

UiO : **Det juridiske fakultet**

Styremedlemmers ulovfestede lojalitetsplikt

Særlig om plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet, konkurransebegrensninger og taushetsplikt

Kandidatnummer: 202

Leveringsfrist: 01.06.2016

Antall ord: 39463



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Generelt.....	1
1.2	Bruk av fremmed rett.....	1
1.3	Videre fremstilling.....	2
2	KORT OM DET KONTRAKTSRETTLIGE LOJALITETSPRINSIPPET I NORSK RETT.....	3
3	RETTLIG GRUNNLAG FOR STYREMEDLEMMERS LOJALITETSPLIKT	6
3.1	Innledning.....	6
3.2	Engasjementsavtalen som rettslig grunnlag for lojalitetsplikt.....	7
3.3	Styreinstrukser og generalforsamlingsvedtak som selvstendige eller presiserende grunnlag for lojalitetsplikt.....	10
3.4	Rettslige grunnlag for styremedlemmers lojalitetsplikt i fremmed rett.....	11
3.4.1	Nordisk rett.....	11
3.4.2	«Fiduciary duties» i angloamerikansk rett.....	12
3.4.3	Tysk rett.....	13
4	SELSKAPSINTERESSEN SOM ADRESSAT FOR STYREMEDLEMMENES LOJALITETSPLIKT.....	15
4.1	Innledning.....	15
4.2	Den økonomiske interesse.....	15
4.3	Aksjonærinteressen.....	17
4.4	Aksjeeieres særinteresser.....	20
4.5	Medkontrahenter.....	21
4.5.1	Kreditorer.....	21
4.5.2	Ansatte.....	23
4.6	Bredere samfunnsinteresser.....	24
4.7	Oppsummering.....	25
5	SÆRLIGE REGLER MED RELEVANS FOR STYREMEDLEMMERS LOJALITETSPLIKT.....	27
5.1	Krav til styremedlemmers habilitet.....	27
5.1.1	Innledning.....	27
5.1.2	Habilitetsregelen forebygger lojalitetskonflikter.....	27
5.1.3	Illojal bruk av habilitetsregelen.....	29

5.2	Straffebud og illojalitet	31
6	GENERELT OM INTERESSEKONFLIKTER MELLOM STYREMEDLEMMETS OG SELSKAPETS INTERESSER	33
7	PLIKT TIL Å LA FORRETNINGSMULIGHETER TILFLYTE SELSKAPET. 35	
7.1	Innledning	35
7.2	Læren om «corporate opportunities» i britisk og amerikansk rett.	35
7.2.1	Britisk rett	35
7.2.2	Amerikansk rett	42
7.2.3	Oppsummering	47
7.3	Styremedlemmers plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet i norsk rett.	48
7.3.1	Rettslig grunnlag.....	48
7.3.2	Momenter i vurderingen av pliktens innhold	51
7.3.3	Oppsummering	57
8	PLIKT TIL Å AVSTÅ FRA ILLOJAL KONKURRANSE.....	58
8.1	Innledning	58
8.2	Nærmere om det rettslige grunnlaget.....	59
8.3	Innholdet i plikten til å avstå fra illojal konkurranse	61
8.3.1	Innledning	61
8.3.2	Momenter i vurderingen	62
8.3.3	Forholdet til plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet	65
8.3.4	Sammenlikning med ansattes lojalitetsplikt	65
8.3.5	Oppsummering	66
8.4	Kort om markedsføringslovens generalklausul sitt forhold til lojalitetspliktens konkurransforbud	67
8.5	Oppsummering	68
9	STYREMEDLEMMERS TAUSHETSPLIKT	70
9.1	Innledning	70
9.2	Rettslig grunnlag	70
9.2.1	Utgangspunktet.....	70
9.2.2	Taushetsplikt som følge av lov	70
9.2.3	Styreinstruks og generalforsamlingsvedtak som grunnlag for taushetsplikt	72
9.2.4	Kontraktuelle forbindelser som grunnlag for taushetsplikt	73
9.3	Beskyttelse av forretningshemmeligheter mv.....	74
9.3.1	Innledning	74

