tiltak, og andre tiltak er etter styrets skjønn ikke realistiske.

### **Plikten til å begjære oppbud**

Hensikten med regelen om styrets handleplikt er å redde selskapet eller å redusere tapet for eierne og kreditorfellesskapet. Plikten for styret til å iverksette tiltak, handleplikten, inntreer tidligere enn plikten til å begjære oppbud etter straffelovgivningen. Ifølge straffelovgivningen kan styret ha en straffesanksjonert plikt til å begjære oppbud etter konkurslovens regler om selskapet klart går med tap og skyldneren må innse at han ikke vil kunne gi fordringshaverne oppgjør innen rimelig tid.

### **Praktiske eksempler**

#### *1) Tapt bokført egenkapital, men merverdier i eiendeler*

Et aksjeselskap har en aksjekapital på kr 1 000 000 og et udekket tap på kr 1 200 000. Hele den bokførte aksjekapitalen er således tapt. Imidlertid er det merverdier i selskapets eiendeler på kr 800 000.

Ved første øyekast kan det synes som om handleplikt etter asl. § 3–5 2. pkt. forelig-



*FORSVARLIG EGENKAPITAL: For å avgjøre om selskapet har en forsvarlig egenkapital må det gjøres en samlet vurdering av selskapets kapitalgrunnlag og økonomiske stilling.*

ger. Imidlertid er den reelle egenkapitalen i selskapet slik at aksjekapitalen kun er redusert med kr 400 000 (kr 1 200 000 minus kr 800 000). Det foreligger således ingen handleplikt etter asl. § 3–5 2. pkt.

Styret må likevel vurdere om selskapets egenkapital og likviditet er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten iht. asl. § 3–5 1. pkt.

#### *2) Tapt bokført egenkapital, men ansvarlig lån fra aksjonærene*

Et aksjeselskap har en aksjekapital på kr 1 000 000 og et udekket tap på kr 1 200 000. Hele den bokførte aksjekapitalen er således tapt. Det er ingen merverdier i selskapets eiendeler, men aksjonærene har ytt selskapet et ansvarlig lån på kr 2 000 000.

I dette tilfellet er styret forpliktet til å innkalle generalforsamlingen etter asl. § 3–5 1. ledd 2. pkt. I styrets redegjørelse blir det helt sentralt hvorvidt styret kan anse egenkapitalforholdet som forsvarlig hensett til det ansvarlige lånet. Et ansvarlig lån kan

# Revisjon

tilsi at selskapets likviditet og økonomiske stilling for øvrig anses forsvarlig.

### 3) *Tapt bokført egenkapital, men iverksatt kostnadskutt*

Et aksjeselskap har en aksjekapital på kr 1 000 000 og et udekket tap på kr 1 200 000. Hele den bokførte aksjekapitalen er således tapt. Det er ingen merverdier i selskapets eiendeler, men styret har iverksatt en rekke kostnadskutt som de forventer vil bidra til å gjenvinne den tapte aksjekapitalen. Selskapet har gått med underskudd de siste to årene, men budsjettet for neste år viser overskudd.

I dette tilfellet vil styret måtte innkalle generalforsamlingen etter asl. § 3–5 1. ledd 2. pkt. Styret må i sin redegjørelse vurdere situasjonen meget nøye, bl.a. hensett til straffelovens § 407 om drift for kreditors regning. Etter vår vurdering vil det måtte anses som uforsvarlig å avvente virkningen av tiltakene da disse i realiteten er en strategi om å gjenvinne egenkapitalen ved fortsatt drift på kreditors regning. Styret må derfor foreslå tiltak for å gjenopprette egenkapitalen for å oppfylle sin handleplikt.

### 4) *Tapt bokført egenkapital, men uttalte intensjoner fra aksjonærene om å støtte videre drift*

Et aksjeselskap har en aksjekapital på kr 1 000 000 og et udekket tap på kr 1 200 000. Hele den bokførte aksjekapitalen er således tapt. Det er ingen merverdier i selskapets eiendeler, men styret skriver i sin årsberetning at det er eiernes intensjon å støtte videre drift.

I dette tilfellet vil styret måtte innkalle generalforsamlingen etter asl. § 3–5 1. ledd 2. pkt. Etter vår vurdering vil ikke uttalte intensjoner fra selskapets aksjonærer om å støtte videre drift være tilstrekkelig. Styret må her foreslå tiltak for å gjenopprette egenkapitalen eller innhente en formell garanti fra eierne for den videre drift.

### 5) *Tapt bokført egenkapital, men først i perioden etter balansedagen*

Et aksjeselskap har en aksjekapital på kr 1 000 000. Selskapet har gått med overskudd i mange år og delt ut årsresultatene fortløpende som utbytte. I siste regnskapsår har markedsforholdene endret seg og årsregnskapet gjøres opp med underskudd og udekket tap på kr 200 000. I perioden frem til årsregnskapet avlegges forverres markedsforholdene og selskapet

pådrar seg et tap i perioden på kr 500 000. Dette til tross for at det er budsjettert med overskudd. Det er ingen merverdier i selskapets eiendeler.

