

Selskapets avtaler med aksjeeier m.v.

Kandidatnummer: 662

Leveringsfrist: 25. november 2008

Til sammen 17 040 ord

19.12.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	2
<u>2</u>	<u>AKSJELOVENE §§ 3-8: HISTORIE OG HENSYN</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>AKSJELOVENE §§ 3-6 OG 8-7FLG. – BEGRUNNET I NOEN AV DE SAMME HENSYNENE SOM AKSJELOVENE § 3-8</u>	<u>8</u>
3.1	Aksjelovene § 3-6: Utdeling fra selskapet	8
3.1.1	Enhver overføring av verdier	8
3.1.2	Virkelig verdi på dagen for overføringen	12
3.1.3	Forholdet til aksjelovene § 3-8	13
3.2	Aksjelovene §§ 8-7 til 8-9: Kreditt og sikkerhetsstillelse	17
3.2.1	Kreditt og sikkerhetsstillelse	18
3.2.2	Innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking	19
3.2.3	Unntak	22
3.2.4	Ansvarlig selskapsorgan	22
3.2.5	Forholdet til aksjelovene § 3-8	23
<u>4</u>	<u>AKSJELOVENE § 3-8: AVTALER MED AKSJEEIERE ELLER MEDLEMMER AV SELSKAPETS LEDELSE MV.</u>	<u>26</u>
4.1	Vilkårene for at § 3-8 skal få anvendelse	26
4.1.1	En avtale	26
4.1.2	Ytelse fra selskapet over en viss størrelse	26
4.1.3	Avtale med nærmere bestemte personer	28
4.1.4	Særlig om anvendelsen på lån og garantier	34

4.2	Saksbehandlingsreglene i § 3-8	39
4.3	Unntak	42
4.3.1	Avtale inngått i samsvar med reglene om særskilte rettigheter og tingsinnskudd ved stiftelse eller kapitalforhøyelse	42
4.3.2	Avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder, styremedlemmer, varamedlemmer og observatører og erklæring etter asal. § 6-16a	43
4.3.3	Avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering	44
4.3.4	Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler	46
4.3.5	Avtale der selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner, og som er godkjent av styret (kun for aksjeselskaper)	51
4.3.6	Unntaket for avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet m.v. i forhold til lån og garantier ⁵¹	
4.4	Følger ved brudd på saksbehandlingsreglene	55
4.4.1	Følger ved brudd i forhold til lån og garantier	61
5	<u>REGISTRE</u>	63
5.1	Litteraturliste	63
5.2	Lover, direktiver m.v.	64
5.3	Domsregister	65
5.4	Forarbeider og tolkingsuttalelser m.v.	66

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

På grunn av regelen om begrenset ansvar for deltakerne i aksjeselskaper¹ og allmennaksjeselskaper², inneholder aksjelovene³ en rekke regler som blant annet skal hindre ”tapping av selskapet”. Reglernes formål er å beskytte selskapskapitalen.

Blant disse finner man asl./asal. § 3-8.

Bestemmelsen⁴ oppstiller krav til saksbehandlingen⁵ ved selskapets inngåelse av visse avtaler med aksjeeiere eller medlemmer av selskapets ledelse m.v.

Tema for oppgaven er en fremstilling av denne bestemmelsen, og en drøftelse av enkelte av de sentrale problemstillinger denne reiser. Særlig problemstillinger knyttet til bestemmelsens anvendelse på kreditt og sikkerhetsstillelse.

¹ Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr.44 §1-1(2) (aksjeloven/asl.)

² Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr.45 §1-1(2) (allmennaksjeloven/asal.)

³ Aksjeloven og allmennaksjeloven vil heretter omtales som aksjelovene eller asl./asal der det er samsvar mellom lovene. Ulikheter mellom lovene vil presiseres.

⁴ Asl. §3-8 og asal. §3-8 vil omtales som en bestemmelse.

⁵ Bråthen(2007) s.81-82: Diskuterer hvorvidt asl.§3-8 oppstiller innholdsmessige krav til avtalen, men kommer til at dette ikke er tilfelle.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Asl./asal. § 3-8 er som nevnt en saksbehandlingsregel, som oppstiller prosessuelle krav ved inngåelsen av avtaler mellom selskapet og en rekke personer, juridiske og fysiske. Felles for disse personene og rettssubjektene er at de er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets.⁶

Bestemmelsens virkeområde begrenses saklig ved at det bare er avtaler som innebærer en ytelse fra aksjeselskapet/allmennaksjeselskapet som har en virkelig verdi på mer enn henholdsvis 10 % og 5 %⁷ av aksjekapitalen, som omfattes.

I korte trekk går kravene til saksbehandling ut på at styret må utarbeide en redegjørelse for avtalen, som også skal inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta. Redegjørelsen må bekreftes av revisor, og uten opphold meldes til Foretaksregisteret.

Det skal deretter innkalles til generalforsamling, der redegjørelsen vedlegges innkallingen. Asl./asal. § 3-8 krever generalforsamlingens godkjenning.

I det følgende vil jeg avgrense mot en drøfting av saksbehandlingen, og kun gi en kort oversikt der jeg også vil trekke frem enkelte spørsmål i forhold til lån og garantier.

Jeg vil også avgrense mot selskapers avtaler med styremedlem og daglig leder m.v.⁸

⁶ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.42

⁷ 10% for aksjeselskaper, 5% for allmennaksjeselskaper, jf. asl./asal. §3-8(1) første punktum.

⁸ Styremedlem og daglig leder omfattes av asl./asal. §3-8(1) første punktum. Jeg avgrenser også mot styremedlems og daglig leders nærstående, og mot andre som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med disse, jf. §3-8(4).

I den senere tid har det blitt stilt spørsmål ved bestemmelsens anvendelse på kreditt og sikkerhetsstillelse. Problemstillingene er svært aktuelle, og godt egnet til å belyse de avgrensings- og anvendelsesspørsmål bestemmelsen reiser i praksis. Jeg vil derfor vie drøftelser av disse problemstillingene særlig plass.

Kritiske røster har hevdet at asl./asal. §§ 3-8 er for inngripende, lite praktisk, dårlig utformet og til dels overflødig ved siden av andre bestemmelser i aksjelovgivningen.⁹

Et illustrerende eksempel har man der et morselskap og et datterselskap ønsker å inngå en avtale. Som jeg skal komme tilbake til kreves det kun godkjenning på generalforsamlingen i datterselskapet i et slikt tilfelle. Fordi morselskapet normalt vil ha flertall på generalforsamlingen i datterselskapet, vil morselskapet og datterselskapet i realiteten kunne disponere som de vil, uten hinder av § 3-8.

Andre bestemmelser i aksjeloven vil etter omstendighetene også få anvendelse på slike avtaler; eksempelvis utdelingsreglene i asl./asal. § 3-6. Det har derfor vært hevdet at § 3-8 har liten selvstendig betydning.¹⁰

På grunn av kritikken, er det særlig interessant å vurdere om aksjelovene § 3-8 ivaretar hensynene bak bestemmelsene, og om det er andre bestemmelser som i tilstrekkelig grad ivaretar de samme hensynene.

I det følgende vil jeg benytte begrepet selskapet om "selskapet" etter § 3-8 (1) første punktum, og begrepet aksjeeier m.v. om det selskapet eller den personen som er "aksjeeier" m.v. i "selskapet".

⁹ Høringsuttalelser gjengitt i Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.41-44 og Perland(2004) s.5-7.

¹⁰ Perland(2004) s.5-7

2 Aksjelovene §§ 3-8: Historie og hensyn

Asl./asal. § 3-8 er en videreføring av § 2-9a i aksjeloven av 1976.¹¹

Asl. 1976 § 2-9a bygget på EUs annet selskapsdirektiv¹² artikkel 11, og hadde primært som formål å hindre omgåelse av de strenge reglene om vurdering og kontroll av eiendeler som skytes inn som aksjekapital eller overtas på annen måte ved stiftelsen av selskapet,¹³ dvs. såkalt ”etterstiftelse”.

EUs annet selskapsdirektiv lyder:

1. Selskapets erverv av aktiva tilhørende en person eller et selskap som nevnt i artikkel 3 bokstav i)¹⁴ mot et vederlag som minst utgjør en tiendedel av den tegnede kapital, skal kontrolleres og offentliggjøres etter reglene i artikkel 10 og skal godkjennes av generalforsamlingen når ervervet finner sted før utløpet av en tidsfrist som er fastsatt i nasjonal lovgivning og som minst må være to år regnet fra tidspunktet for selskapets stiftelse eller fra tidspunktet da tillatelse til å begynne virksomhet ble gitt.

Medlemsstatene kan også kreve at disse bestemmelsene skal anvendes når aktivaene tilhører en aksjeeier eller en annen person.

2. Nr. 1 skal ikke gjelde erverv som inngår som ledd i selskapets vanlige virksomhet, erverv gjort på foranledning eller under kontroll av et forvaltningsorgan eller rettslig myndighet eller erverv på børs.

¹¹ Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr.59 (Opphevet)

¹² 77/91/EØF

¹³ NOU1992:29 s.80

¹⁴ EUs annet selskapsdirektiv artikkel 3 bokstav i omfatter fysiske personer, juridiske personer eller selskaper som har undertegnet vedtektene eller utkast til disse, stiftelsesdokumentet eller utkast til dette, eller i hvis navn dette har skjedd.

Man så ingen grunn til at avtaler om erverv av eiendeler m.v. fra en aksjeeier som finner sted i et tidsrom like etter stiftelsen, ikke skulle være undergitt samme form for kontroll som i tilfeller hvor ervervet skjer i direkte forbindelse med stiftelsen.¹⁵

Aksjeloven 1976 § 2-9a var, som EUs annet selskapsdirektiv, begrenset til å gjelde i to år fra stiftelsestidspunktet, og gjaldt bare allmennaksjeselskaper.

Bestemmelsens virkeområde er senere blitt utvidet.

Fra vedtakelsen av de nye aksjeloventene, gjelder bestemmelsen også i aksjeselskaper. Ved utredningen av ny aksjelov fant lovutvalget at de hensyn regelen skal ivareta også gjør seg gjeldende for disse selskapene, særlig med tanke på at det ofte er et nært forhold mellom selskapet og aksjeeierne.¹⁶

Utvalget fant også at slike avtaler som omfattes av asl. 1976 § 2-9a, nå asl. § 3-8, ”reiser (...) særlige spørsmål uten hensyn til på hvilket tidspunkt de inngås”. Og at slike avtaler kan ”utgjøre enten et brudd på likhetsprinsippet i aksjeretten eller en skjult uthuling av selskapets kapitalgrunnlag til skade for kreditorene”.¹⁷

Man anså med andre ord bestemmelsen egnet til å ivareta et bredere sett av hensyn enn det som opprinnelig hadde vært hensikten med bestemmelsen. Departementet, som sa seg enig med Aksjelovutvalget, la vekt på at regelen ville ”hindre tapping av selskapet og liknende”.¹⁸ Tidsbegrensningen på to år ble derfor ikke videreført.

¹⁵ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s.170

¹⁶ NOU1996:3 s.149

¹⁷ NOU1996:3 s.50

¹⁸ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.45

Til tross for kritikken som har blitt rettet mot bestemmelsen,¹⁹ også ved etterkontrollen av aksjelovene i 2006²⁰, har departementet ikke gått tilbake til en tidsbegrensning av bestemmelsen. Dette selv om land det er naturlig å sammenligne seg med, som Sverige og Danmark, har valgt å ha en tidsbegrensning på to år for sine tilsvarende bestemmelser.²¹ Disse landenes regulering ligger dermed mye nærmere opp til EU-direktivet.²²

I Sverige endret de også tilsvarende bestemmelse i 2007, til bare å gjelde for allmennaksjeselskap.²³ Blant annet ble dette begrunnet med at det allikevel var lett å omgå reglene, at regler om verdioverføring (utdeling) og likebehandling av aksjeeierne var mer effektive virkemidler for beskyttelse av selskapskapitalen, og at loven med dette ville bli mer i overensstemmelse med aksjeselskapenes egen praksis.²⁴

I Norge besvares kritikken med blant annet behov for åpenhet. Det er ”viktig å sikre åpenhet om kontrakter hvor det kan være grunn til å frykte at partene kan ha noe å skjule”. Man frykter at avtalemotpartens nærhet til selskapet innebærer ”en fare for at avtalen får et innhold som stemmer mer med aksjeeierens enn selskapets interesser”.²⁵

Bestemmelsen ble faktisk ytterligere utvidet ved etterkontrollen av aksjelovgivningen, ved at anvendelsesområdet for asl./asal. § 3-8 ble utvidet til ikke bare å omfatte avtaler mellom selskapet og en aksjeeier, men til også å omfatte avtaler mellom selskapet og

¹⁹ Se pkt.1.2

²⁰ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.43-45

²¹ Aktiebolagslagen 2:9a§ (Sverige) og Aktieselskabsloven §6c (Danmark)

²² 77/91/EØF art. 11

²³ Lovendring ved Lag 2007:566

²⁴ Prop.2004/05:85 s.245-246 hvor det uttales: "Mot denna bakgrund och med beaktande av de olägenheter som bestämmelserna kan föranleda för seriösa företag föreslår vi att bestämmelserna om uppskjuten apport i fortsättningen skall omfatta endast de publika aktiebolagen."

²⁵ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.45

styremedlemmer eller daglig leder. Lovgiver mente at også disse er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets.²⁶

Man utvidet også bestemmelsen til å omfatte ”avtaler” generelt, og ikke bare når selskapet inngikk ”avtale om erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser fra en aksjeeier”. Etter dette gjelder bestemmelsen også for de tilfeller der selskapet skal motta penger som vederlag.²⁷

Riktignok tok man inn en terskel for når bestemmelsen skulle få anvendelse for et aksjeselskaps²⁸ avtaler, slik at avtaler som innebærer en ytelse fra aksjeselskapet på under 50 000 kroner ikke omfattes. Lovgiver mente det ville være unødig omstendelig og kostbart å kreve generalforsamlingsbeslutning og redegjørelse etter § 2-6 hvor vederlaget ikke overstiger en slik sum.²⁹ I tillegg endret man bestemmelsen slik at saksbehandlingsreglene ikke lenger gjelder for et morselskap som inngår avtale med sitt datterselskap.³⁰

Overføringer nedover i et konsern er ikke like problemfylte som økonomiske overføringer oppover, siden det er faren for ulovlige utdelinger til eierne som i alminnelighet er bakgrunnen for reguleringer av denne typen.³¹

²⁶ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.46

²⁷ Det var usikkert om avtaler der selskapet ytet penger var omfattet etter tidligere lov. Justisdepartementets lovavdeling vurderte det slik at tilfeller hvor selskapet overdrar naturalytelser mot vederlag i penger ikke var omfattet. Lovavdelingen mente riktignok at hensynet bak bestemmelsen talte for den motsatte løsningen, men at konsekvensene av brudd tilsa klarere rettskildemessige holdepunkter dersom man skulle tolke bestemmelsen slik. Jf. JDLOV-2001-7116.

²⁸ Ikke tilsvarende terskel for allmennaksjeselskaper.

²⁹ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.47

³⁰ Asl./asal. §3-8 gjelder for datterselskapet som inngår avtale med sitt morselskap. Se allikevel drøftelsen i pkt. 4.1.3 av om datterselskapet er bestemorselskapets nærstående, slik at morselskapet allikevel må følge saksbehandlingsreglene i § 3-8 ved avtale med datter.

³¹ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.47

Endringene har imidlertid medført at flere avtaler faller inn under bestemmelsens virkeområde enn tidligere. Og bestemmelsen går i dag lenger enn det som er nødvendig etter EUs annet selskapsdirektiv.

Det foreligger ikke mye praksis rundt § 3-8. Man må derfor i betydelig grad ta utgangspunkt i det som følger av bestemmelsen selv, hensynene den er satt til å beskytte, forarbeider, teori m.v.

3 Aksjelovene §§ 3-6 og 8-7flg. – begrunnet i noen av de samme hensynene som aksjelovene § 3-8

3.1 Aksjelovene § 3-6: Utdeling fra selskapet

Utdeling fra selskapet kan bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper og tilbakebetaling etter oppløsning, jf. asl./asal. § 3-6 (1). Som utdeling regnes ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer en aksjeeier til gode”, jf. § 3-6 (2).

3.1.1 Enhver overføring av verdier

En naturlig forståelse av ”enhver overføring av verdier”, er at all forflytting av verdier fra selskapet til aksjeeieren, uansett form, omfattes. Som et eksempel vil ikke et delvis vederlag frata disposisjonen karakter av å være en utdeling.³² Det vil bare gjøre størrelsen på utdelingen mindre. I ordlyden ”verdier” ligger en forutsetning om at det skjer en berikelse av aksjeeieren.