9.3.2	Taushetsplikt med grunnlag i lojalitetsplikten.....	75
9.3.3	Taushetsplikt med grunnlag i verdipapirhandelloven	79
9.3.4	Taushetsplikt med grunnlag i markedsføringsloven.....	80
9.4	Beskyttelse av informasjon fra styremøte	82
9.5	Taushetspliktens forhold til ytringsfriheten	82
9.5.1	Avbalansering av lojalitetsplikten og ytringsfriheten.....	82
9.5.2	Forholdsmessighetsvurderingen	84
9.6	Særlig om «whistleblowers».....	86
9.6.1	Introduksjon.....	86
9.6.2	Operasjonalisering av regelen	87
9.6.3	Kritikkverdige forhold	88
9.6.4	Krav til forsvarlig fremgangsmåte.....	89
9.7	Vurderinger og betraktninger omkring styremedlemmers taushetsplikt.....	91
10	LOJALITETSPLIKT ETTER AVSLUTTET STYREVERV.....	93
10.1	Innledning	93
10.2	Styremedlemmers postkontraktuelle lojalitetsplikt.....	93
10.2.1	Innledning	93
10.2.2	Det kontraktsrettslige utgangspunkt	93
10.2.3	Den forutgående avtale	94
10.2.4	Tidsmomentet	95
10.2.5	Avtalefestede karensklausuler	97
10.2.6	Ulike typer av opplysninger	97
10.3	Oppsummering.....	98
11	RETTSVIRKNINGER	99
11.1	Erstatningsansvar som følge av brudd på lojalitetsplikten.....	99
11.2	Vinningsavståelseskrav som brudd på lojalitetsplikten	100
11.2.1	Innledning	100
11.2.2	Rettslig grunnlag for vinningsavståelse.....	101
11.2.3	Krav om skyld for vinningsavståelse.....	103
11.2.4	Konklusjon og vurderinger	105
12	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	107
	LITTERATURLISTE.....	109

1 Innledning

1.1 Generelt

Alle aksjeselskaper er pålagt å ha et styre jf. asl./asal. § 6-1.1. De enkelte styremedlemmer velges av generalforsamlingen og engasjementet er etablert ved kontrakt med selskapet.¹ Sammen utgjør styremedlemmene styret: aksjeselskapets øverste forvaltningsorgan jf. asl./asal. § 6-12. Styret er et godt egnet organ til å lede selskapet og balansere de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i aksjeselskapet da styremedlemmene ikke har noen selvstendig, eller i alle fall ingen legitim, egeninteresse i selskapet.²

Det er styret i kollektiv forstand som er selskapets forvaltningsorgan, men styremedlemmenes ansvar er derimot individuelt jf. asl./asal. § 17-1. På grunn av styrets sentrale rolle i selskapet står det individuelle styremedlem i et tillitsforhold til selskapet.³ Dette tilsier at det påhviler en streng lojalitetsplikt for det individuelle styremedlem. Styremedlemmene må ikke foreta seg noe som kan skade selskapets interesser eller sette sine egne interesser foran selskapets.⁴ Dette prinsippet kan forankres i dommen inntatt i Rt. 1932 s.951 hvor det heter at styremedlemmer ikke må handle i strid med «den plikt som efter almindelige rettsregler maa paahvile et hvert styremedlem i et aktieselskap til at vareta selskapets interesser».

Denne masteroppgaven vil ta for seg styremedlemmers lojalitetsplikt i aksjeselskapsretten. Som fremstillingen vil vise er dette et omfattende tema som ikke lar seg behandle i sin helhet innenfor denne oppgavens rammer. Oppgaven tar imidlertid sikte på å belyse noen sentrale sider av de plikter som kan utledes av lojalitetsprinsippet på ulovfestet grunnlag.

1.2 Bruk av fremmed rett

Styremedlemmers lojalitetsplikt er et tema som hverken har blitt særskilt behandlet i Høyesterett eller utførlig redegjort for i norsk juridisk litteratur. Dette står i motsetning til en rekke andre jurisdiksjoner, selv om det finnes en rekke ulikheter i utformingen av reglene i de ulike land.⁵ Særlig i Storbritannia og USA har styremedlemmers lojalitetsplikt lang tradisjon både i rettspraksis og teori. Også i de øvrige nordiske land og Tyskland har emnet fått større oppmerksomhet enn i Norge. Denne oppgaven vil benytte de ulike ordninger som en komparativ rettskilde i den videre drøftelse.