I dette tilfellet vil mindre enn halvparten av selskapets aksjekapital vært tapt i selve årsregnskapet, mens mer enn halvparten vil være tapt på tidspunktet for avleggelse av årsregnskapet. Styrets handleplikt er ikke knyttet opp mot selve årsregnskapet, men er et løpende ansvar. Følgelig vil styret ha plikt til å innkalle generalforsamlingen etter asl. § 3–5 1. ledd 2. pkt.

For at en lav egenkapital skal kunne anses som forsvarlig, må selskapets virksomhet utvikle seg i samsvar med de planene og budsjettene som er lagt opp med tanke på en sunn økonomisk utvikling i selskapet. Selskapet har her pådratt seg tap til tross for at budsjettet viser overskudd. Kapitalforhøyelse kan således være påkrevd for at selskapet igjen skal få en forsvarlig egenkapital.

### 6) *Stiftelse av aksjeselskap med lovens minimumskrav til aksjekapital*

I mange tilfeller vil en aksjekapital på kr 30 000 uten overkurs ikke kunne anses som «forsvarlig egenkapital» i nystiftede aksjeselskaper. Dette fordi etableringskostnader og driftskostnader i en oppstartsperiode med lave inntekter vil kunne medføre drift på kreditors regning.

Etter vår vurdering har styret en plikt til å påse at det blir skutt inn så mye kapital ved stiftelsen av selskapet at egenkapitalen etter en periode med underskudd fortsatt vil være høyere enn halve aksjekapitalen. Alternativt må det gjennomføres kapitalutvidelser suksessivt etter hvert som kapitalbehovet oppstår.

## Revisors oppfølging

Spørsmålet om forsvarlig egenkapital er meget viktig for å kunne vurdere forutsetningen om fortsatt drift. På alle revisjonsoppdrag bør revisor derfor ha en dialog med styret for å få innsikt i dets vurdering av egenkapitalbehovet sett opp mot risikoen ved og omfanget av virksomheten. Dersom det begynner å gå dårligere for selskapet, stilles det høye krav til aktsomhet fra revisors side. Innsikten i styrets tidligere vurdering av forsvarlig egenkapital vil således være en viktig referanseramme for å vurdere når styrets handleplikt faktisk inntreffer.

Vi mener at revisor med sin solide kunnskap om lover og regler har en viktig rolle med å bevisstgjøre styret om dets ansvar, og følge opp at det faktisk handler iht. asl. § 3–5, når handleplikten inntreffer. Dog må revisor være varsom slik at han ikke involverer seg for mye. En revisor som sammen med styret har utarbeidet en vurdering av «forsvarlig egenkapital», kan vanskelig sies å være objektiv når han senere skal revidere den samme vurderingen.

Som en del av revisjonen må revisor med profesjonell skepsis vurdere realismen i de tiltakene styret foreslår og iverksetter, samt hvorvidt tiltakene er tilstrekkelige til at handleplikten kan anses oppfylt. Styrets vurdering bør være grundig dokumentert. At styret ikke oppfyller handleplikten, må anses å utgjøre et vesentlig lovbrudd. Følgelig må revisor gjøre merknad om forholdet i revisjonsberetningen og vurdere betydningen for konklusjonen om fortsatt drift. Videre må revisor ta opp forholdet i nummerert brev. I det nummererte brevet er det viktig at revisor gir selskapet en klar frist for å innrette seg etter lovens krav og samtidig varsler at man må vurdere å fratse revisjonsoppdraget dersom så ikke skjer. Dersom styret ikke iverksetter tiltak for å rette på foretakets egenkapitalsituasjon, har revisor iht. revisorloven § 7–1 1. ledd plikt til å si fra seg revisjonsoppdraget uten ugrunnet opphold.

I og med at styrets handleplikt er løpende og forutsetningen om fortsatt drift vurderes av styret på tidspunktet for dets behandling av årsregnskapet, er det viktig at revisor planlegger og gjennomfører revisjonshandlinger iht. ISA 560 *Hendelser etter balansedagen*.

Revisors oppfølging avsluttes ikke når revisjonsberetningen avgis. Tidlig påfølgende høst, når revisor foretar sin fortsettelsesvurdering, må han rette særlig oppmerksomhet mot de revisjonsoppdragene hvor det er avgitt en revisjonsberetning som avviker fra normalberetningen og/eller hvor det er sendt nummerert brev. Det er viktig at vurderingen og oppfølgingen av disse forholdene dokumenteres grundig, samt at revisor faktisk sier fra seg revisjonsoppdrag i de tilfeller der han er pliktig til det iht. revisorloven.