³² Andenæs s.435

Følgelig vil en overføring, enten den består i penger eller realverdier, og enten den bygger på avtale, en ensidig ettergivelse, en overtagelse av gjeldsforpliktelse eller annet, være uten betydning for om den regnes som en utdeling etter asl./asal. § 3-6.³³

Det vil derfor kunne regnes som en utdeling hvis selskapet belastes for utgifter som ikke er dets egne. Også dersom tredjemann yter vederlag til en aksjeeier, for noe selskapet har ytet vil dette reelt sett være en utdeling fra selskapet. Man kommer ikke utenom reglene bare ved å gå utenom selskapet.³⁴

At det heller ikke nødvendigvis hjelper å gå utenom aksjeeieren presiseres ved at også verdioverføringer som kommer en aksjeeier ”indirekte til gode” omfattes av utdelingsbegrepet, jf. asl./asal. § 3-6 (2). Her vil overføringer til nærstående, jf. asl./asal. § 1-5 stå i en særlig utsatt posisjon. Men denne definisjonen setter på ingen måte noen grense for hvem som kan omfattes, da vurderingen etter § 3-6 (2) er konkret.

Det har ikke betydning om det dreier seg om overføring til én, flere eller alle aksjeeiere.³⁵

Aksjeloven inneholder imidlertid ingen definisjon av selve begrepet ”aksjeeier”. Asl./asal. § 4-2 (1) første punktum sier riktignok at erververen av en aksje bare kan utøve de rettigheter som tilkommer en aksjeeier når ervervet er innført i aksjeeierboken/aksjeeierregisteret m.v. Men dette gjelder kun de organisatoriske rettighetene (som stemmerett o.l.),³⁶ og ikke utdeling, jf. § 4-2 (1) annet punktum. For utbytte gjelder regelen om at utbytte tilfaller de aksjeeiere som ”er aksjeeiere på det

³³ l.c.

³⁴ Imidlertid antatt at en ytelse via et datterselskap til morselskapets aksjeeiere eller til søsterselskap må anses som utdeling fra datterselskapet, og ikke fra morselskapet, jf. Aarbakke m.fl. s.195 og Andenæs s.439

³⁵ l.c.

³⁶ Rettsdata(v/Bråten) note358 til asl./asal. §4-2 og Aarbakke m.fl. s.228

tidspunktet beslutningen treffes”, jf. asl./asal. § 8-3. Altså ingen formelle krav lik de som følger av § 4-2 (1).

Normalt vil det være naturlig å anse noen som aksjeeier idet det kontraktsrettslige ervervet er gjennomført,³⁷ slik at avgjørelsen av om noen er aksjeeiere beror på en vanlig tolkning av overføringsdisposisjonen.³⁸ På den annen side må man være forsiktig med å gi en slik klassifikasjon generell betydning, da praksis viser at dette ikke alltid er avgjørende.³⁹ Det må vurderes konkret hvorvidt erverver har de aktuelle rettigheter og/eller plikter.⁴⁰

Hvem som mottar utbyttet kan i seg selv være av betydning for hvem som skal anses som aksjeeier, da utbytteretten er et sentralt element i en aksjonærposisjon og således sier noe om eierforholdet til aksjene. Dette ble lagt til grunn i skattesak, hvor spørsmålet om en overdragelse av aksjer var proforma, jf. Rt-2001-187. Selv om litt andre hensyn gjør seg gjeldende ved skattespørsmål, bør nok et selskap som inngår en avtale, som kan innebære en verdioverføring, med en som har vært aksjonær eller som er i ferd med å bli aksjonær være oppmerksom på dette.

³⁷ Matre s.404

³⁸ Rettsdata(v/Bråthen) note365 til asl./asal. §4-2 og indirekte Andenæs s.160

³⁹ Jf. Rt-1995-1026 og Rt-2001-187 om kravet om ”utdeling på aksjer” – se under.

⁴⁰ Jf. Rt-2000-1792(Montel): Dommen gjaldt spørsmålet om en aksjeeier som hadde fått aksjene sine bortskrevet ved nedskrivning av aksjekapitalen kunne reise søksmål om granskning etter aksjeloven § 5-22, jf. §§ 5-22flg., for å få vedtaket kjent ugyldig. Denne muligheten tilkommer normalt en som er ”aksjeeier”. Høyesterett kom til at behovet for å gi minoritetsaksjonærene et effektivt vern tilsa at en utvidet tolkning. Dette gjaldt imidlertid en organisatorisk rettighet og nedskrivning av aksjekapitalen, slik at er vanskelig å utlede hva løsningen ville vært ved en økonomisk rettighet, som utbytte, ved overdragelse. Dommen viser imidlertid at avgjørelsen av om noen er ”aksjonær” må være konkret, i forhold til den enkelte bestemmelse og omstendighetene. I Rt-2004-1170(HRkj), som gjaldt spørsmålet om når en erverver av en aksje evt. kan tre inn i en granskingsbegjæring fremsatt av avhenderen, fremhevet kjæremålsutvalget at synspunktene i Rt-2000-1792 ikke gjør seg gjeldende på samme måte i en overdragelsessituasjon, men da pga at reglene i asl. § 4-2 kom til anvendelse.

Det følger av kjøpsloven⁴¹ § 80 at kjøperen av aksjer har rett på utbytte som ikke var forfalt før kjøpet, dersom ikke annet er avtalt, jf. kjøpsloven § 3.

I juridisk teori er det antatt at også ytelser til noen som i nær saklig tilknytning til utdelingen opphører å være aksjeeier eller blir aksjeeier, under visse omstendigheter, må anses å være utdeling i lovens forstand, ved en analogisk anvendelse av bestemmelsen.⁴² Andenæs formulerer dette som at mottakeren får ytelsen i egenskap av å være tidligere aksjeeier.⁴³

At det skjer en verdioverføring fra selskapet til aksjeeier er imidlertid ikke uten videre ensbetydende med at det skjer en ”utdeling” i lovens forstand. På tross av at ordlyden er ”enhver” overføring av verdier, må man innfortolke et krav om at verdioverføringen må være en ”utbetaling på aksjer”. Dette var en forutsetning etter aksjeloven 1976 § 12-4 første ledd; og selv om det ikke følger eksplisitt av dagens ordlyd, må det være klart at vilkåret fortsatt gjelder.⁴⁴

At det må dreie seg om en utdeling på aksjer, betyr at det må være en sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets ytelse. Det må sondres mellom ytelser som mottas som medkontrahent og i egenskap av å være aksjeeier.⁴⁵

I denne forbindelse er dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1026 (Sandakergården A/S) fremdeles av interesse. Saken gjaldt spørsmålet om en svært gunstig leiekontrakt kunne settes til side eller anses ugyldig, eventuelt revideres, etter selskapsrettslige eller avtalerettslige regler.

⁴¹ Lov om kjøp av 13.mai 1988 nr.27

⁴² Aarbakke m.fl. s.195, som viser til svenske høyesterettsdommer i NJA 1951s.6II, NJA1976s.618 og NJA1997s.418. Også i norsk rettspraksis (skattesaker) er tilsvarende lagt til grunn, jf. Rt-1994-912 og Rt-1995-638.

⁴³ Andenæs s.438

⁴⁴ Jf. Ot.prp.nr.23(1996-97) s.135 – ingen realitetsendring i ny lov. Se for øvrig Andenæs s.434 og Aarbakke m.fl. s.190.

⁴⁵ Aarbakke m.fl. s.195

Høyesterett fant at ”utbetaling på aksjer” i asl. 1976 § 12-4 første ledd måtte forstås slik at det kreves en sammenheng mellom ytelsen og aksjebesittelsen. Den økonomiske fordel leietakeren fikk på grunn av den gunstig leieavtalen, kunne ikke anses som utbytte, selv om leietaker var aksjeeier i selskapet som sto som utleier. Høyesterett mente at det ikke var sammenheng mellom den gunstige leieavtalen og aksjeeier-posisjonen. Aksjeeiers bror hadde rett til å innløse leietakers (aksjeeiers) aksje til et fiksert vederlag. At leietaker fremdeles sto som eier av én aksje, fremsto som en tilfeldighet. Utdelingsreglene kom dermed ikke til anvendelse. Leieavtalen ble imidlertid revidert etter asl. 1976 § 8-15, jf. § 8-14. Asl. § 8-14 tilsvarer dagens asl/asal. § 6-28, som bestemmer at styret og andre som representerer selskapet utad ikke må foreta noe "som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning”.

Det fremgår for øvrig av dommen at det må stilles strenge krav til sannsynliggjøringen av at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets ytelse, dersom det foreligger et misforhold mellom selskapets og en aksjeeiers ytelser.

En verdioverføring til en aksjeeier er altså ikke nok for at en disposisjon regnes som en utdeling. Må en aksjeeier i en gitt situasjon anses å være en alminnelig medkontrahent, kommer ikke asl./asal. § 3-6 til anvendelse på forholdet. Her vil allikevel asl./asal. § 3-8 kunne komme til anvendelse, da denne bestemmelsen ikke er begrenset på tilsvarende måte.

3.1.2 Virkelig verdi på dagen for overføringen

Ved vurderingen av om det har skjedd en overføring av verdier skal virkelig verdi på dagen for overføringen legges til grunn, jf. § 3-6 (2) annet punktum.

Dersom ytelsen består i en pengeoverføring, er det nokså greit å fastslå hva som er ytelsens virkelige verdi. I forhold til eventuell fremmed valuta, vil det være relativt enkelt å fastsette kursen.

At det er virkelig verdi på dagen for overføringen som skal legges til grunn, har større praktisk betydning der selskapet skal yte noe annet enn penger. Ved at bestemmelsen presiserer at det er den virkelige verdi som skal legges til grunn, vil idet være i strid med bestemmelsen å legge til grunn en underpris eller lignende ved vurderingen av om det er foretatt en utdeling.

Der loven setter beløpsmessige begrensninger for adgangen til utdeling fra selskapet, eksempelvis ved utbytte⁴⁶, er det imidlertid eiendelens balanseførte verdi som er bestemmende for om verdien ligger innenfor begrensningene, jf. asl./asal. § 3-6 (3).

Man må altså skille mellom vurderingen av om det foreligger en utdeling overhodet, og vurderingen av om en utdeling i form av eksempelvis utbytte, kapitalnedsetting eller fisjon ligger innenfor de lovbestemte rammer.⁴⁷

3.1.3 Forholdet til aksjelovene § 3-8

Asl./asal. § 3-8 gjelder ”avtale” som innebærer verdioverføring over en viss størrelse til en rekke personer (se pkt. 4.1.3), herunder aksjeeier og aksjeeiers morselskap mv.

Asl./asal. § 3-6 gjelder ”utdeling”, som er enhver verdioverføring, men bare utdeling til aksjeeier. Paragraf 3-6 gjelder imidlertid også overføringer som kommer aksjeeieren indirekte til gode, slik at en verdioverføring til aksjeeiers morselskap kan måtte sees som en utdeling til aksjeeier. Dette beror i så fall på en konkret vurdering (se pkt. 3.1.1).⁴⁸

⁴⁶ Jf. asl./asal. §§ 8-1flg.

⁴⁷ Se henholdsvis asl./asal. §§ 8-1,12-2(2) og 14-3(3)

⁴⁸ Verdioverføring til søsterselskap må etter omstendighetene anses som utdeling til morselskap (som er aksjonær), jf. Andenæs s.438. Mer tvilsomt om overføring til bestemor kan anses som en utdeling til morselskapet (aksjeeier). Morselskapet står her i et underordningsforhold til den som mottar ytelsen fra

I de tilfelle der en utdeling til en aksjeeier også er en avtale som omfattes av § 3-8 (1), oppstår spørsmålet om reglene skal virke parallelt, eller om en av bestemmelsene må vike. Videre oppstår spørsmålet om hvilke former for utdeling som må anses som "avtale" etter § 3-8 (1), slik at det første spørsmålet overhodet oppstår.

Utbytteregulene er de mest relevante i denne sammenheng, da dette regelsettet vil komme til anvendelse der man ikke har valgt å foreta en kapitalnedsetting, en fusjon eller en fisjon.⁴⁹ Jeg avgrensar derfor mot en nærmere redegjørelse for forholdet mellom asl./asal. § 3-8 og reglene om kapitalnedsetting, fusjon og fisjon.

Utbytte er en ensidig disposisjon fra selskapet side. Beslutning om utdeling av utbytte treffes av generalforsamlingen etter at styret har lagt frem forslag om dette, jf. asl./asal. § 8-2 1. pkt. Det er derfor ikke naturlig å omtale dette som en "avtale".

Man snakker imidlertid om skjult utbytte hvor det foreligger en *avtale* mellom partene, som innebærer en overføring av verdier fra selskapet til aksjeeier som ikke står i forhold til aksjeeierens motytelse, og reglene i §§ 3-6, jf. 8-1 flg. ikke er fulgt.⁵⁰ Det er ingen tvil om at skjult utbytte er å regne som ulovlig utdeling etter asl./asal. §§ 3-7, jf. 3-6. Et av formålene med asl./asal. § 3-8 er nettopp å sikre en saksbehandling som gir åpenhet og i størst mulig grad hindrer slike skjulte verdioverføringer. Derfor må det være klart at § 3-8 som utgangspunkt kommer til anvendelse på avtaler som etter en vurdering også kan være grunn til å anse som skjult utbytte, forutsatt at de andre vilkårene for anvendelse er oppfylt.

Forutsatt at man skulle komme til at avtale-begrepet i § 3-8 må tolkes slik at det også omfatter vanlig utbytte, oppstår spørsmålet om reglene for utdeling av utbytte skal gjelde

selskapet. Overføringen kommer defor ikke uten videre morselskapet "til gode". Dersom de samme personer er aksjeeiere i både bestemorselskapet og morselskapet, kan løsningen bli en annen.

⁴⁹ Jf. Aarbakke m.fl. s.191, jf.asl.1976 §12-4(1)

⁵⁰ Unntak for verdioverføring som ikke er "utdeling på aksjer", se pkt.3.1.1

parallelt med saksbehandlingsreglene i § 3-8. I forarbeidene til asl./asal. § 3-8 fremhever departementet at disse bestemmelsene har ulik funksjon, selv om de trekker i samme retning. Hovedpoenget med § 3-8 er ikke er å fastslå at disposisjonene er ulovlige, men å få avtalene frem i lyset.⁵¹ Dette kan tale for at lovgiver har forutsatt at bestemmelsene skal anvendes parallelt.

Både utbyttereguleringene i asl./asal. § 8-1 og saksbehandlingsreglene i § 3-8 krever vanlig flertall på generalforsamlingen. Asl./asal. § 3-8 inneholder i tillegg krav om redegjørelse for avtalen, som bekreftes av revisor, og oversendes Foretaksregisteret. Asl./asal. § 3-6, jf. §§ 8-1 flg. oppstiller ikke tilsvarende krav, og vil derfor ikke oppfylle hensynet til åpenhet like godt. Forslag om utbytte, og til en viss grad endringer i egenkapitalen, vil imidlertid offentliggjøres gjennom årsregnskapet, jf. regnskapsloven § 3-2.⁵² Selskapets kreditorer vil på denne måten få kjennskap til utdelingen, og i likhet med kravet om styremedlemmenes signatur på redegjørelsen etter § 3-8, kreves styremedlemmenes signatur på årsregnskapet, jf. regnskapsloven § 3-5.

De særlige krav til signert redegjørelse og erklæring etter asl. § 3-8 vil allikevel kunne sikre at styremedlemmene blir bevisst sitt ansvar for innholdet i den konkrete redegjørelsen.⁵³ Dette kan videre føre til en større tillitt til de avtaler selskapet inngår med aksjeeiere m.v. For allmennaksjeselskaper gjelder krav om at uavhengige sakkyndige skal utarbeide redegjørelsen. Lovgiver har derfor ikke tatt inn tilsvarende krav om styremedlemmers signatur. Som uavhengig sakkyndig skal selskapet benytte statsautorisert/registrert revisor. Disse vil ha et selvstendig ansvar for utarbeidelsen av redegjørelsen, jf. regnskapsloven kap. 5.

Ved verken utbytte eller skjult utbytte vil det imidlertid ikke være mulig å avgi en slik erklæring om samsvar mellom ytelsene som § 3-8 stiller krav om. Definisjonen på utdeling

⁵¹ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.45

⁵² Lov om årsregnskap m.v. av 17. juli 1998 nr.56

⁵³ Ot.prp.nr.55(2005-2006) pkt.13.1

er at det skjer en verdioverføring, og det vil ikke da samtidig kunne sies å være samsvar mellom verdien av det selskapet skal yte og verdien av det selskapet skal motta. Det har derfor vært hevdet at asl./asal. § 3-8 er begrenset til å gjelde de tilfelle der det er mulig å avgi en slik erklæring.⁵⁴ Etter min oppfatning taler gode grunner for en slik avgrensning av bestemmelsens anvendelsesområde i forhold til vanlig utbytte, det vil si der selskapet anvender reglene for utdeling av utbytte. Da det er antatt at det bare er manglende generalforsamlingsbeslutning som medfører ugyldighet,⁵⁵ kunne man tenkt seg en løsning hvor styret utarbeider en redegjørelse for avtalen etter § 3-8 uten en erklæring om at det er samsvar mellom ytelsene, hvoretter generalforsamlingen vedtar dette. Denne løsningen fremstår som kunstig.