¹ Christoffersen (2016) s. 174

² Sjøfjell (2011) s. 312, Smith (1988) s. 65

³ Ot.prp nr.23 (1996-1997) s. 71-72, Christoffersen (2016) s. 174, Aarum (1994) s. 63

⁴ Andenæs (2006) s. 359

⁵ Grossfeld (2006) s. 63

På grunn av den nære tilknytningen mellom de nordiske lands rettssystemer vil de nordiske kildene i større grad benyttes aktivt i fremstillingen enn de øvrige fremmede rettssystemenes ordninger.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel to, tre og fire vil det rettslige grunnlaget for styremedlemmers ulovfestede lojalitetsplikt drøftes. I kapittel fem vil gis en kort fremstilling av noen særskilte regler som har betydning for styremedlemmers lojalitetsplikt, herunder habilitetsregelen og enkelte strafferettslige bestemmelser. En kort introduksjon til interessekonflikter gis i kapittel seks og deretter vil utvalgte materielle plikter drøftes i kapitlene syv, åtte og ni. Disse er henholdsvis styremedlemmers plikt til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet, plikt til å avstå fra illojal konkurranse og til slutt taushetsplikt og dens forhold til ytringsfriheten. Deretter vil det i kapittel ti reises spørsmål hvorvidt, og i hvilken utstrekning, lojalitetsplikten vedvarer etter avsluttet styreverv. Avslutningsvis vil rettsvirkninger av brudd på lojalitetsplikten drøftes, herunder erstatning og vederlagsavståelseskrav.

2 Kort om det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet i norsk rett

I norsk obligasjonsrett kommer lojalitetsprinsippet inn på to ulike nivåer.⁶ For det første som en selvstendig ulovfestet regel og for det andre som et reelt hensyn både ved tolkning av lovfestede regler og som et moment ved avtaletolkning.⁷ Det er en nær tilknytning mellom de to nivåene av et slikt rettsprinsipp, da en begrunnelse for at en selvstendig regel oppstår er ved induksjon fra flere rettsregler hvor de samme hensyn gjør seg gjeldende.⁸

Som eksempel kan nevnes dommen inntatt i Rt. 1990 s.607 som dreide seg om administrerende direktør og systemsjefen som sa opp sine stillinger i et selskap og startet konkurrerende virksomhet. Før de to sa opp sine stillinger dro de på representasjonsreise på vegne av selskapet de var ansatt i. I stedet for å promotere arbeidsgiveren markedsførte de deres nye bedrift overfor arbeidsgiverens allerede eksisterende kunder. Høyesterett uttaler her om det kontraktuelle lojalitetsprinsippet at

«[d]et må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold. Straffeloven § 275 og § 276 må ses som utslag av dette prinsipp».⁹

Fra det siterte fremkommer lojalitetsprinsippet to sider tydelig; både som selvstendig regel og begrunnelse for andre regler.

Den ulovfestede lojalitetsplikten er en alminnelig anerkjent selvstendig rettsregel i norsk og øvrig nordisk kontraktsrett.¹⁰ Allerede i Rt. 1984 s. 24 «Tromsø sparebank» slo retten dette fast da den kjente en kausjonserklæring ugyldig på grunnlag av avtl. § 33, men uttalte obiter dictum at lojalitetsplikten går lenger da kausjonserklæringen uansett ville «rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold». Senere rettspraksis benytter også lojalitetsplikten i kontraktsforhold som selvstendig grunnlag slik som i Rt. 1988 s. 1078 «Skipsgaranti»

⁶ Christoffersen (2016) s. 154. I norsk rett har det de siste tiår vært en økt fokusering på prinsippers plass i rettssystemet se Graver (2006) s. 190flg. og Jerkø (2012) s. 1-48

⁷ Christoffersen (2016) s. 154, Munukka (2007) s. 408. I Rt. 2012 s. 1779 benytter Høyesterett lojalitetsplikten uttrykkelig som tolkningsfaktor i forbindelse med reklamasjon i et leveranseforhold.