De lege lata er det usikkert om reglene om utbytte, jf. §§ 8-1, jf. 3-6 og saksbehandlingsreglene i § 3-8 kommer til anvendelse parallelt. Lovgiver har i forarbeidene lagt vekt på at siktemålet med asl./asal. § 3-8 er å ”ramme avtaler som det også etter andre regelsett i aksjelovgivningen eller på annet grunnlag gjerne kan være grunn til å sørge for at blir undergitt en kritisk vurdering”.⁵⁶ Man bør derfor være forsiktig med å avgrense bestemmelsen for snevert. Det er allikevel forskjell på å avgrense regelen snevert og avgrense mot de tilfelle der regelen ikke passer.

Etter en avveining av de foreliggende rettskildene, der jeg særlig legger vekt på den praktiske anvendelsen av § 3-8, er det min mening at reglene om utbytte, jf. §§ 8-1, jf. 3-6, og saksbehandlingsreglene i § 3-8 ikke får anvendelse parallelt. Allikevel slik at § 3-8 vil være et effektivt preventivt middel mot skjulte utbytter. Der hvor styret ikke kan ”gå god for” at det er samsvar mellom selskapets og aksjeeierens m.v. ytelse, vil det være en verdioverføring som må skje i henhold til reglene om utdeling i § 3-6 m.v.⁵⁷ På denne

⁵⁴ Bråthen(2007) s.74

⁵⁵ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.48

⁵⁶ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.45

⁵⁷ En avtale som medfører en verdioverføring til selskapet, vil ikke være noe problem etter §3-8.

måten tvinges styret til å enten avgi en erklæring, eller gjennomføre avtalen som utbytte m.v.

3.2 Aksjelovene §§ 8-7 til 8-9: Kreditt og sikkerhetsstillelse

Aksjelovens regler om kredittytelse og sikkerhetsstillelse i asl./asal. §§ 8-7 til 8-9 bygger i stor grad på de samme hensyn som asl./asal. §§ 3-6, jf. 8-1, og 3-8; nemlig å hindre disposisjoner som reelt sett innebærer en tapping av selskapet.⁵⁸

Det er særlige betenkeligheter knyttet til også kredittytelser og sikkerhetsstillelser, når de foretas til fordel for den nevnte personkrets.⁵⁹ Asl./asal. §§ 8-7 til 8-9 begrenser derfor et selskaps adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier m.v.

Et lån kan etter omstendighetene være ulovlig etter reglene om utdeling av utbytte, jf. asl. §§ 8-1 flg., jf. § 3-6. Eksempelvis vil et lån som det ikke er meningen at skal tilbakebetales, eller et lån der renten ligger langt under markedsrente⁶⁰, være ulovlig etter asl./asal. § 3-7, dersom det ikke skjer etter reglene om utbytte i aksjelovene §§ 8-1 flg., jf. 3-6.

Kredittytelse og sikkerhetsstillelse kan for øvrig også være rettstridig ut fra selskapets vedtektsfestede formål,⁶¹ eller innebære en utilbørlig særbehandling av enkelte aksjeeiere.⁶²

⁵⁸ Ot.prp.nr.23(1996-97) s.48

⁵⁹ Andenæs s.473

⁶⁰ Aarbakke m.fl. s.614

⁶¹ l.c.

⁶² Ot.prp.nr.19(1974-75) s.191

3.2.1 Kreditt og sikkerhetsstillelse

Uttrykket ”gi kreditt” er ikke definert i loven. Det er naturlig å forstå ordlyden slik at kun avtalebasert kreditt omfattes, jf. ”gi”.⁶³ Tidligere brukte man uttrykket ”lån”, jf. aksjeloven 1976 § 12-10. Uttrykket ”lån” ble i praksis oppfattet som tilnærmet synonymt med kredittytelse, og endringen er kun foretatt fordi uttrykket ”gi kreditt” språklig sett virker mer dekkende for de ytelser det er meningen å ramme. Det har altså ikke vært meningen å foreta noen realitetsendring,⁶⁴ og tidligere praksis og forståelse kan derfor være av betydning.

Hovedsaklig kan man si at selskapet yter kreditt hvis mottakeren blir eier av selskapets ytelse, og får henstand med tilbakebetalingen eller motytelsen. Dette vil ikke bare være tilfelle der eksempelvis aksjeeieren skal yte penger. Dersom det er selskapet som skal yte penger, og de forskuddsbetaler, vil det også være snakk om en kredittytelse til aksjeeieren.⁶⁵

I tillegg til ny kreditt, er det antatt at også de tilfelle der selskapet mot vederlag overtar et eksisterende krav mot aksjeeier mv. fra tredjemann omfattes (kreditorkifte). Det samme gjelder for de tilfelle der selskapet har et eksisterende krav mot en utenforstående, som aksjeeier mv. så overtar (debitorkifte). Dette fordi begge disse situasjonene forutsetter en disposisjon fra selskapets side, som må antas å falle inn under ordlyden ”gi kreditt”.⁶⁶

Å ”stille sikkerhet” er et vidt begrep. Heller ikke dette er nærmere definert i loven.

⁶³ Rettsdata(v/Matre) note 1346 til asl. §8-7: ”Kreditt som bygger på annet stiftelsesgrunnlag, som f.eks. erstatning utenfor kontrakt, er ikke å anse som lån.” (Reglene vil jo uansett ikke være anvendelige på slike tilfelle. Er emm et ordinært erstatningskrav, og ikke kreditt).

⁶⁴ NOU1992:29 s.178-179

⁶⁵ l.c.

⁶⁶ Aarbakke m.fl. s.616

Det er klart at både realsikkerhet i form av pantsettelse mv., og personalsikkerhet i form av kausjon, medskyldneransvar mv. omfattes.⁶⁷ Negative pantsettelseserklæringer omfattes imidlertid normalt ikke, da slike erklæringer kun innebærer en begrensning av selskapets handlefrihet, men ingen gjeldspost eller belastning av selskapets formue til fortregning for selskapets kreditorer.⁶⁸

Loven rammer heller ikke selskapets sikkerhetsstillelse for selskapets egne forpliktelser. Utenfor faller antageligvis derfor det tilfelle at en aksjonær stiller sikkerhet for selskapets lån, og får sikkerhet av selskapet for sitt regresskrav.⁶⁹

Det fører for langt i denne oppgaven å gå nærmere inn på flere av spesialtilfellene som kan oppstå.

3.2.2 Innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking

Selskapet kan bare gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for de ovenfor nevnte personer innenfor rammen av de midler selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, jf. asl./asal. § 8-7 (1).

Som utbytte kan bare deles ut ”årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital”, jf. § 8-1 (1), blant annet med fradrag for ”kreditt og

⁶⁷ Allikevel omfattes antageligvis ikke det at et selskapet er ansvarlig deltaker i et annet selskap (ansvarlig selskap eller kommandittselskap) som også aksjonæren er deltaker i; så lenge deltakelsen er reell og forretningsmessig begrunnet. Jf. Andenæs s.474-475

⁶⁸ Andenæs s.475, jf. Giertsen; Selskapsfinansierte aksjeerwerb s.73-74.

⁶⁹ JDLOV-1986-91

sikkerhetsstillelse etter §§ 8-7 til 8-9 som etter disse bestemmelsene skal ligge innenfor rammen av fri egenkapital”.⁷⁰

Dette betyr at grensen for utbytte og grensen for kreditt og sikkerhetsstillelse er sammenfallende. Utbytte, kreditt og sikkerhetsstillelse kan ikke samlet overstige grensene for utbytte etter § 8-1.

Det følger imidlertid av § 8-1 (2) at det ikke kan deles ut utbytte fra selskapet dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, uten at man følger den fremgangsmåten som er fastsatt i §§ 12-4 og 12-6 for nedsetting av aksjekapitalen. Og ikke i noe tilfelle kan det utdeles mer enn forenlig med ”forsiktig og god forretningsskikk”, jf. § 8-1 (4).

Et spørsmål er om henvisningen i § 8-7 til ”rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte” betyr at § 8-1 kommer til anvendelse i sin helhet. Etter min mening taler ordlyden for dette. Også hensynet til henvisningens klarhet, og god sammenheng mellom lovens bestemmelser, tilsier en slik løsning.⁷¹ Alle kravene i § 8-1 må dermed være oppfylt.

I tillegg til at kreditten eller sikkerhetsstillelsen må ligge innenfor rammene som nevnt ovenfor, er det en forutsetning for at selskapet skal kunne yte kreditt eller stille sikkerhet at det stilles ”betryggende sikkerhet” for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøkning, jf. § 8-7 (1).

Loven sier ikke noe om hva som skal regnes som ”betryggende sikkerhet”. Begrepet kan forstås på to måter. Enten oppstilles et krav til at debitor har solid økonomi, og at det dermed er objektiv grunn til å tro at debitor er betalingsgod. Eller man kan forstå kravet til

⁷⁰ Den frie egenkapital tilsvarer den egenkapital som kan utdeles som utbytte etter §8-1(1) og (2), uten å følge fremgangsmåten etter §§12-4 og 12-6, jf. §8-1(3). Se også §8-1(5).

⁷¹Andenæs s.476-477

”betryggende sikkerhet” som et krav om pant, garanti eller lignende. At det kreves at det ”stilles” betryggende sikkerhet taler for det siste tolkingsalternativet.⁷² Forarbeidene synes også å forutsette dette.⁷³

Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at sikkerheten på tidspunktet for kredittytelsen eller sikkerhetsstillelsen er betryggende. Det avgjørende er hva som på disposisjonstidspunktet fremstår som tilstrekkelig til å sikre et framtidig krav på tilbakebetaling eller tilbakesøking.⁷⁴ Man må altså på disposisjonstidspunktet eksempelvis vurdere låntagerens kausjonists formuesstilling og fremtidsutsikter.⁷⁵

Det vil imidlertid være uten betydning for kredittytelsens eller sikkerhetsstillelsens gyldighet om forholdene endrer seg i etterkant av disposisjonen, slik at kravet om betryggende sikkerhet ikke lenger er oppfylt.⁷⁶ Forutsatt, selvfølgelig, at dette ikke er noe man burde ha tatt høyde for ved den opprinnelige vurderingen.

Ellers beror vurderingen på både rettslige og økonomiske faktorer. Rettslige momenter er for eksempel om avtalen er gyldig, har ordinært rettsvern og er uomstøtelig i en eventuell konkurs. Økonomisk må det tas hensyn til de faktiske dekningsutsikter.⁷⁷

Det er verdt å nevne at aksjer i selskapet eller dets morselskap bare kan benyttes som sikkerhet innenfor rammen av selskapets adgang til å erverve egne aksjer eller aksjer i morselskapet etter § 9-2. Derimot kan aksjer i annet konsernselskap benyttes fritt som sikkerhet.

⁷² Aarbakke m.fl. s.618, Andenæs s.477

⁷³ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s.65

⁷⁴ Ot.prp.nr.36(1993-94) s.65

⁷⁵ Rettsdata(v/Matre) note 1353/1354 til asl.§8-7

⁷⁶ Ot.prp.nr.36(1993-94) s.65

⁷⁷ l.c.

3.2.3 Unntak

Det er flere unntak fra den strenge reguleringen av kredittytelse og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier mv.

For det første gjelder ikke begrensningene kreditt med vanlig løpetid i forbindelse med forretningsavtaler, eller kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern, jf. § 8-7 (3). Også konsernkontoordninger for konserner som faller utenfor fritaket etter tredje ledd er på nærmere bestemte vilkår unntatt, jf. § 8-7 (4).⁷⁸ Dette er relativt vide unntak.

I tillegg kan kreditt- eller sikkerhetsstillelse til fordel for ansatt som er aksjeeier med mindre enn fem prosent av aksjekapitalen og visse tillitsvalgte unntas, jf. henholdsvis §§ 8-8 (1) og 8-9 (2).

Fordi unntakene er så vide, kan det være gunstigere å få klassifisert en disposisjon som kreditt eller sikkerhetsstillelse, enn som utbytte.

3.2.4 Ansvarlig selskapsorgan

Det følger ikke av asl./asal. §§ 8-7 til 8-9 hvilket selskapsorgan som er kompetent til å yte slike kreditter eller stille slike sikkerhetsstillelser som bestemmelsene omhandler. Det må derfor bero på vanlige kompetanseregler, og hva slags lån/sikkerhetsstillelse det er tale om.

Dersom det er tale om lån til daglig leder, som har et ansettelsesforhold, vil spørsmålet om å gi et slikt lån som utgangspunkt høre under styret. De andre typer kreditter/sikkerhetsstillelser vil imidlertid lett få karakter av å være en begunstiging av en

⁷⁸ Bare selvstendig betydning for konsern som faller utenfor konsernunntaket i § 8-7(3) nr. 2. Se § 1-4(2)1.pkt.

eller flere aksjeeiere. Antageligvis vil det pga. minoritetsbeskyttelses-betraktninger være riktig å kreve generalforsamlingsbeslutning, og i visse tilfelle også tilslutning fra samtlige aksjeeiere, sml. asl./asal. § 8-6.⁷⁹ Asl./asal. §§ 8-7flg. inneholder imidlertid ikke uttrykkelige saksbehandlingskrav.

Innvilgelse av de typer kredittytelser og sikkerhetsstillelser som må anses som en del av den daglige ledelse, og normal forvaltning av selskapet, og derfor ligger innenfor styrets/daglig leders kompetanseområde, vil allikevel ofte være unntatt fra §§ 8-7 sitt virkeområde, jf. § 8-7 (3) 1.pkt.

3.2.5 Forholdet til aksjelovene § 3-8

Forutsatt at en kreditt eller sikkerhetsstillelse faller inn under anvendelsesområdet til asl./asal. §§ 8-7 til 8-9 og § 3-8⁸⁰, oppstår spørsmålet om disse bestemmelsene skal virke parallelt.

At asl./asal. §§ 8-7flg. har egne regler om kreditt og sikkerhetsstillelse, kan tale for at § 3-8 ikke bør gjelde for disse tilfellene. Man kan se reglene om kreditt og sikkerhetsstillelse som *lex specialis* i forhold til reglene i § 3-8.

På den annen side inneholder §§ 8-7flg. materielle regler, som begrenser selve omfanget av kredittytelsen eller sikkerhetsstillelsen, mens § 3-8 inneholder saksbehandlingsregler som skal ivareta åpenhet rundt avtaler osv. Reglene utelukker derfor ikke uten videre hverandre, og ivaretar bare dels de samme hensyn.⁸¹ Uttalelser i forarbeidene og hensynet til åpenhet, kan tilsi at bestemmelsene skal anvendes parallelt.

⁷⁹ Aarbakke m.fl. s.615

⁸⁰ Se pkt.4.1.4

⁸¹ Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.45

Det kan virke problematisk å utarbeide en erklæring etter § 3-8 som sier at det er samsvar mellom verdien av det selskapet skal yte og verdien av det selskapet skal motta ved en låneavtale eller en garantistillelse. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene om ”rimelig samsvar”,⁸² kreves det imidlertid at det er et rimelig markedsmessig forhold mellom ytelsene, ikke at ytelsene tilsvarer hverandre materielt.

En garanti stilles imidlertid ofte overfor banken som yter aksjeeieren lån, slik at man kan stille spørsmålsteget ved om dette i det hele tatt er en avtale ”med aksjeeier” som omfattes av § 3-8 (se pkt. 4.1.4).

Som tidligere nevnt, vil et selskaps kredittytelser og sikkerhetsstillelser komme til fradrag ved beregningen av hva som kan deles ut som utbytte. Utdeling av utbytte anses normalt ikke som ”avtale” etter § 3-8,⁸³ og saksbehandlingsreglene i § 3-8 kommer etter min mening derfor ikke til anvendelse på utbytte. Utbyttebegrensningene i asl./asal. § 8-1 har med andre ord blitt ansett tilstrekkelige til å beskytte selskapskapitalen i forhold til denne typen disposisjoner. Når kredittytelser og sikkerhetsstillelser ”bakes inn i” den summen som maksimalt kan deles ut som utbytte, kan dette tale for at § 3-8 ikke bør få anvendelse parallelt med § 8-7. I hvert fall dersom man legger vekt på selve det å hindre tapping av selskapet, og kreditorvernet.

Nå er det uttalt i forarbeidene at et hovedpoeng med § 3-8 er å få avtalene frem i lyset,⁸⁴ og dette vil jo ikke reglene i § 8-7 oppfylle like godt, da denne bestemmelsen ikke inneholder tilsvarende krav til saksbehandling som §§ 8-1 og 3-8. Saksbehandling etter en av disse bestemmelsene, vil særlig gagne minoritetsaksjeeierne, ved at de gjøres kjent med avtalene og dermed kan komme med innsigelser.

⁸² Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.48

⁸³ Se pkt.3.1.3

⁸⁴ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.45

Nærings- og handelsdepartementet har i et høringsnotat forutsatt at asl./asal. § 3-8 (og § 3-9) kan komme til anvendelse ved én form for kreditt/sikkerhetsstillelse. I høringsnotat til forskrift, som regulerer tilfeller hvor kjøper ved kjøp av eiendomsaksjeselskaper kan stille sikkerhet i form av pant i det kjøpte selskapets faste eiendom når ervervet og sikkerhetsstillelsen skjer på vanlige foretningmessige vilkår og prinsipper,⁸⁵ uttaler departementet at de forutsetter at § 3-8 (og § 3-9) følges, da dette bidrar til å ivareta hensynene bak § 8-10. Forutsetningen ble imidlertid ikke fulgt opp med noen særskilt bestemmelse i forskriften, og vil derfor gi begrenset veiledning. Uttalelsen kan allikevel tyde på at det er forutsatt at § 3-8 skal få anvendelse parallelt med reglene om kreditt og sikkerhetsstillelse mer generelt. Saksbehandlingsreglene i § 3-8 er like godt egnet til å ivareta hensynene bak de andre reglene om kreditt og sikkerhetsstillelse, som hensynene bak § 8-10.

Sikkerhetsstillelser til fordel for aksjeeier m.v. vil på den annen side i mindre grad enn avtaler direkte mellom selskapet og aksjeeier m.v. innebære en fare for tapping av selskapet. En långiver vil foreta en kredittvurdering av selskapet som søker lån og garantien er kun en subsidiær sikkerhet. Det vil derfor i mindre grad være rom for å forflytte verdier bevisst. De samme argumentene gjør seg ikke nødvendigvis gjeldende ved lån.

Dersom et lån eller en sikkerhetsstillelse har en virkelig verdi for selskapet som utgjør over 10%5% av aksjekapitalen, er dette uansett så betydelige økonomiske avtaler for selskapet at det av hensyn til minoritetsaksjeeierne og kreditorene kan være grunn til å kreve åpenhet rundt disse disposisjonene. Dette tilsier anvendelse av regelsettene parallelt.

Gode grunner taler etter dette for å gi reglene i §§ 8-7 til 8-9 og 3-8 parallell anvendelse.

⁸⁵ Høringsnotat av 11.juli2007(NHD)

4 Aksjelovene § 3-8: Avtaler med aksjeeiere eller medlemmer av selskapets ledelse mv.

4.1 Vilkårene for at § 3-8 skal få anvendelse

4.1.1 En avtale

Reglene i asl./asal. § 3-8 gjelder avtaler mellom selskapet og en aksjeeier m.v.

Ordlyden ”avtale” favner vidt. En normal forståelse av begrepet er en interaksjon mellom minst to parter, som skaper rett eller plikt for en eller flere av partene. Det er naturlig å avgrense begrepet mot ensidige disposisjoner, og rettigheter og plikter som oppstår som følge av ansvarsbetingende handlinger.

Det har ikke betydning om avtalen gjelder selskapets erverv, salg eller annet;⁸⁶ eller om det er selskapet eller medkontrahenten som yter penger.⁸⁷ Antageligvis omfattes også bytte.

4.1.2 Ytelse fra selskapet over en viss størrelse

Asl./asal. § 3-8 kommer bare til anvendelse på avtaler hvor den virkelige verdi av selskapets ytelse utgjør over 10%/5% av aksjekapitalen.

Aksjekapitalen er lik den enkelte aksjes pålydende ganger antallet aksjer⁸⁸, og er derfor en enkelt konstaterbar størrelse som er registrert i Foretaksregisteret.

⁸⁶ Rettsdata(v/Bråthen) note310 til asl. §3-8 (19.11.08)

⁸⁷ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.163

⁸⁸ Rettsdata (v/Bråthen) til asl.§3-1(09.09.08)

Uttrykket ”virkelig verdi” er mer uklart, men synes å gi uttrykk for det selvsagte, at man ikke skal kunne omgå regelen ved å verdsette selskapets ytelse unaturlig lavt.

Omsetningsverdien må danne utgangspunktet der selskapet skal yte noe annet enn penger.⁸⁹

Uttrykket ”virkelig verdi” klargjør at regelen om balanseført verdi, jf. asl./asal. § 3-6 (3), ikke skal anvendes ved vurderingen etter § 3-8.⁹⁰

Fordi både pålydende, antall aksjer og virkelig verdi kan variere over tid, er det viktig å fastsette tidspunktet for vurderingen av ytelsens verdi i forhold til aksjekapitalen.

Etter asl./asal. § 3-8 første ledd skal vurderingen skje på ”tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”. Dersom selskapets ytelse ligger frem i tid, vil skjæringspunktet være det tidspunkt avtalen blir bindende for selskapet.⁹¹ Man må da diskontere ytelsens verdi til nåverdi,⁹² ved vurderingen av om den utgjør over 10%/5% av aksjekapitalen.⁹³ Ved løpende ytelser må det fortas en kapitalisering av selskapets vederlag.⁹⁴ Verdivurderingen må da som utgangspunkt basere seg på ”kontraktstidens”, eventuelt ”oppsigelsestidens lengde”.⁹⁵

En avtale om tjenesteytelse, hvor prisen ikke er fastsatt på forhånd, vil imidlertid også kunne omfattes av bestemmelsen.⁹⁶ Fordi man ikke kjenner det totale vederlaget kan det være vanskelig å vurdere om avtalen faller inn under bestemmelsens virkeområde. Det hevdes at man da må gjøre et anslag og eventuelt godta avtalen i ettertid når størrelsen på

⁸⁹ Aarbakke m.fl. s.205

⁹⁰ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.163

⁹¹ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.45

⁹² Nåverdien, dvs. verdien på avtaletidspunktet, vil normalt være lavere enn ytelsens verdi ved avtaleslutningen, pga. tidsverdien av penger og evt. rente m.v. Men risikomomenter spiller også inn.

⁹³ Rettsdata(v/Bråthen) note til asl.§3-8(09.09.08)

⁹⁴ l.c.

⁹⁵ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.45

⁹⁶ l.c.

selskapets vederlag er klar.⁹⁷ Slike avtaler vil imidlertid ofte være en del av selskapets vanlige virksomhet, slik at de kan unntas på nærmere bestemte vilkår.⁹⁸

4.1.3 Avtale med nærmere bestemte personer

Bestemmelsen får anvendelse på avtaler mellom selskapet og ”en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder”, jf. asl./asal. § 3-8 (1) første punktum. I tillegg omfattes avtaler inngått med ”en nærstående til en aksjeeier eller (...) til en aksjeeiers morselskap”, og avtaler med ”noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd”, jf. § 3-8 (4).

Loven gir ikke svar på hva som skal til for å at noen regnes som ”aksjeeier” etter § 3-8.

Asl./asal. § 4-2 fastsetter bare vilkårene for å kunne utøve de organisatoriske rettighetene som tilkommer en aksjeeier.⁹⁹ Det er derfor ikke uten videre slik at disse vilkårene må være oppfylt for at man skal kunne betraktes som aksjeeier etter asl/asal. § 3-8

Formålet med bestemmelsen, å hindre tapping av selskapet og få visse avtaler frem i lyset, kan tale for at slike formelle vilkår ikke er avgjørende. På den annen side er det først og fremst lovgivers ønske å ramme de aktører som er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets.¹⁰⁰ Dette vil man i mindre grad ha mulighet til dersom man ikke innehar de organisatoriske rettigheter, som stemmerett m.v.

⁹⁷ Rettsdata(v/Bråthen) note315 til §3-8(17.11.08). Se imidlertid pkt.4.4 om de problemer som oppstår ved ugyldighet ift. tilbakeføring av verdier som er forbrukt.

⁹⁸ Se pkt.4.3.4

⁹⁹ Pkt.3.1.1

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.46

Avhender av aksjer i aksjeselskapet vil utøve de organisatoriske rettigheter fram til de går over på erververen, jf. asl. § 4-2. Ved avhendelse av aksjer i allmennaksjeselskap kan partene avtale en tilsvarende ordning, jf. asal. § 4-2. En slik ordning kan tale for at avhenderen er i en slik posisjon at han må regnes som "aksjeeier" etter § 3-8 frem til erverven oppfyller kravene i § 4-2 (1). Avhender vil nok allikevel være forsiktig med å utøve organisatoriske rettigheter i denne mellomperioden på en måte erverver ikke ønsker. En klausul om dette kan være inntatt i avtalen.

En avtale med avhender vil i slike tilfelle enten bli sett som en avtale med "aksjeeier" (dersom man lar vilkårene i § 4-2 være avgjørende), eller fort bli sett som en avtale med en som "handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med"¹⁰¹ en aksjeeier (hvis man lar tidspunktet for inngåelsen av avtale om salg av aksjen være avgjørende). Tilsvarende for avtale med erverver, bare motsatt. Det kan imidlertid virke noe kunstig å si at en avtale med erververen er en avtale med en som opptrer etter avtale eller i forståelse med en aksjeeier (forutsatt at man anser avhenderen som "aksjeeier"), da erververen av aksjer normalt ikke vil bli påvirket av avhenderen. Påvirkningsmulighetene erverver uansett har overfor avhenderen (som kan utøve de organisatoriske rettighetene),¹⁰² kan allikevel tilsi at han er i en posisjon som må regnes som "aksjeeier" etter § 3-8.

I dom fra Øst-Finnmark tingrett i 2005¹⁰³ hadde medkontrahenten planer om å tre inn som aksjonær i selskapet, men hadde ikke rukket å tegne seg som aksjeeier da selskapet meddelte at de anså seg uforpliktet pga. manglende saksbehandling etter § 3-8. Tingretten kom da til at asl./asal. § 3-8 ikke var anvendbar på forholdet. Dette tyder på at avtale med noen som har planer om å tegne seg som aksjonær ikke omfattes. Det er en rimelig avgrensning, da man før man har tegnet aksjer ikke har noen mulighet til å bruke sin

¹⁰¹ Se under.

¹⁰² Lojalitet i kontraktsforholdet tilsier at avhender vil opptre i samsvar med erververs ønske, dersom aksjene reelt sett er overdratt.

¹⁰³ TOSFI-2004-17312

posisjon i selskapet til å sette sin egen interesse foran selskapets, slik forarbeidene forutsetter.¹⁰⁴

Det kan neppe innfortolkes et generelt krav om at avtalen må ha sammenheng med vedkommendes aksjonærstilling, tilsvarende kravet om "utdeling på aksjer" etter asl./asal. § 3-6.¹⁰⁵

Gode grunner taler etter dette for å la asl./asal. § 3-8 få anvendelse på avtaler med en som innehar de organisatoriske rettighetene etter § 4-2, enten vedkommende er i ferd med å selge eller ikke, og på avtaler med en som har kjøpt aksjer, jf. kjøpsloven § 80, men som ennå ikke oppfyller vilkårene i § 4-2. At Høyesterett tidligere har tolket aksjeeier-begrepet utvidende på grunn av reelle hensyn¹⁰⁶ taler også for en slik løsning.

Dersom noen først er å anse som "aksjeeier", må det være uten betydning hvor mange aksjer vedkommende har, om aksjeeieren er en fysisk eller juridisk person eller hvor lenge vedkommende har vært aksjeeier.¹⁰⁷

Dersom aksjeeier er et selskap¹⁰⁸, kan aksjeeieren ha et morselskap, som også omfattes av § 3-8. Et aksjeselskap/allmennaksjeselskap er et morselskap dersom det "på grunn av avtale eller som eier av aksjer eller selskapsandeler har bestemmende innflytelse over et annet selskap", jf. asl./asal. § 1-3 (2) første punktum. Mest aktuelt er den situasjonen at et aksjeselskap/allmennaksjeselskap "eier så mange aksjer eller andeler i et annet selskap at de representerer flertallet av stemmene i det andre selskapet", noe som alltid skal anses som

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.46

¹⁰⁵ l.c.

¹⁰⁶ Rt-2000-1792(Montel), se pkt.3.1.1

¹⁰⁷ Bråthen(2007) s.78

¹⁰⁸ Aksjeselskap/allmennaksjeselskap eller annet selskap, jf. Aarbakke m.fl. s.92.

”bestemmende innflytelse”, jf. § 1-3 (2) annet punktum pkt. 1.¹⁰⁹ Bestemmende innflytelse vil også foreligge dersom selskapet har ”rett til å velge eller avsette et flertall av medlemmene i det andre selskapets styre”, jf. § 1-3 (2) annet punktum pkt.2. Utover dette vil det bero på en konkret vurdering om et aksjeselskap/allmennaksjeselskap har en slik bestemmende innflytelse at det må anses som et morselskap. Dette krever i så fall klare holdepunkter.¹¹⁰

Et selskaps bestemorselskap vil etter dette omfattes, da bestemorselskapet er morselskaps/aksjeeiers morselskap (forutsatt at morselskapet er aksjeeier).

Også avtaler med aksjeeiers eller aksjeeiers morselskaps nærstående omfattes av § 3-8, jf. § 3-8 (4). Hva som regnes som noens nærstående er opplistet i asl./asal. § 1-5.

Dersom aksjeeier er en fysisk person vil aksjeeierens nærstående være en rekke personer i aksjeeierens slekt eller familie/familielignende forhold, jf. § 1-5 (1) pkt.1-4, i tillegg til selskaper der aksjeeieren, eller noen som nevnt i pkt. 1-4, har slik bestemmende innflytelse som nevnt i § 1-3 (2), jf. § 1-5 (1) pkt.5. Slike selskaper vil også regnes som aksjeeiers nærstående, dersom aksjeeier er en juridisk person. Det aktuelle vil da være at aksjeeierselskapet selv har slik bestemmende innflytelse over et annet selskap.

Definisjonen på når et selskapet er et selskaps nærstående er sammenfallende med kravene for konserntilknytning i § 1-3 (2). Paragraf 3-8s utvidelse til også å gjelde aksjeeiers og aksjeeiers morselskaps nærstående, gjør at selskapets avtaler med noen som står i et underordnet konsernforhold til aksjeeier eller aksjeeiers morselskap omfattes, jf. ordlyden ”bestemmende innflytelse over” i § 1-3 (2). Aksjeeier kan både være morselskap og minoritetsaksjeeier, så både avtaler med selskaper i eget konsern og avtaler med selskaper i det konsern minoritetsaksjeeier er en del av kan omfattes.

¹⁰⁹ Normalt vil det her derfor være tilstrekkelig å basere seg på aksjeeierboken til datterselskapet, i og med at innføring i denne er et vilkår for stemmerett, og andre organisatoriske rettigheter, jf. asl./asal. § 4-2.

¹¹⁰ Rettsdata(v/Bråthen) note 20 til asl. §1-3 (17.11.08)

At nærstående til morselskap og bestemorselskap omfattes er forståelig fordi morselskapet eller bestemor-selskapet kan trekke i tråder på begge sider av bordet.¹¹¹ Dette kan medføre en uheldig planlegging og forflytting av verdier, sett fra kreditorer og minoritetsaksjeeiers ståsted. At nærstående til minoritetsaksjeeier er omfattet skyldes at en gunstig avtale med minoritetsaksjeeiers nærstående kan innebære en berikelse av aksjeeieren. Også minoritetsaksjeeiers nærstående er derfor i en posisjon som medfører risiko for at de vil sette sin personlige interesse foran selskapets.

Før lovendringen i 2006 gjaldt § 3-8 som nevnt¹¹² også i morselskapet ved selskapets avtaler med et datterselskap. Lovgiver videreførte ikke dette, da overføringer nedover i et konsern mindre problemfylte enn overføringer oppover i et konsern.¹¹³

Ordlyden i § 3-8 (4), jf. 1-5 (1) pkt. 5, slik den lyder nå, kan imidlertid peke i retning av at selskapet er forpliktet til å følge saksbehandlingsreglene i § 3-8 ved avtale med sitt datterselskap, dersom datterselskapet må anses som selskapets morselskaps ("aksjeeiers") nærstående.¹¹⁴ En slik tolkning ville medført at § 3-8 ikke kommer til anvendelse på avtaler med datterselskap der "selskapet" selv er konsernspiss (det vil si ikke har et morselskap), men at § 3-8 vil komme til anvendelse der man har et flerleddet konsern (det vil si der selskapet har et morselskap over seg).

Justisdepartementets Lovavdeling hevder imidlertid at ordlydsfortolkningen av asl. § 1-5 (1) nr. 5, som viser til § 1-3 annet ledd, tilsier at en avtale mellom et morselskap og et

¹¹¹ Disse hensynene gjør seg ikke gjeldende i like sterk grad der selskapet inngår avtaler med nærstående til minoritetsaksjeeiers morselskap, uten at dette har ført til mindre strenge saksbehandlingsregler for disse disposisjonene.

¹¹² Se pkt.2

¹¹³ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.47

¹¹⁴ Det kan være tvil om henvisningen i § 1-5(1) pkt. 5 til § 1-3(2) utelukker identifikasjon mellom "selskapet" og selskapets morselskap etter § 1-3(4).

datterselskap ikke vil utløse krav etter asl. § 3-8 i morselskapet, selv om morselskapet ikke er øverste ledd i konsernet, men eies av bestemor.¹¹⁵ Lovavdelingen kan ikke se at en forskjellsbehandling av toleddede konserner og flerleddede konserner har gode grunner for seg, og presiserer at uavhengig av hvordan man tolker § 1-5 første ledd nr. 5¹¹⁶ vil det på bakgrunn av lovforarbeidene og formålet med lovendringen være grunnlag for å tolke § 3-8 (4) innskrenkende i et slikt tilfelle.

Verdioverføringer nedover i konsernet medfører normalt ingen uthuling av "selskapets" kapitalgrunnlag i og med at aksjene selskapet eier i datterselskapet vil inngå i morselskapets kapital. Det forhold at "selskapet" er kontrollert av et morselskap (bestemor) vil ikke påvirke dette.¹¹⁷ Gode grunner taler derfor for at § 3-8 ikke gjelder i morselskapet ved avtaler mellom selskapet og dets datterselskap.