⁸ Jerkø (2012) s. 19 og Rt 1999 s. 408

⁹ Det siterte dreier seg helt konkret om et ansettelsesforhold. Her gjelder imidlertid et strengere krav til lojalitet enn i kommersielle topartsforhold da arbeidstakeren har sluttet seg til å ivareta arbeidsgiverens interesser Elvestad (2011) s.131

¹⁰ Nazarian (2007) s. 30, Christoffersen (2016) s.153, Hov (2009) s. 39, Haaskjold (2013) s. 69, Munukka (2007) s. 52 flg.

hvor det legges til grunn at det «må stilles krav til aktsom og lojal opptreden», og at dette gjelder «i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers».

Siden dette har lojalitetsplikten i økende grad blitt vist til i norsk rettspraksis.¹¹ Dommen inn tatt i Rt. 2005 s. 268 «Panfish» er illustrerende. Saken gjaldt tolkning og utfylling av en kontrakt om leveranse av fisk. Retten la avgjørende vekt på partenes forutsetninger og lojalitetskravet som gjelder mellom kommersielle parter. Det uttales at «[i] senere avgjørelser har dessuten hensynet til partenes gjensidige lojalitet i kontraktsforhold blitt tillagt økende vekt». Videre har lojalitetsprinsippets utvikling og hyppige anvendelse gått lenger i norsk rett enn i de øvrige nordiske rettssystemer.¹²

Det er blitt gjort en rekke forsøk på å definere lojalitetsplikten i kontraktsretten på en konsis og kortfattet måte. Kravet til lojalitet i kontraktsforhold er derimot så omfattende og har så mange ulike sider og nyanser at det vanskelig lar seg definere helt nøyaktig. I forbindelse med drøfting av aksjeeieres lojalitetsplikt definerer Truyen helt generelt at lojalitetsplikten er en plikt til å vise respekt for andres berettigede forventninger.¹³ Det er dette som er det sentrale utgangspunkt både for styremedlemmer og i kontraktsretten for øvrig. Standarden om *aktsom og lojal opptreden* fra «Skipsgaranti»-saken blitt det generelle utgangspunkt for lojalitetsplikten som selvstendig regel. Kravet gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av om en part har handlet illojalt overfor den andres kvalifiserte forventninger om lojalitet. Dette innebærer at det må foretas en interesseavveining avhengig av kontraktsforholdets art og omstendighetene for øvrig.¹⁴ Karakterisering av et forhold som illojalt er graverende og terskelen må i alminnelighet være høy.¹⁵

Munukka sammenfatter lojalitetsplikten på følgende måte:

«Lojalitetsplikten inom den kommersiella rätten kan sammantaget preciseras som en skyldighet att beakta motparten interessen men vilken tillåter befrämjandet av egna interessen og inte kräver att motpartens interessen sätts framför egna»¹⁶

¹¹ Rt. 1995 s. 1460 «Haugdom» gjentar uttalelsene fra «Skipsgaranti». Videre også Rt. 2010 s. 103, Rt 2011 s. 65 og Rt. 2014 s. 100 som alle er tilfeller hvor lojalitetsplikten anvendes i avtaleforhold.

¹² Munukka (2015) s. 207

¹³ Truyen (2005) s. 32

¹⁴ Nazarian (2007) s. 282

¹⁵ «Begrepet illojalitet er reservert for den grove og direkte motarbeidelse av arbeidsgivers interesser» jf. LB-2012-174330 med henvisning til Lunde (2001) s. 369 i forbindelse med mfl.

¹⁶ Munukka (2007) s.406

Dette er en dekkende beskrivelse av lojalitetsplikten i alminnelige kommersielle topartsforhold hvor partene som utgangspunkt har motstridende interesser, og må selv bære risikoen for sine egne forventninger.¹⁷

Det er ikke gitt at de alminnelige obligasjonsrettslige utgangspunktene nødvendigvis kan overføres til forholdet mellom selskapet og styremedlemmet. Dette forholdet må underkastes en egen analyse – dog slik at man kan trekke veksler på rettskilder fra andre kontraktsforhold.