I tillegg til at nærstående til aksjeeier og aksjeeiers morselskap omfattes, omfattes også en som handler "etter avtale" eller "for øvrig opptre i forståelse med" en aksjeeier eller en aksjeeiers morselskap, jf. asl./asal. § 3-8 (4).

Ordlyden tyder på at man ønsker å ramme omgåelser, og hjemler noe som antageligvis også kunne fulgt av alminnelige omgåelsesbetraktninger.¹¹⁸ For de mindre klare omgåelsestilfelle, har man imidlertid her en klar hjemmel, noe som også sikrer bedre forutberegnelighet.

Siden bestemmelsen i første rekke knytter seg til subjektive forhold hos avtalepartene, fant lovgiver at det ikke var mulig å uttrykke i "generelle vendinger hvor grensen går". Er man i tvil, har man mulighet å følge de saksbehandlingsreglene paragrafen gir anvisning på.

¹¹⁵ JDLOV-2006-9399

¹¹⁶ Se note 114

¹¹⁷ JDLOV-2006-9399

¹¹⁸ Ot.prp.nr.23(1996-97) s.45

Stråmenn eller liknende nevnes som eksempel, men bestemmelsen er ikke begrenset til dette.¹¹⁹

I dom i Agder Lagmannsrett av 25. oktober 2006¹²⁰ (heretter kalt Nøtterøy Golfbanedommen) fant Lagmannsretten at avtale om leie mellom Nøtterøy Golfbane AS og Nøtterøy Drivingrange AS var ugyldig som følge av manglende generalforsamlingsbehandling etter § 3-8 i Nøtterøy Golfbane AS. Vilkåret om partstilknytning i asl./asal. § 3-8 var oppfylt da selskapet Nøtterøy Drivingrange AS hadde handlet ”etter avtale med” aksjeeierne i Nøtterøy Golfbane AS. Anvendelsen drøftes ikke nærmere. Det er imidlertid grunn til å tro at det forhold at aksjeeierne i Nøtterøy Drivingrange AS var de samme som i Nøtterøy Golfbane AS, og satt i ledende posisjoner i Nøtterøy Golfbane AS, kan være momenter som gjorde at vilkåret måtte anses oppfylt.

Denne dommen gir veiledning i forhold til hvem som vil omfattes av dette alternativet. Men etter ordlyden vil det måtte foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette gjør det vanskelig å si noe om akkurat hvor grensen vil trekkes i praksis fremover. Ved tvil bør man derfor være forsiktig med å utelate saksbehandling etter § 3-8. Selv om det kun er selskapet som kan påberope seg ugyldighet som følge av brudd på § 3-8, kan selskapet eller vedkommende som har handlet på vegne av selskapet risikere å bli erstatningsansvarlig for medkontrahentens tap etter alminnelige erstatningsregler.¹²¹

4.1.4 Særlig om anvendelsen på lån og garantier

Anvendelsen av § 3-8 på lån og garantier er ikke særskilt diskutert i lovens forarbeider, og det er sparsomt med praksis og juridisk teori som behandler spørsmålet.

¹¹⁹ I.c.

¹²⁰ LA-2006-38534

¹²¹ Samt ansvarlig overfor ”selskapet” etter § 3-8(3) annet punktum, jf. § 3-7(2). Se pkt.4.4.

Å ”gi kreditt” til en aksjeeier vil klart være en ”avtale” etter § 3-8 i seg selv. Spørsmålet er om et lån, som jo skal tilbakebetales, innebærer en ”ytelse” fra selskapet.

Lovgiver har ved utarbeidelsen av reglene om kreditt- og sikkerhetsstillelse lagt vekt på at lån til aksjeeiere m.v. innebærer en ressursanvendelse som ikke fremmer selskapets virksomhet,¹²² og har derfor som utgangspunkt begrenset låneadgangen samme grad som utbytte. Lån kan også svekke kapitalgrunnlaget, i hvert fall midlertidig, og kan innebære at den kapital selskapet trenger til virksomheten, blir redusert eller forsvinner. Et lån kan også innebære en trussel sett fra de øvrige kreditorenes side, fordi det dekningsgrunnlaget selskapskapitalen utgjør reduseres.¹²³ Gode grunner taler på denne bakgrunn for at et lån til en aksjeeier m.v. kan betraktes som en ”ytelse” fra selskapet etter § 3-8, og at ytelsens ”virkelige verdi” tilsvarer det fulle lånebeløpet.¹²⁴ Dersom selskapet motsatt tar opp lån hos aksjeeier, vil rentene og eventuelle kostnader utgjøre ytelsen fra selskapet. Dette vil normalt tilføre selskapet kapital, og vil stå i en annen stilling enn det å gi kreditt.

En sikkerhetsstillelse til fordel for en aksjeeier m.v. stiller seg litt annerledes. En garanti stilles overfor banken, og er i seg selv ikke en avtale med aksjeeier m.v.

Til grunn for en garantistillelse ligger imidlertid normalt en ”avtale” (i en eller annen form) mellom selskapet og aksjeeieren m.v., som regulerer på hvilke betingelser garantien skal stilles (garantiprovisjon, regressoppgjør m.v.). Den underliggende avtalen innebærer imidlertid ingen direkte ytelse til aksjeeieren. Om dette er et krav etter ordlyden i § 3-8, slik den lyder i dag, er usikkert. Bestemmelsen regulerer avtaler mellom selskapet og en aksjeeier m.v., ”hvis” selskapets ytelse har en virkelig verdi av en viss størrelse. Og bestemmelsen krever at det gis en erklæring om at det er samsvar mellom det selskapet skal yte og motta. Sammenhengen i bestemmelsen taler for at det er forutsatt at selskapets yter

¹²² Ot.prp.nr.19(1974-75) s.192

¹²³ LB-2001-2812

¹²⁴ Antatt ved vurderingen av §8-7 at den fulle verdien av selskapets krav (lån) tas i betraktning, selv om det foreligger motkrav som gir grunnlag for motregning, jf. Aarbakke m.fl. s.618

noe til aksjeeieren.¹²⁵ Også det at endringen av bestemmelsen fra ”ervert (...) mot vederlag” til ”avtale” ble begrunnet i at lovgiver mente det ikke burde ha betydning hvem som yter vederlaget i penge,¹²⁶ taler for en slik tolkning.

Man kan imidlertid stille spørsmål ved om banken må anses å opptre ”etter avtale eller (...) i forståelse med” aksjeeieren,¹²⁷ slik at man må se avtalen om garantistillelse mellom selskapet og banken som en avtale omfattet av § 3-8 i seg selv. Fordi banken opptre i egen interesse i et tilfelle som dette, og banken er en reell forretningsmessig begrunnet part, og ikke en stråmann eller lignende som typisk vil rammes, antar jeg at dette ikke vil være tilfelle.¹²⁸

Bråthen drøfter imidlertid om det ved sammensatte avtaler kan være grunn til å se et helt avtalekompleks under ett, slik at hele avtalekomplekset må vedtas av generalforsamlingen etter reglene i § 3-8. I så fall kunne man i vårt tilfelle tenke seg at den underliggende avtalen og garantistillelsen overfor banken, til sammen oppfyller kravene for at § 3-8 skal komme til anvendelse, og således at hele avtalekomplekset må behandles som ett forhold.

Bråthen hevder at det kan være grunn til å se et avtalekompleks under ett, der to eller flere avtaler er integrert på en måte som gjør det naturlig å se de samlet. Eksemplet han drøfter gjelder imidlertid to avtaler, der den ene ikke innebærer en ytelse fra selskapet som oppfyller et av minstekravene¹²⁹ for at § 3-8 skal komme til anvendelse.¹³⁰ Dette er en noe annen problemstilling enn vår. Det er forskjell på den situasjonen hvor den ene avtalen alene ikke overstiger det beløpsmessige minstekravet for at § 3-8 skal komme til

¹²⁵ Asl./asal. § 3-6, jf. § 3-7, kan komme til anvendelse dersom selskapet betaler tredjemann det aksjonæren skylder. Se pkt.3.1.1.

¹²⁶ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.46

¹²⁷ Jf.§3-8(4) – se pkt.4.1.3

¹²⁸ Se nærmere pkt.4.1.3

¹²⁹ 50 000 kroner eller 10%/5% av aksjekapitalen.

¹³⁰ Bråthen(2007) s.73

anvendelse, og det forholdet at ingen av avtalene i seg selv omfattes av virkeområdet til § 3-8. Reelle hensyn taler imidlertid for at man, ved en garantistillelse, må se hele avtalekomplekset under ett. Det er i realiteten aksjeeieren som tilgodeses ved disposisjonen.

Forutsatt at avtalekomplekset eller avtalen med aksjeeier (avhengig av hvordan man ser det) faller inn under virkeområdet til § 3-8, oppstår spørsmålet om hva som er en garantis ”virkelige verdi”.

Man kan hevde at det er garantibeløpets fulle størrelse som er avgjørende, ettersom det er dette som er garantistillers fulle kreditt risiko. I mange tilfelle vil imidlertid garantibeløpets fulle størrelse anses som en risiko kun ”på papiret”. Dette kan tale for at man på en eller annen måte må beregne risikoen. I så tilfelle vil bankens kredittvurdering kunne være et relevant moment. Bare det at man blir funnet kredittverdigg (spesielt ved strengere vurderinger, slik man ser i dag), vil antageligvis senke sannsynligheten for at garantien blir gjort gjeldende. Dersom man åpner for en sannsynlighetsvurdering, istedenfor garantibeløpets fulle størrelse, kan den virkelige verdien antageligvis fort anslås å være lavere enn 10%/5% av aksjekapitalen, slik at § 3-8 ikke kommer til anvendelse.

Ordlyden ”virkelig verdi” taler for at selskapets reelle risiko må legges til grunn. Man kan hevde at det ikke er sannsynlig at selskapet må utbetale hele garantibeløpet, men så lenge det er en risiko for det, synes det riktig at verddivurderingen tar høyde for dette. Som man ser i tider med mye finansiell uro, kan kredittvurderinger og sannsynlighetsvurderinger fort slå feil. Skal det imidlertid først skje en sannsynlighetsvurdering, bør den i størst mulig grad være objektiv.

At det er vanskelig å fastslå en garantis virkelige verdi, og at det fulle garantibeløpet er for høyt og gjør at for mange avtaler omfattes, er nok ikke i seg selv noe argument for å unnta garantier behandling etter § 3-8. Loviver har foretatt en avveining og blant annet unntatt avtaler som er ledd i selskapets ”vanlige virksomhet” og som ”inneholder pris og andre

vilkår som er vanlige for slike avtaler”, jf. § 3-8 (1) pkt.4. Dersom en kredittstillelse ikke faller inn under dette unntaket, og ellers omfattes av bestemmelsen, må saksbehandlingsreglene gjelde.

Det er verdt å nevne at garantiens virkelige verdi for selskapet (garantisten) og låntakeren (aksjeeieren) kan være forskjellig. For den garantien blir stilt til fordel for, vil differansen mellom det vedkommende måtte ha betalt for en tilsvarende garanti i markedet, og det vedkommende må betale til selskapet være ytelsens virkelige verdi. Verdien av aksjeeiers/låntakers vederlag til selskapet vil begrense seg til det som eventuelt følger av den underliggende avtalen.¹³¹ For selskapet som stiller garantien vil den virkelige verdien være det de yter/risikere å måtte yte.

Subsidiært kan man stille seg spørsmålet om løsningen vil være annerledes for de kreditt- og sikkerhetsstillelser som er unntatt §§ 8-7 til 8-9, som for eksempel konsernintern kreditt- eller sikkerhetsstillelse i § 8-7 (3) pkt. 2. Konsernintern kreditt og sikkerhetsstillelse er unntatt det strenge reguleringen i § 8-7 fordi en slik begrensning vil innebære en sterk begrensning i konsernledelsens mulighet for en samlet økonomistyring.¹³²

60 % av verdenshandelen i dag skjer mellom beslektede selskaper med samme bakenforliggende eier.¹³³ Prosentandelen er antageligvis høy også i Norge. Dersom man forutsetter at asl./asal. § 3-8 ikke skal komme til anvendelse på konserninterne garantier vil mange disposisjoner kunne foretas uten slike særlige krav til saksbehandling og åpenhet som § 3-8 oppstiller.

¹³¹ Det ”selskapet” får ved et eventuelt regressoppgjør må holdes utenfor, da dette ikke er et vederlag på avtaletidspunktet.

¹³² Ot.prp.nr.2(1996-97) til pkt. om §12-10.

¹³³ Ot.prp.nr.62(2006-2007) pkt.1.1 og John Neighbour i OECD Centre for Tax Policy and Administration for OECD Observer:

http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer_pricing:_Keeping_it_at_arms_length.html

Lovgiver har imidlertid gitt uttrykk for at reglene ikke unødige skal vanskeliggjøre gjennomføringen av legitime transaksjoner, og at siktemålet med § 3-8 først og fremst er å ramme avtaler som det også etter andre regelsett i aksjelovgivningen eller på annet grunnlag kan være grunn til å sørge for at blir undergitt en kritisk vurdering.¹³⁴ Når lovgiver har unntatt konsernintern kreditt- og sikkerhetsstillelse fra anvendelsesområdet til § 8-7, kan dette tyde på at de har gjort en avveining, og kommet til at dette bør være gjenstand for en mindre streng regulering, også generelt sett.

Konserninterne lån og sikkerhetsstillelser er unntatt regulering etter § 8-7 blant annet fordi man må regne med at slike disposisjoner er ”forretningsmessig begrunnet”.¹³⁵ Med tanke på at asl./asal. § 3-9 også krever at konserninterne transaksjoner ”skal” skje på ”vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”, vil dette kravet ofte være oppfylt.¹³⁶

Dersom en kreditt eller sikkerhetsstillelse i tillegg må sees som et ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”, kan avtalen ofte unntas etter unntaket i § 3-8 (1) pkt. 4. Dette gjør at motargumentene mot å la § 3-8 som utgangspunkt få anvendelse allikevel ikke blir så store.

Gode grunner taler etter dette for å gi § 3-8 anvendelse også på de kreditt og sikkerhetsstillelser som uttrykkelig er unntatt regulering etter § 8-7.

4.2 Saksbehandlingsreglene i § 3-8¹³⁷

En avtale mellom selskapet og aksjeeier m.v. er ikke bindende for selskapet uten at den ”godkjennes av generalforsamlingen”, jf. § 3-8 (1). Ved innkalling til generalforsamlingen

¹³⁴ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.45

¹³⁵ Ot.prp.nr.19(1974-75) s.192, om forgjengeren til asl./asal. §8-7, asl.1976 §12-10

¹³⁶ Det materielle kravet i asl./asal. § 3-9 oppfyller ikke uten videre vilkåret i unntaket i § 3-8(1) annet punktum pkt. 4 om ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Men begge lovfester et armlengdes avstands prinsipp, og i mange tilfelle kan det være samsvar.

¹³⁷ For lån/garantier se pkt.4.1.4

skal styret vedlegge en redegjørelse for avtalen, jf. (2). Denne redegjørelsen skal være utarbeidet etter reglene i asl./asal. § 2-6, og inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det selskapet skal yte og verdien av det selskapet skal motta. Redegjørelsen skal uten opphold, dvs. allerede før generalforsamlingens vedtak,¹³⁸ meldes til Foretaksregisteret.

Etter § 2-6 må redegjørelsen inneholde en beskrivelse av ervervet eller avtalen, opplysning om de prinsipper som er fulgt ved vurderingen av de eiendeler selskapet skal overta (bruksverdi/omsetningsverdi)¹³⁹, opplysning om de forhold som kan være av betydning for bedømmelsen av en avtale eller bestemmelse om at selskapet skal overta eiendeler eller bli part i en avtale, samt en erklæring om at de eiendeler selskapet skal overta har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget. Verdsetting av immaterielle eiendeler skal særskilt begrunnes.

Styret i et aksjeselskap kan utarbeide redegjørelsen selv, eller bruke eksterne konsulenter til utarbeidelsen. De vil allikevel være ansvarlige for redegjørelsens innhold,¹⁴⁰ og må selv signere denne, jf. asl. § 2-6 (2) første og annet punktum. Redegjørelsen må bekreftes av statsautorisert eller registrert revisor, jf. (2) tredje punktum

Styret i et allmennaksjeselskap skal derimot sørge for at statsautorisert eller registrert revisor utarbeider tilsvarende redegjørelse, og trenger ikke å selv signere denne, jf. asal. § 2-6 (2).¹⁴¹

Beskrivelsen av ervervet/avtalen etter § 2-6 skal være så utfyllende at den gir en mulighet til å få et rimelig godt inntrykk av hva som skytes inn (her erverves) og gjenstandens verdi

¹³⁸ Aarbakke m.fl. s.207

¹³⁹ Aksjeeierens m.v. ytelse skal aldri verdsettes høyere enn omsetningsverdien, jf. Rettsdata(v/Bråthen) note 133 til asl. § 2-6

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.132

¹⁴¹ Se pkt.3.1.3

for selskapet.¹⁴² Kravet om beskrivelse må sees i sammenheng med kravet om opplysninger om de forhold som kan være av betydning for bedømmelsen av en avtale. Eksempelvis må det vanligvis opplyses om gjenstandens alder og hva slags stand den er i.¹⁴³

Som man ser, følger det allerede av § 2-6 at styret skal gi en erklæring om at det er samsvar mellom ytelsene. Tilsvarende regel er tatt inn i asl./asal. § 3-8 for å tydeliggjøre at samme regel gjelder etter denne bestemmelsen.¹⁴⁴

Avtalen må videre ”godkjennes” av generalforsamlingen.

Paragraf 3-8 stiller ikke særlige krav til godkjenningen, og det alminnelige flertallskrav i asl./asal. § 5-17 kommer derfor til anvendelse. Etter § 5-17 fatter generalforsamlingen beslutninger ved flertall av de avgitte stemmer. Står stemmetallet likt, gjelder det som møtelederen slutter seg til, også når denne ikke har stemmerett. Vedtektene kan inneholde avvikende regler om stemmegivning, jf. § 5-17 (3).

En majoritetsaksjeeier vil normalt ha flertall på generalforsamlingen, og vil dermed kunne få gjennom de avtaler vedkommende ønsker. En aksjeeier vil ikke være inhabil ved behandlingen av slike avtaler, med mindre dette følger av selskapets vedtekter.¹⁴⁵ Det kan derfor hevdes at det ikke gir så stor mening å kreve generalforsamlingsbeslutning der selskapet skal inngå avtale med majoritetsaksjeeier eller eneste aksjeeier. Lovgiver har imidlertid ikke gjort unntak for dette, da krav om redegjørelse etter § 3-8 sikrer kontroll av at det er rimelig balanse mellom ytelsene, og at kravet om melding til Foretaksregisteret sikrer åpenhet.¹⁴⁶ Med tanke på at det er antatt at det kun er manglende

¹⁴² NOU1996:3s.109,jf. NOU1992:29s.77

¹⁴³ l.c.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.163: “Endringsforslaget tydeliggjør (...) at det blir uten betydning at § 2-6 første ledd nr. 4 etter sin ordlyd ikke omfatter tilfeller hvor det er motparten som skal yte pengevederlaget.”

¹⁴⁵ Se asl./asal. § 5-3 og Aarbakke m.fl. s. 339

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.47

generalforsamlingsbehandling som medfører ugyldighet, og det er datterselskapet (hvor morselskapet har kontroll) som må påberope seg ugyldigheten, kan man imidlertid spørre seg om regelen vil påberopes i slike tilfeller. Den nye regelen i ligningsloven¹⁴⁷ § 4-12 vil imidlertid sikre en viss dokumentasjonsplikt konserninterne transaksjoner for mange selskaper.

Forbudet mot misbruk av generalforsamlingens myndighet i asl./asal. § 5-21, setter materielle skranker for hva slags avtaler generalforsamlingen kan godkjenne. Aktuelt myndighetsmisbruk kan være samhandel mellom selskapet og aksjeeier som ikke skjer på markedsmessige vilkår. Bestemmelsen kan derfor begrense generalforsamlingens adgang til å godkjenne avtale som omfattes av asl./asal. § 3-8.¹⁴⁸ Denne begrensningen gir minoritetsaksjeeiere et visst vern. Domstolen kan etter omstendighetene fastslå det innhold beslutningen skulle hatt, istedenfor å kjenne beslutningen ugyldig, jf. asl./asal. § 5-24 (2). Dette minner om den generelle formuerettslige lempningsregelen i avtaleloven¹⁴⁹ § 36.

4.3 Unntak

Asl./asal. § 3-8 (1) annet punktum unntar enkelte avtaler som i utgangspunktet faller inn under bestemmelsens virkeområde.

4.3.1 Avtale inngått i samsvar med reglene om særskilte rettigheter og tingsinnskudd ved stiftelse eller kapitalforhøyelse

¹⁴⁷ Lov om ligningsforvaltning av 13. juni 1980 nr.24. Paragraf 4-12 lovfester en relativt inngripende dokumentasjonsplikt for konserninterne transaksjoner, men bare for selskaper av en viss størrelse.

¹⁴⁸ Aarbakke m.fl. s. 403

¹⁴⁹ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljserklæringer av 31.mai 1918 nr.4

Det første unntaket gjelder tingsinnskudd eller innskudd med særskilte rettigheter ved stiftelsen, eller senere ved en eventuell forhøyelse av aksjekapitalen, jf. § 3-8 (1) andre punktum pkt. 1., jf. §§ 2-4, 2-6 og 10-2.

Asl./asal. §§ 2-4, 2-6 og 10-2 ivaretar mange av de samme hensynene som § 3-8, hvilket gjør en slik avgrensning naturlig. Kravene til saksbehandling er i stor grad de samme. Både ved tingsinnskudd og innskudd med særskilte rettigheter kreves, som etter § 3-8, en redegjørelse etter § 2-6.¹⁵⁰ Det er generalforsamlingen som beslutter forhøyelse av aksjekapitalen ved nytegning av aksjer, jf. § 10-1 og det er stifterne¹⁵¹ som må undertegne stiftelsesdokumentet, hvor redegjørelse for tingsinnskudd inngår, jf. § 2-9.

Saksbehandlingen blir derfor hovedsakelig lik.

Erklæringen som kreves i § 3-8 gjelder imidlertid uavhengig av hva aksjeeierens m.v. ytelse består i, i motsetning til § 2-6, som gjelder tingsinnskudd. Det har allikevel blitt ansett som en unødvendig dobbeltbehandling om § 3-8 skulle dekket disse tilfellene.

4.3.2 Avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder, styremedlemmer, varamedlemmer og observatører og erklæring etter asal. § 6-16a

Godtgjørelse til daglig leder og avtale som nevnt i asl./asal. § 6-10 (og asal. § 6-16a), og er unntatt behandling etter asl./asal. § 3-8, jf. § 3-8 (1) andre punktum pkt. 2. Aksjelovene inneholder ingen særskilt bestemmelse om godtgjørelse til daglig leder og forutsetter for så vidt at hans godtgjørelse fastsettes av det organ som ansetter ham.¹⁵² Daglig leder ansettes av styret, om ikke annet er bestemt i vedtektene, jf. § 6-2 (2). Det følger av asl./asal. § 6-19

¹⁵⁰ Pkt.4.2

¹⁵¹ Stifterne (alle aksjeeierne på det tidspunktet) tilsvare sammensetningen på generalforsamlingen.

¹⁵² Aarbakke m.fl. s.486

(1) tredje punktum at fastsettelse av lønn og annen godtgjørelse til daglig leder skal skje i møte.¹⁵³

For allmennaksjeselskaper inneholder imidlertid asal. § 6-16a krav om at det utarbeides en erklæring om fastsettelse av lønn og annen godtgjørelse til daglig leder og andre ledende ansatte. Det er obligatorisk å angi retningslinjer for fastsettelse av lønn og annen godtgjørelse. Det nærmere innholdet av retningslinjene er dels frivillig, dels obligatorisk, jf. § 6-16a (3). Erklæringen skal legges frem på den ordinære generalforsamlingen, jf. asal. § 5-6 (3), men krever ikke generalforsamlingens godkjenning bortsett fra for tildeling av aksjer, tegningsretter, opsjoner og andre former for godtgjørelse som er knyttet til aksjer eller utviklingen av aksjekursen i selskapet eller i andre selskaper innenfor det samme konsernet, jf. § 6-16a (1) tredje punktum pkt. 3. Generalforsamlingen holder imidlertid en ”rådgivende avstemning” over styrets retningslinjer for lederlønnfastsettelsen, jf. § 5-6 (3) andre punktum.

Lovgiver har imidlertid ikke sett det nødvendig å kreve generalforsamlingens uttrykkelige godkjenning for noen av de ovennevnte tilfellene.¹⁵⁴

4.3.3 Avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering

Asl./asal. § 3-8 (1) annet punktum nr. 3 unntar videre avtaler om overdragelse av ”verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering”. Kursnoteringen vil normalt gjenspeile verdien av verdipapirene.¹⁵⁵ Regelen bygger på EUs annet selskapsdirektiv art. 11 nr. 2 om ”erverv på børs”.

¹⁵³ Ot.prp.nr.23(1996-1997)s.72-74: Fysisk oppmøte dersom dette er nødvendig for et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Fullmektig e.l. ikke tillatt.

¹⁵⁴ Lederlønnfastsettelse ble grundig drøftet i Ot.prp.nr.55(2005-2006) pkt.15.

¹⁵⁵ Bråthen(2007) s.85

Det første vilkåret er at det må være en avtale om overdragelse av ”verdipapirer”. Det er naturlig å legge definisjonen på omsettelige verdipapirer i verdipapirhandelloven § 2-2 (2) til grunn, da unntaket i § 3-8 forutsetter overdragbarhet. Dette omfatter blant annet aksjer.

En naturlig forståelse av begrepet ”offentlig kursnotering” er at kursene noteres/ listes på en måte som gjør at de er allment tilgjengelig. Oslo Børs er det mest kjente eksempelet, der kursene oppdateres fortløpende. Oslo Børs har tillatelse til å drive virksomhet som børs etter børsloven¹⁵⁶ § 33, men etter ordlyden i § 3-8 (1) annet punktum pkt. 3 er ikke dette noe krav. Oslo Axess har mindre strenge krav til opptak av selskaper enn Oslo børs¹⁵⁷, men tilnærmet like strenge krav til løpende forpliktelser. Både Oslo Børs og Oslo Axess følger Norex member rules¹⁵⁸ som blant annet stiller krav til kvaliteten på kursfastsettelsen for ordrer og omsetninger, jf. reglenes pkt. 4.6. I forhold til unntaket i § 3-8 taler derfor gode grunner for at også verdipapirer listet på Oslo Axess, og evt. andre lignende markedsplasser, oppfyller kravet til ”offentlig kursnotering” i § 3-8. Trolig vil også verdipapirer som er notert ved utenlandsk børs omfattes av unntaket.¹⁵⁹

Offentlig kursnotering vil utgjøre markedspris til enhver tid. Det vil derfor være lite rom for ubalanse mellom ytelsene, selv om kursnoteringen ikke nødvendigvis tilsvarer verdipapirenes/aksjenes virkelige verdi ved en nærmere analyse av selskapet. Det er ulikt syn på den virkelige verdien som avgjør om man kjøper eller selger. Man kunne tenke seg situasjoner der noe skjer i markedet, slik at det er stor sannsynlighet for at kursen vil synke kraftig, hvor datterselskapet kjøper morselskapets verdipapirer av morselskapet på et så tidlig tidspunkt som mulig, for å bremse/ta noe av morselskapets tap. Slike kjøp kan tenkes å innebære betydelige ”verdioverføringer” til morselskapet. Det forutsettes her at

¹⁵⁶ Lov om regulerte markeder (børsloven) av 29. juni 2007 nr.74

¹⁵⁷ Opptaksregler gitt med hjemmel i børsloven §24(1)

¹⁵⁸ <http://www.omxnordicexchange.com>

¹⁵⁹ Rettsdata(v/Bråthen) note 316D til §3-8(28.10.08). Sml. også den svenske aktiebolagslagen 29 §: ”reglerad marknad eller en motsvarande marknad utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet”.

opplysningene er gjort kjent i markedet. Ellers kunne det oppstått spørsmål om ulovlig innsidehandel.

Lovgiver har allikevel ikke funnet det hensiktsmessig å kreve saksbehandling etter § 3-8 ved avtaler om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering.

4.3.4 Avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler

Det mest praktiske unntaket, og det som reiser de vanskeligste avgrensningsspørsmålene er avtaler som inngås som ledd i selskapets ”vanlige virksomhet” og inneholder ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, jf. § 3-8 (1) annet punktum pkt. 4.

Frem til lovendringen i 2006 var ordlyden ”forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet”. Tolkningen av begrepet ”forretningsavtaler” voldte mye tvil.

I høringsrunden før lovendringen stilte advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co spørsmål ved om unntaket ”kun omfatter avtaler som utgjør et selskaps kjernevirksomhet (bilfabrikken selger biler), eller om det også omfattet avtaler som ethvert selskap normalt inngår (avtale om leie av kontorlokaler, regnskapstjenester etc.)”. Lovgiver mente at gode grunner talte for at også andre ordinære avtaler enn de som utgjør selskapets kjernevirksomhet, omfattes av unntaket. Bestemmelsen ble derfor omformulert. Det ble presisert at man med den nye ordlyden tok sikte på at også andre avtaler som ”selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet”, skal omfattes.¹⁶⁰

Selv om man nå har fått noe mer klarhet i hva unntaket omfatter, er det fremdeles usikkerhet knyttet til tolkningen.

¹⁶⁰ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.48

Unntaket inneholder nå to kumulative vilkår. Avtalen må være ledd i ”selskapets vanlige virksomhet” og inneholde ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”.

En naturlig forståelse av vilkåret om at avtalen må være ledd i ”selskapets vanlige virksomhet” er at avtalen må være virksomhetsrelatert. Som uttrykt i forarbeidene, må det dreie seg om avtaler som selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet.¹⁶¹ Lovgiver gir imidlertid ikke uttrykk for at det bare er den type avtaler selskapet pleier å inngå som omfattes. At paragraf 3-8 ikke skal vanskeliggjøre gjennomføringen av legitime transaksjoner,¹⁶² taler for at begrepet ”selskapets vanlige virksomhet” tolkes vidt.¹⁶³ Et moment som taler for at disposisjonen er legitim er at selskapet også ville inngått denne type avtale med utenforstående tredjemann.¹⁶⁴ Lovgiver legger til grunn at de eksempler som er nevnt i høringsuttalelsen fra Wikborg, Rein & Co, vil falle inn under unntaket, dvs. avtaler som ethvert selskap normalt inngår, som avtale om leie av kontorlokaler og regnskapstjenester. Dette er typiske avtaler om støttefunksjoner, for at selskapet skal kunne drive sin virksomhet.¹⁶⁵

Lagmannsretten synes i den nevnte Nøtterøy Golfbane-dommen¹⁶⁶ å legge vekt på både selskapets formål, i hvilken grad disposisjonen går ut over minoritetsaksjeeiere og kreditorer, samt momenter som kaster lys over bakgrunnen for avtaleinngåelsen. Det ble lagt vekt på at leieavtalen ikke fremsto som en ”forretningsmessig ordinær eller velgrunnet disposisjon” for selskapet.

¹⁶¹ I.c.

¹⁶² Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.47

¹⁶³ Ot.prp.nr.55(2005-2006)s.48

¹⁶⁴ Aarbakke m.fl. s.206 og LA-2006-38534

¹⁶⁵ Abrahamsen/Aase s.357

¹⁶⁶ LA-2006-38534, Se pkt.4.1.3

Det følger av dommen at det må tas hensyn til selskapets formål. Selskapets formål er fastsatt i vedtektene. Dersom dette er svært generelt formulert fastsetter ikke nødvendigvis dette grensen. Hvis det vedtektsfestede formålet på den annen side er snevert kan det at avtalen ligger innenfor dette være et moment. Hvis en avtale ligger på siden av eller utenfor det vedtektsfestede formålet, kan det være vanskelig å anse den som et ledd i selskapets ”vanlige virksomhet”.¹⁶⁷

I Nøtterøy Golfbane-dommen¹⁶⁸ presiserte lagmannsretten at det som utgangspunkt kan ligge innenfor rammen av et golfselskaps formål og vanlige virksomhet å leie et tilleggsareal av en naboeiendom, som vil gjøre golfbanen bedre m.v. Men å leie et så stort område for en så lang periode som de gjorde, når det var helt uvisst hva slags behov de ville ha fremover, kunne ikke anses forretningsmessig velbegrunnet.

Det har vært drøftet om det er adgang til å vurdere om en konsernintern avtale er forretningsmessig begrunnet for konsernet som helhet, fremfor å bruke det enkelte konsernselskap som målestokk.¹⁶⁹ Om det gjelder en Rozenblum-doktrine¹⁷⁰ i norsk rett. Bråthen hevder at vurderingen av om en konkret avtale omfattes av unntaket i § 3-8, må skje på bakgrunn av at avtalen gjelder mellom selskaper i samme konsern. Det er imidlertid tvilsomt at det gjelder en slik doktrine, helt eller delvis, i norsk rett.¹⁷¹ Særlig fordi lovgiver har uttalt at spenningsforholdet mellom konsernet og konsernselskapene, skaper en særlig risiko for at hensynet til det enkelte konsernselskaps særkreditorer, minoritetsaksjeeiere og

¹⁶⁷ Sigurdsen s.125

¹⁶⁸ LA-2006-38534, se pkt. 4.1.3

¹⁶⁹ Stølen s.402-419

¹⁷⁰ Doktrine utviklet gjennom praksis ved Cour de Cassation, som oppstiller tre kriterier for at et konsernselskaps interesse kan vike for en overordnet konserninteresse. De tre kumulative vilkårene er: en fast etablert konsernstruktur, konsekvent og koordinert politikk i relasjon til den virksomhet konsernet driver og at fordeler og ulemper som påføres konsernet, fordeles mellom mor- og datterselskap på en balansert måte. Jf. Stølen s.403-404.