¹⁷ Werlauff (1991)s. 24

3 Rettslig grunnlag for styremedlemmers lojalitetsplikt

3.1 Innledning

Det finnes ingen bestemmelser i aksjelovene som uttrykkelig omhandler en lojalitetsplikt for styremedlemmer. Derimot finnes bestemmelser hvor lojalitetsplikten er et bakenforliggende hensyn. Forbudet mot å motta godtgjørelse fra tredjemenn «i anledning rettshandel for selskapet» jf. § 6-17 og myndighetsmisbruksregelen i § 6-28 sikrer selskapet mot at styremedlemmer handler illojalt i visse tilfeller. Som den videre fremstilling vil vise er habilitetsregelen i asl./asal § 6-27 også sentral, da den både bygger på en forutsetning om en lojalitetsplikt for de individuelle styremedlemmer og virker forebyggende mot lojalitetskonflikter.

Styremedlemmers lojalitetsplikt har sammenheng med styrets plikt til forsvarlig forvaltning av selskapet jf. asl./asal. § 6-12. For at styret på forsvarlig måte skal kunne håndtere selskapets affærer forutsettes at de individuelle styremedlemmene opptrer lojalt overfor selskapets interesser, også utenfor styrerommet. Dersom styremedlemmet for eksempel sprer styreintern informasjon til uvedkommende vil dette gå på bekostning av tilliten styremedlemmene i mellom og hindre styrets forvaltning av selskapet.¹⁸

Likevel er det slik at styrets plikt til forsvarlig forvaltning av selskapet og styremedlemmers plikt til lojal atferd overfor selskapets interesser er to ulike regelsett, med ulikt innhold. Ut over dette er plikten til forsvarlig forvaltning for omfattende til å behandles videre innenfor denne oppgavens rammer.

Under drøftelsen av hvorvidt habilitetsreglene burde endres ved den nye aksjeloven av 1997 heter det i forarbeidene at habilitetsregelen må «ses i sammenheng med styremedlemmenes og administrerende direktørs alminnelige lojalitets- og aktsomhetsplikt overfor selskapet og aksjeeierne, og plikten til ikke å la selskapsfremmede hensyn motivere de avgjørelser de er med på å treffe».¹⁹ Forarbeidenes drøftelse av vilkåret om styremedlemmers godtgjørelse fra tredjemenn «i anledning rettshandel for selskapet» jf. asl./asal § 6-17 legger til grunn at godtgjørelse som ikke faller inn under ordlyden likevel må vurderes ut i fra prinsippet om lojalitetsplikt overfor selskapet.²⁰ Aksjelovens forarbeider forutsetter således en lojalitetsplikt for styremedlemmer, ved siden av aksjelovenes bestemmelser.²¹

¹⁸ Se nærmere om dette i kapittel 9 om taushetsplikt.

¹⁹ NOU 1992:29 s.154

²⁰ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s. 73

²¹ Se også lojalitetspliktens forhold til styreinstruksjer i pkt. 3.3

Rettspraksis viser også at domstolen benytter lojalitetsplikten som rettslig grunnlag. Rt. 1932 s. 951 og Rt. 1973 s. 821 er begge benyttet som rettslig grunnlag for styremedlemmers lojalitetsplikt i praksis fra underrettene.²² Disse avgjørelsene vil jeg komme tilbake til.

I juridisk teori er det lagt til grunn at det gjelder en ulovfestet lojalitetsplikt for styremedlemmer. Blant annet skriver Aarum at aksjelovens regler suppleres av «uskrevne lojalitetsregler».²³ Andenæs slår fast at «[s]elskapets ledelse har en lojalitetsplikt overfor selskapet», og Perland tar til ordet for at «[s]tyret har også en generell ulovfestet plikt til å opptre lojalt for å oppfylle selskapsinteressene, fremfor egne eller andres særinteresser».²⁴

Rettskildebildet viser at det er sikker rett at styremedlemmer har lojalitetsplikt overfor selskapet.²⁵ Derimot er det få redegjørelser i norsk rett for lojalitetspliktens opphav og grunnlag. Et spørsmål er hvordan styremedlemmers lojalitetsplikt skal begrunnes rettslig, herunder hvilke særpreg denne plikten har sammenliknet med den obligasjonsrettslige plikten redegjort for under pkt.2.