¹⁷¹ Stølen s.417-419

ansatte m.v. kan bli tilsidesatt.¹⁷² Da § 3-8 blant annet er satt til å beskytte nettopp disse partene, kan jeg uten klarere holdepunkter, vanskelig se at en avtale som overstiger 10%/5% av aksjekapitalen med eksempelvis et morselskap, skal kunne unntas saksbehandling etter § 3-8 fordi avtalen er forretningsmessig begrunnet for morselskapet og dermed for hele konsernet som helhet. Slike avtaler kan det også i konsernforhold være grunn til å sikre åpenhet om.¹⁷³

I Sverige er tilsvarende ordlyd "löpande affärsverksamhet", jf. aktiebolagslagen¹⁷⁴ 29 §. Det har der vært hevdet at mye taler for at oppgaver som faller inn under daglig leders myndighet som regel vil falle inn under unntaket.¹⁷⁵ Uten at det nødvendigvis er begrenset til dette.¹⁷⁶ I Danmark er tilsvarende ordlyd "selskabets sædvanlige forretningsmæssige dispositioner", jf. aktieselskabsloven § 6c. Begrepenes utforming i Sverige og Danmark kan etter omstendighetene være veiledende ved grensedragningen.

Gode grunner taler etter dette for at vurderingen av om en avtaler er ledd i "selskapets vanlige virksomhet" må skje med utgangspunkt i det enkelte selskap.

For at en avtale skal falle inn under unntaket i § 3-8 (1) annet punktum pkt. 4 er det også et vilkår at den "inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler". Ordlyden tyder på at et armlengdes avstands prinsipp skal legges til grunn, slik at det er eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på vedkommende område som er målestokken.¹⁷⁷

Har man tidligere inngått lignende avtaler med utenforstående tredjemenn kan dette være veiledende for hva slags vilkår som må anses å være i overensstemmelsen med lovens krav.

¹⁷² NOU1996:3 s.86-88

¹⁷³ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.47

¹⁷⁴ Lag 2007:566

¹⁷⁵ Svernlöv i Juridisk tidskrift 2001-2002 s. 369

¹⁷⁶ Bråthen(2007) s.84

¹⁷⁷ NOU1992:29 s.81

Dersom en avtale er inngått på vilkår fastsatt i tariffavtale eller standarder (eksempelvis Norsk Standard), vil det være grunn til å anta at denne vil omfattes av unntaket. Har man ikke denne typen objektive vurderingskriterier, må det foretas en helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som ”forretningsmessig begrunnet”.¹⁷⁸

En disposisjon vil typisk være forretningsmessig begrunnet dersom den er egnet til å gi selskapet en økonomisk vinning eller beskytte det mot tap. Jo større økonomisk fordel for selskapet, desto større grunn til å anta at disposisjonen omfattes av unntaket.¹⁷⁹ Til tross for ordlyden må forretningsmessige avtaler som er mer gunstige for selskapet enn det som er vanlig godtas.¹⁸⁰ Allikevel må det være klart at en disposisjon kan falle inn under unntaket, slik ordlyden er i dag, også uten at avtalen innebærer noen fortjeneste for selskapet for selskapet, eller forhindring av tap.

Spørsmålet man må stille er om man ville inngått den samme avtalen med en utenforstående tredjemann?¹⁸¹ I juridisk teori¹⁸² er det trukket frem praksis rundt skatteloven § 13-1, som gjelder interessefelleskap.

I Nøtterøy Golfbane-dommen¹⁸³ forelå det ikke eksterne normer for bedømmelsen av leieavtalen, og retten måtte foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering. Avtalevilkårene innebar at Nøtterøy Golfbane AS i hovedsak finansierte ervervet av eiendommen (gjennom leie), mens aksjeeierne sikret seg muligheten til å høste en betydelig fortjeneste dersom planlagte utbyggingsplaner på eiendommen lot seg realisere. Unntaket i § 3-8 kom derfor ikke til anvendelse, og leieavtalen ble ansett ugyldig etter § 3-8.

¹⁷⁸ l.c.

¹⁷⁹ Rettsdata(v/Bråthen)note til asl.§3-8 (17.09.08)

¹⁸⁰ l.c.

¹⁸¹ Rettsdata(v/Bråthen)note til asl.§3-8 (17.09.08)

¹⁸² Aarbakke m.fl.

¹⁸³ LA-2006-38534, Se pkt.4.1.3 og 4.3.4 (ovenfor)

4.3.5 Avtale der selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner, og som er godkjent av styret (kun for aksjeselskaper)

Aksjeloven § 3-8 (1) annet punktum pkt. 5 inneholder et siste unntak. Avtaler som innebærer en ytelse fra aksjeselskapet som har en virkelig verdi som ”utgjør mindre enn 50 000 kroner”, vil unntas bestemmelsens virkeområde. Dersom selskapet skal kunne benytte seg av unntaket kreves styrets godkjenning.

Styret kan imidlertid godkjenne dette i etterkant av at avtalen er inngått.¹⁸⁴ Denne muligheten samsvarer således med den muligheten generalforsamlingen har til å godkjenne i etterkant etter bestemmelsens første ledd.

Unntaksadgangen medfører at det innføres et minstebeløp for når bestemmelsen får anvendelse og fjerner den uheldige virkningen grensen på ti prosent kan ha, særlig for aksjeselskap med lav egenkapital. Kravet om at styret må godkjenne avtalen, sikrer kontroll med avtaler under terskelverdien.¹⁸⁵

4.3.6 Unntaket for avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet m.v. i forhold til lån og garantier

Det unntaket som reiser flest avgrensningsspørsmål i forhold til lån og garantier, er unntaket for avtaler som inngås som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, jf. § 3-8 (1) annet punktum pkt. 4.

Kreditt og sikkerhetsstillelse er spesielt fordi avtalen ikke innebærer overføring av en eiendel, tjeneste eller lignende; ytelser som normalt vil indikere om avtalen er en del av selskapets ”vanlige virksomhet”. Et lån er en ytelse av penger mot penger (i form av renter

¹⁸⁴ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.47

¹⁸⁵ Rettsdata Note 2006/5-12 til §3-8 (20.11.08)

m.v.), mens en sikkerhetsstillelse gjerne skjer ved at man garanterer for et lån av penger, mot evt. garantiprovisjon.

Spørsmålet blir om man må vurdere om det å gi kreditt eller stille sikkerhet i seg selv er en del av selskapets "vanlige virksomhet", eller om man må se på formålet med lånet eller lånet man stiller sikkerhet for. Det er ikke klart om det er långivningen/sikkerhetsstillelsen i seg selv, eller formålet med lånet/lånet det stilles sikkerhet for, som skal være målestokken. Lovgiver fremhever at dette unntaket i § 3-8 langt på vei må foretas etter konkret skjønn, og at det nærmere innholdet av bestemmelsen må utvikles gjennom praksis. Etter dette taler gode grunner for at det må bero på en helhetlig vurdering, hvor både formål og långivning/sikkerhetsstillelse i seg selv kan ha betydning.

Med mindre selskapet er en bank eller en kredittinstitusjon må det kreves klare holdepunkter for å anse lån eller sikkerhetsstillelse som et ledd i selskapets vanlige virksomhet.¹⁸⁶ Er slike avtaler noe selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet?¹⁸⁷ Det må være klart at det kan være tilfelle ved låneopptak. Dersom selskapet på den annen side yter lån eller stiller sikkerhet er det vanskeligere å se at dette er noe "selskapet" har behov for. Man kan tenke seg at et salg på kreditt til aksjeeier vil gjøre det enklere for selskapet å selge produktet/tjenesten, og at selskapet sånn sett har behov for å gi kreditt. Men dersom de kan selge sine varer eller tjenester til en utenforstående tredjemann uten å gi kreditt, blir et slikt behov fiktivt.

Som nevnt kan det ved konserninterne disposisjoner stilles spørsmål ved om konsernet som helhet kan være målestokken for om en avtale er ledd i selskapets vanlige virksomhet. Det er en særlig interessant problemstilling ved lån og garantier, da det kan variere hvilke av selskapene som har likviditetsbehov. Ved lån og garantier til fordel for hverandre, kan man optimalisere bruken av likviditet i konsernet til enhver tid. Saksbehandlingsreglene hindrer ikke dette, men kan gjøre slike ordninger mindre fleksible.

¹⁸⁶ Sigurdsen s.125

¹⁸⁷ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.48

Hensynene til åpenhet og hindre skjulte formuesoverføringer, taler imidlertid for at det skal særlig grunner til for å si at et lån eller en kreditt til aksjeeier m.v. er ledd i selskapets vanlige virksomhet. Som nevnt kan det at selskapet tar opp lån stille seg annerledes.

Konsernkontoordninger kan muligens stille seg annerledes enn rene låneytelser eller låneopptak. Konsernkontoordning er unntatt begrensningene for kreditt og sikkerhetsstillelse i asl./asal. § 8-7, jf. § 8-7 (3) pkt. 2 og (4). I den forbindelse defineres konsernkontoordning i forarbeidene som en ordning som går ut på at "ett av selskapene i konsernet står som innehaver av en konto, mens andre selskaper i konsernet har hver sine underkonti tilknyttet hovedkontoen. Saldoen på hovedkontoen tilsvarer nettoen av samlet innestående og trekk på underkontiene. Mellomværendene mellom selskapet som er innehaver av hovedkontoen, og de andre konsernselskapene utgjør et låneforhold mellom selskapene."¹⁸⁸ Justisdepartementets lovavdeling har i tolkningsuttalelse presisert at denne beskrivelsen ikke kan forstås slik at den sperrer for andre kontoløsninger som omfattes av lovens ordlyd, og som ikke strider mot bestemmelsenes formål.¹⁸⁹

Et datterselskaps deltakelse i en konsernkontoordning vil ofte være forretningsmessig begrunnet ut fra egne behov. Det gir en fleksibilitet og tilgang på likviditet som kan gjøre driften av virksomheten mer effektiv. De fleste banker tilbyr slike konsernkontoordninger, og det er en svært vanlig ordning. Dersom deltakelsen er forretningsmessig begrunnet for det enkelte datterselskap, taler dette for at ordningen er en del av "selskapets vanlige virksomhet".

Dersom en konsernkontoordning innebærer at datterselskapet må stille sikkerhet for morselskapet for en kassakredittordning, knyttet opp mot konsernkontoordningen, kan dette innebære at datterselskapets kreditorer kan komme i en dårligere stilling enn i tilfeller der deltakelse i en konsernkontoordning bare omfatter innskudd og trekk på en konto i et felles

¹⁸⁸ Ot.prp.nr.21(2002-2003) s.10

¹⁸⁹ JDLOV-2004-06494

konsernkontosystem. Dette kan tale for at konsernkontoordninger som innebærer datters sikkerhetsstillelse for morselskapet ikke er noe datterselskapet har behov for, og at en slik ordning derfor ikke kan ses som selskapets vanlige virksomhet. En slik sikkerhetsstillelse for en kassakontoordning vil på den annen side gjøre at også datterselskapet kan trekke på kassakreditten, og dermed selv ha en enklere tilgang på likviditet. Skulle datterselskapet tatt opp tilvarende lån selv, måtte jo datter ha stilt sikkerhet overfor banken i alle tilfelle.

Variantene av konsernkontoordninger er mange. Gode grunner taler for at mange av variantene kan anses som en del av "selskapets vanlige virksomhet". Løsningen er allikevel usikker.

Videre må låneavtalen, avtalen om sikkerhetsstillelse eller konsernkontoordningen inneholde "pris og vilkår som er vanlige for slike avtaler", dersom unntaket i § 3-8 (1) annet punktum pkt. 4 skal komme til anvendelse. I dette ligger et krav om at vilkårene avtalen stilles på, må være i overensstemmelse med eventuelle eksterne normer, dersom slike finnes.

At lånet/sikkerhetsstillelsen skal skje på vilkår overensstemmende med eksterne normer, betyr antageligvis at det må være lån til markedsrente og garantistillelse mot normal garantiprovisjon.¹⁹⁰ Dersom selskapet tar opp lån, må det være klart at en gunstigere (lavere) rente enn markedsrente ikke vil gjøre at dette vilkåret ikke er oppfylt. Det er tapping av selskapet bestemmelsen søker å hindre.

I Nøtterøy Golfbane-dommen¹⁹¹ svarte leiebeløpet til aksjeeiers/utleiers renteutgifter på eiendomslånet, og Lagmannsretten mente at selskapet betalte leie for et langt større areal enn de hadde behov for.

¹⁹⁰ Antageligvis vanskeligere å fastslå hva dette er enn hva markedsrente er.

¹⁹¹ LA-2006-38534, se pkt.4.1.3 og 4.3.4

Hvis det er selskapet som tar opp et lån, kan man tenke seg at det vil være i strid med prinsippet om armlengdes avstand, ikke bare ved betaling av høyere rente enn markedsrente, men også dersom de tar opp et unødvendig høyt lån, slik at rentekostnadene blir unødvendig høye.

Forutsatt at man åpner for å se et konsern under ett (se ovenfor) kan det hevdes at andre vilkår enn markedsmessige kan oppfylle kravene i unntaket, dersom dette må regnes som forretningsmessig begrunnet for konsernet som sådan. Det vil nok allikevel være tvilsomt om man kan foreta en slik helhetlig konsernvurdering når det gjelder vilkårene avtalen er inngått på. Lovgiver fremhever at det skal benyttes eksterne normer ved vurderingen av om en disposisjon faller inn under unntaket i § 3-8, dersom slike eksterne normer er tilgjengelig. Det er først der det ikke foreligger slike objektive kriterier at man ”må (...) foreta en helhetsvurdering av om avtalen fremstår som forretningsmessig begrunnet”.¹⁹² Slike eksterne normer for långivning og sikkerhetsstillelse, vil antageligvis ikke være vanskelig tilgjengelig.¹⁹³

4.4 Følger ved brudd på saksbehandlingsreglene

En avtale som faller inn under asl./asal. § 3-8s anvendelsesområde, er ”ikke bindende for selskapet uten at avtalen godkjennes av generalforsamlingen”, jf. asl./asal. § 3-8 (1) første punktum. Asl./asal. § 3-8 inneholder med dette en spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel¹⁹⁴ som medfører ugyldighet.

Generalforsamlingens godkjenning vil mangle der avtalen ikke har vært lagt frem for generalforsamlingen overhodet, eller der avtalen ikke har fått flertall på generalforsamlingen, jf. asl./asal. § 5-17 (1). Fordi det er ”avtalen” som må godkjennes av

¹⁹² NOU1992:29s.81

¹⁹³ NIBOR m.v.

¹⁹⁴ Bråthen(2007) s.88

generalforsamlingen, kan man ikke anse generalforsamlingen for å ha godkjent denne dersom den legges frem i forvansket form e.l. Avtalen som godkjennes av generalforsamlingen må være den samme som inngås.

Overtredelse av kravene om utarbeidelse av en redegjørelse og melding til Foretaksregisteret medfører etter uttalelser i forarbeidene ikke ugyldighet.¹⁹⁵ Loven er imidlertid bygget opp slik at styrets redegjørelse (med erklæring) skal være det faktiske grunnlag for den beslutning som generalforsamlingen skal fatte.¹⁹⁶ Gode grunner taler derfor for å oppfatte lovgivers uttalelse slik at manglende redegjørelse og melding til Foretaksregisteret ikke medfører ugyldighet, så lenge generalforsamlingen har godkjent ”avtalen” på riktig faktisk grunnlag; mens en redegjørelse eller erklæring som inneholder feil, eller uriktige opplysninger, må medføre ugyldighet i den grad det har påvirket generalforsamlingens beslutning.¹⁹⁷ Dersom kravene til redegjørelsens innhold i asl./asal. § 2-6 ikke er fulgt, skal det nok noe til å si at dette ikke kan ha hatt innvirkning på generalforsamlingens beslutning. Kravene i § 3-8 (2), jf. § 2-6 er stilt opp nettopp for at redegjørelsen skal inneholde tilstrekkelig informasjon til generalforsamlingen.

Et interessant spørsmål er imidlertid om manglende erklæring fra styret om rimelig samsvar mellom ytelsene, jf. § 3-8 (2) annet punktum, normalt kan sies å ha hatt innvirkning på generalforsamlingens beslutning. Beskrivelsen av avtalen skal som nevnt¹⁹⁸ være så utfyllende at den gir en mulighet til å få et rimelig godt inntrykk av hva som ytes/erverves.¹⁹⁹ Spørsmålet blir om generalforsamlingens faktiske beslutningsgrunnlag ikke er tilstrekkelig utfyllende dersom en slik erklæringen mangler. Det er tvilsomt om en slik erklæring tilfører faktisk informasjon utover det som følger av redegjørelsen ellers. Når lovgiver i tillegg har antatt at manglende redegjørelse ikke medfører ugyldighet, kan

¹⁹⁵ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.48

¹⁹⁶ Abrahamsen/Aase s.364

¹⁹⁷ Abrahamsen/Aase s.364

¹⁹⁸ Pkt.4.2

¹⁹⁹ NOU1996:3 s.109, jf. NOU1992:29 s.77

antageligvis ikke manglende erklæring i en redegjørelse heller føre til ugyldighet, så lenge dette ikke man kan si at dette har virket inn på generalforsamlingens stemmegivning og beslutning.

Dersom generalforsamlingens godkjenning har blitt til på ulovlig måte, eller for øvrig er i strid med loven eller selskapsvedtektene, må dette anses likt som manglende godkjenning²⁰⁰ og godkjenning på feil faktisk grunnlag.

Ordlyden ”for selskapet” tyder på at medkontrahenten ikke kan si seg ubundet av avtalen pga manglende generalforsamling m.v. i ”selskapet”. Det er ingen god grunn til at medkontrahenten skulle hatt en slik rett. Saksbehandlingen i ”selskapet” påvirker normalt ikke medkontrahentens forutsetninger for å inngå avtale. Dersom medkontrahenten har sikret seg, og inntatt en klausul om at bindende avtale forutsetter gyldig saksbehandling etter § 3-8 i ”selskapet”, er det ved uteblivende gyldig behandling og godkjenning på generalforsamlingen i ”selskapet” ennå ikke inngått bindende avtale. Problemstillingen i det følgende hva som skjer dersom avtalen er kommet i stand, men manglende saksbehandling etter § 3-8 medfører at den allikevel er ugyldig.

Det kan virke urimelig at selskapet ensidig skal kunne påberope seg ugyldighet på grunn av manglende generalforsamlingsbeslutning i en ubegrenset periode etter avtaleinngåelsen.²⁰¹ Normalt vil ugyldighet gå ut over den som har forårsaket forholdet som fører til ugyldighet, og dersom tredjemenn har forårsaket forholdet vil godtroende medkontrahent ofte være beskyttet, jr. avtaleloven kap. 3.

Asl./asal. § 3-8 gjelder i hele selskapets levetid, slik at et nytt styre, nye aksjeeiere eller selskapets konkursbo kan påberope seg ugyldighet lenge etter at avtalen ble inngått.²⁰² Det betyr at man kan tenke seg situasjoner der selskaper vil spekulere i å ikke godkjenne avtaler

²⁰⁰ Andenæs, Selskapsrett (2007) s. 219 og Andenæs, Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper (2006) s. 432

²⁰¹ Foreldelsesregler kan komme inn.

²⁰² Bråthen (2007) s. 88-89.

på generalforsamling. På den måten kan selskapet påberope ugyldighet etter § 3-8 dersom det viser seg at avtalen ikke var gunstig. Eller, ettergodkjenne avtalen på generalforsamling dersom de ønsker å være bundet av den. Dette vil kanskje særlig være aktuelt ved endret aksjeeier-sammensetning. Ved kjøp av selskaper eller fusjoner vil det være svært vanskelig å få oversikt over slike mulige påberopelser fra tidligere avtaleparter. Det vil også være vanskelig å stille dette som forbehold ved kjøp av selskap eller fusjon, fordi dette er et forhold som det selskapet man kjøper/fusjonerer med vanskelig vil kunne påvirke på dette tidspunktet.

Dette bringer meg over i spørsmålet om det er adgang til å ta forbehold i avtaler om at avtaleparten følger alle saksbehandlingsregler, og ikke senere kan påberope seg ugyldighet på grunn av manglende saksbehandling. Med andre ord å avtalefeste en forutsetning om at kravene i § 3-8 er fulgt, dersom man som avtalepart omfattes av personregisteret i bestemmelsen. Dersom styret i "selskapet" etter § 3-8 inngår en avtale med en slik fortsetning, vil dette være en slags omgåelse av generalforsamlingsbehandlingen. Hensynene bak bestemmelsen, og omgåelsesbetraktninger gjør at det er tvilsomt om et slikt forbehold vil stå seg. Men det er antageligvis ikke noe i veien for å sette som vilkår for bindende avtale, at det legges frem generalforsamlingsprotokoll e.l. som viser at avtalen er godkjent. Eller eventuelt en redegjørelse for hvorfor dette ikke er nødvendig. Dette vil kunne være nyttig å legge frem ved en eventuell fremtidig fusjon eller ved salg av selskap m.v.

Det er sikker rett at medkontrahenten ikke kan påberope seg legitimasjonsregelen i asl./asal. § 6-33 ved at styret, daglig leder eller andre som representerer selskapet utad har inngått avtaler som skulle ha vært lagt frem på generalforsamlingen i "selskapet".²⁰³

Selskapet eller den eller de som har inngått en avtale som omfattes av § 3-8 uten å følge saksbehandlingsreglene kan imidlertid risikere å bli erstatningsansvarlig overfor

²⁰³ NOU1992:29 s.80. Se også Aarbakke m.fl. s.204.

medkontrahtenten for det tap vedkommende har lidt som følge av ugyldigheten. Dette forutsetter culpa, forsett eller uaktsomhet. Dersom eksempelvis styret har inngått en avtale med en de visste eller måtte vite at var aksjeeier m.v., som innebærer en ytelse fra selskapet som styret visste eller måtte vite at utgjorde mer enn 10%/5% av aksjekapitalen, og ugyldighet pga. manglende saksbehandling etter § 3-8 er årsak til medkontrahtentens tap, er vilkårene for erstatningsansvar oppfylt. Selskapet har den mulighet å ettergodkjenne avtalen på generalforsamlingen, og på den måten reparere ugyldigheten, men det krever at det faktisk er mulig å få flertall for dette på generalforsamlingen.

Dersom selskapets generalforsamling ikke ettergodkjenner avtalen, kan selskapet unnlate å yte sin del av avtalen uten å risikere misligholdsbeføyelser. Dersom selskap og aksjeeier m.v. har utvekslet ytelse, skal ytelsene ”tilbakeføres”, jf. § 3-8 (3) første punktum.

Dersom partene har ytelsene i behold, slik at de faktisk kan levere ytelsene tilbake, medfører ikke dette større problemer. Ved restitusjonsoppgjøret må det gjelde et ytelse mot ytelse prinsipp, slik at medkontrahtenten kan holde tilbake selskapets ytelse inntil medkontrahtentens egen ytelse tilbakeføres. Det er i teorien antatt at hensynet til bestemmelsens effektivitet neppe er så tungtveiende at medkontrahtenten har en ubetinget tilbakeføringsplikt.²⁰⁴

I mange tilfelle vil imidlertid en av ytelsene være forbrukt eller av en slik art at det ikke kan tilbakeføres. Det siste vil eksempelvis være tilfelle ved tjenesteytelser. For slike tilfeller er det antatt at restitusjonsplikten går over til en verdierstatningsplikt.²⁰⁵ Verken selskapet eller medkontrahtenten kan etter dette høres med at ytelsen er forbrukt, og derfor ikke kan restitueres. Dersom selskapet har kjøpt en tjeneste, vil det imidlertid ofte være virkningsløst å påberope ugyldighet og kreve restitusjon. Ved verdierstatning vil antageligvis tjenesten bli verdsatt til markedspris, slik at oppgjøret skjer i form av verdien av tjenesten (markedspris) mot vederlaget som ble betalt. Dersom disse størrelsene er like

²⁰⁴ Aarbakke m.fl. s.208

²⁰⁵ I.c.

store, noe de vil være dersom det ble betalt markedspris for tjenesten, vil ikke restitusjonsoppgjøret/verdierstatningen ha noen funksjon. Det vil bare bli en bytting av penger. Dersom "selskapet" på den annen side betalte overpris for tjenesten, kan det være gunstig for selskapet å påberope seg ugyldighet og kreve restitusjon.

Problemstillingen rundt tjenesteytelser og ytelser som er forbukt var oppe i høringsrunden før lovendringen i 2006.²⁰⁶ Lovgiver drøftet ikke dette i særlig grad. Det er grunn til å tro at lovgiver ikke så dette veldig problematisk, fordi selskapets vurdering av når det er gunstig å påberope ugyldighet etter § 3-8 og ikke i de ovenfor nevnte tilfellene, i stor grad vil henge sammen med om det har skjedd en verdioverføring fra selskapet. Der dette ikke har skjedd vil det være mindre grunn for selskapet å påberope dette, men da er det kanskje heller ikke så viktig med tanke på at verdier egentlig ikke er "tappet fra selskapet". Dette kan stille seg annerledes der tjenesten i seg selv var unødvendig.

Det er verdt å merke seg at tjenesteytelser ofte, men ikke alltid, vil være unntatt gjennom unntaket i § 3-8 (1) annet punktum pkt. 4.

Asl./asal. § 3-8 (3) annet punktum gir asl./asal. § 3-7 (2) tilsvarende anvendelse. Paragraf 3-7 (2) slår fast at "den som på selskapets vegne medvirker til en beslutning om eller gjennomføring av ulovlig utdeling (...) er ansvarlig for at utdelingen blir tilbakeført til selskapet". I motsetning til et eventuelt erstatningsansvar overfor medkontrahenten, er det her tale om et erstatningsansvar overfor "selskapet".

Ansaret forutsetter at vedkommende "forsto eller burde forstått at utdelingen er ulovlig". Med andre ord et vanlig culpa-ansvar. Ordlyden i § 3-7 (2) sier ikke om ansaret skal være subsidiært, slik at selskapet må gå på medkontrahenten først. Dersom det ikke er subsidiært, kan det medføre tilfeldige løsninger, ved at selskapet velger det økonomisk mest gunstige på det tidspunkt ugyldighet etter § 3-8 påberopes. Dersom selskapets ytelse

²⁰⁶ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s.48

til medkontrahenten har sunket i verdi siden avtalen ble inngått er det gunstigere å kreve erstatning etter § 3-7 (2), og dersom det har skjedd en verdistigning er det gunstigere å kreve restitusjon.²⁰⁷ I juridisk teori er det uenighet rundt spørsmålet om erstatningsplikten er subsidiær i forhold til restitusjonsplikten.²⁰⁸ Etter min mening er det naturlig å forstå ordlyden i § 3-8 (3) på en slik måte at ansvaret etter § 3-7 (2) ved avtaler i strid med § 3-8 er subsidiært. Ved flere ansvarlige vil ansvaret være solidarisk.²⁰⁹

Et ansvar som nevnt vil typisk kunne gjøres gjeldende mot styreleder, daglig leder, revisor, aksjeeier eller andre som har handlet på selskapets vegne. Forfølging av selskapets krav etter asl./asal. § 3-7 (2) hører i utgangspunktet under styret, i motsetning til erstatningskrav med hjemmel i asl./asal. § 17-1, som krever generalforsamlingsbeslutning, jf. § 17-3 (1).

4.4.1 Følger ved brudd i forhold til lån og garantier

Dersom et lån er ytet i strid med § 3-8, gjelder hovedregelen om at lånet skal tilbakeføres, jf. § 3-8 (3) første punktum. Et lån vil ofte være forbrukt, eller ha gått til erverv av noe annet. Da går som nevnt restitusjonsplikten over til en verdierstatningsplikt.

I forhold til det som tidligere er sagt om sikkerhetsstillelse og garantier, er det interessant å se de ulike måtene å se en sikkerhetsstillelse til fordel for en aksjeeier m.v. på ift. § 3-8 opp mot virkningene av brudd på bestemmelsen.

Dersom man ser den underliggende avtalen om garantistillelse, og garantistillelsen overfor banken som to separate avtaler, og ikke anser banken for å være omfattet av avtalepartene etter § 3-8, oppstår det særlige problemstillinger med tanke på følgende av at saksbehandlingsreglene i § 3-8 ikke er fulgt. Da vil den underliggende avtalen anses

²⁰⁷ Støkkebo s.55

²⁰⁸ Aarbakke m.fl. s.201, nå delvis Andenæs s.455, motsatt Perland(1999) s.154-155

²⁰⁹ Aarbakke m.fl. s.201

ugyldig, mens selve garantistillelsen overfor banken vil bli stående. I slike tilfeller vil det være lite gunstig for "selskapet" å påberope ugyldighet etter § 3-8, fordi virkningen vil bli at de sitter igjen med å stå som garantist uten eventuell kompensasjon og avtale som regulerer regressoppgjør m.v. Å se en garantistillelse som to separate avtaler, vil dermed kunne begrense § 3-8s effekt.

Dersom man isteden ser den underliggende avtalen og garantistillelsen under ett, eller anser banken for å handle "etter avtale" med låntakeren, vil en påberopelse av ugyldighet medføre et reelt restitusjonsoppgjør, slik at selskapet kan bli stilt som om avtalen ikke var inngått.

Reelle hensyn, og særlig hensynet til asl./asal. § 3-8s effektivitet, taler etter dette for å se hele avtalekomplekset, låntaker – långiver – garantist, som ett avtaleforhold i forhold til § 3-8.

5 Registre

5.1 Litteraturliste

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone og Skåre, Jan: Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave, 2. utgave 2004 (Universitetsforlaget). I fotnoter: *Aarbakke m.fl.*

Abrahamsen, Thomas og Aase, Sindre: Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær, 2004 (Tidsskrift for Forretningsjus – 2004 nr. 3 s.341-372). I fotnoter: *Abrahamsen/Aase*

Andenæs, Mads Henry: Selskapsrett, 2007. I fotnoter: *Andenæs(2007)*

Andenæs, Mads Henry: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2. utgave 2006 (Lobo Media AS, Oslo og Calax AS, Oslo). I fotnoter: *Andenæs*

Bråthen, Tore: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, 2007 (Nordisk tidsskrift for selskapsrett, NTS 2007:3 s. 65-89). I fotnoter: *Bråthen(2007)*.

Matre, Hugo P.: Hva er en aksjonær?, 2001 (Nordisk tidsskrift for selskapsrett, NTS, 2001:4 s.395-406). I fotnoter: *Matre*

OECD Observer: <http://www.oecdobserver.org>

Norex member rules: <http://www.omxnordicexchange.com>

Perland, Olav Fr.: Kapitalbeskyttelse for enhver pris, 2004 (Tidsskrift for forretningsjus – TFF-2004-562). I fotnoter: *Perland(2004)*

Perland, Olav Fr.: Styreansvar etter de nye aksjelovene, 1999 (Tidsskrift for forretningsjus - TFF-1999-125). I fotnoter: *Perland(1999)*

Rettsdata (elektronisk utgave) ved Bråthen og Matre. I fotnoter: *Rettsdata(v/NN) note til § (dato)*

Sigurdson, Halvor E.: Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende, (Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange 2006). I fotnoter: *Sigurdson*

Støkkebo, Tony: Transaksjoner mellom selskap og aksjeeiere. Studentavhandling, UiO, 2006. I fotnoter: *Støkkebo*

Stølen, Liv: Konsernledelse, Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?, 2004 (Nordisk tidsskrift for selskapsrett 2004:4 s.402-419). I fotnoter: *Stølen*

Svernlöv, Carl: Uppskjuten apport – om 2:9 a aktiebolagslagen, 2001-2002 (Juridisk tidsskrift s.369). I fotnoter: *Svernlöv*

5.2 Lover, direktiver m.v.

Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr.45

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr.44.

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven 1976) av 4. juni 1976 nr.59 (Opphevet)

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31.mai 1918 nr.4

Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13.mai 1988 nr.27

Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr.24

Lov om regulerte markeder (børsloven) av 29. juni 2007 nr.74

Lov om årsregnskap (regnskapsloven) m.v. av 17. juli 1998 nr.56

EUs annet selskapsdirektiv 77/91/EØF

Aktiebolagslagen 2005:551 (Sverige)

Lag 2007:566 (endringslov til aktiebolagslagen, Sverige)

Lov om aktieselskaber (aktieselskabsloven) af 8. oktober 2004 nr 1001 (Danmark)

5.3 Domsregister

Rt-2004-1170

Rt-2001-187

Rt-2000-1792 (Montel)

Rt-1995-1026 (Sandakergården)

Rt-1995-638

Rt-1994-912

LA-2006-38534 (Nøtterøy Golfbane)

LB-2001-2812

TOSFI-2004-17312

5.4 Forarbeider og tolkingsuttalelser m.v.

Ot.prp.nr.62 (2006-2007): Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)

Ot.prp.nr.55 (2005-2006): Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Ot.prp.nr.21 (2002-2003): Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.m.

Ot.prp.nr.23 (1996-1997): Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot.prp.nr.2 (1996-97): Om 1 lov om statens postselskap 2 lov om statens jernbanetrafikkselskap 3 lov om endringer i andre lover som følge av lov om statens postselskap og lov om statens jernbanetrafikkselskap m.m.

NOU 1996: 3: Ny aksjelovgivning

Ot.prp.nr.36 (1993-1994): Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

NOU1992:29: Lov om aksjeselskaper

Ot.prp.nr.19 (1974-75): Om lov om aksjeselskaper

Prop. 2004/05:85 (svensk) : Om aktiebolagslagen

JDLOV-2006-9399: Tolkningsspørsmål vedrørende aksjeloven § 3-8 fjerde ledd

JDLOV-2004-6494: Konsernkontoordninger - aksjeloven og allmennaksjeloven § 8-7 fjerde ledd.

JDLOV-2001-7116: Tolkning av aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-8 første ledd

JDLOV-1986-91: Aksjeloven § 12-10 første ledd annet punktum

Høringsnotat av 11. juli 2007 (NHD): Forslag til ny forskrift om eiendomsselskapers adgang til å stille sikkerhet