3.2 Engasjementsavtalen som rettslig grunnlag for lojalitetsplikt

Allerede ved etableringen av et aksjeselskap foreligger en avtale mellom de stiftende aksjeeiere, nemlig selskapsavtalen.²⁶ Disse vedtar vedtektene hvor blant annet selskapets formål og virksomhetsområde fastsettes, og tiltredende aksjeeiere slutter seg nødvendigvis til gjeldende vedtekter. Selskapets ansatte, långivere og øvrige medkontrahenter engasjeres ved avtaler med selskapet. Videre engasjeres de individuelle styremedlemmer ved engasjementsavtalen med selskapet. Selskaper er således gjennomsyret av kontraktuelle forbindelser, som ofte betegnes som avtalemodellen eller «nexus of contracts».²⁷ I amerikansk rett formuleres dette som at selskaper ikke er annet enn «creatures of contract».²⁸ En slik synsvinkel viser at selskapsretten er en obligasjonsrettslig disiplin hvor alminnelige regler og prinsipper supplerer lovgivningen som vist foran.²⁹

²² LA-1999-1426 og TGL0M-2007-135885

²³ Aarum (1994) s. 351

²⁴ Andenæs (2006) s. 359 og Perland (1999) s. 135

²⁵ Tilsvarende i svensk og finsk rett Mähönen (2016) s. 404 flg og Bergström (2015) s. 95

²⁶ Truyen (2005) s. 72

²⁷ Ideen ble introdusert av Jensen (1976) s. 310. Dette er også diskutert i nordisk rett Östberg (2016) s. 47 og Dotevall (2015) s. 283 i svensk rett og Mähönen (2016) s. 158

²⁸ Rutledge (2010) s. 481

²⁹ Truyen (2005) s. 69, Woxholth (2014) s.285flg. forutsetningsvis. Se også Dotevall (2015) s. 283 for svensk rett.

Lojalitetsplikten gjelder i utgangspunktet i alle typer kontraktsforhold, men strekker seg ikke lenger enn til de hensyn den skal ivareta.³⁰ Det dreier seg altså om en fleksibel standard som må tilpasses det aktuelle rettsområde og den konkrete sak.³¹ For å avgjøre lojalitetspliktens opphav og omfang er det helt sentralt å se til kontraktstypens art og hvilke hensyn og interesser som gjør seg gjeldende i en aksjeselskapsrettslig kontekst.

Engasjementsavtalen innebærer i all hovedsak en innsatsforpliktelse, hvor styremedlemmene påtar seg å lede og forvalte selskapet på best mulig måte.³² Denne innsatsforpliktelsen innebærer en stor grad av tillit, idet aksjeeierne overlater forvaltningen av selskapets midler til styret i kollektiv forstand. Selv om det er styret kollektivt som etter loven skal forvalte selskapets midler jf. asl./asal. § 6-12, er det enkelte styremedlemmet engasjert av selskapet, og tillitsforholdet etableres således også på individuelt plan.

At det dreier seg om en innsatsforpliktelse og et tillitsforhold, innebærer at styremedlemmene skal tilstrebe at oppdragsgiveren – selskapet – når sine formål. Ved innsatsforpliktelsene står lojalitetsplikten sterkt, og kanskje i særlig grad i gjennomføringsfasen, av den grunn at kontraktsforpliktelsen (innsatsforpliktelsen) i seg selv krever lojal og aktsom opptreden.³³ Lojalitet og tillit er i utgangspunktet to sider av samme sak, og fjerner man lojalitet fra en innsatsforpliktelse står det nok ikke mye igjen av denne.³⁴

I svensk rett har styremedlemmers stilling blitt diskutert i lang tid og tradisjonelt har styremedlemmer ofte blitt betegnet som en «sysslomann».³⁵ I korthet er en «sysslomann» beslektet med en fullmektig og er en oppdragstaker som skal utføre rettshandel på oppdragsgiverens vegne.³⁶ I nyere fremstillinger er det derimot lagt til grunn at oppdragsavtalen mellom styremedlemmet og selskapet innebærer noe annet enn det å være «sysslomann».³⁷ At styremedlemmet er overlatt en betydelig grad av tillit innebærer at det dreier seg om en sysslomannsliknende stilling, men at det er styret kollektivt som fatter beslutninger innebærer at likheten med sysslomannen er begrenset.³⁸

³⁰ Christoffersen (2016) s. 155, Truyen (2005) s. 32

³¹ Irgens-Jensen (2010) s. 104-105, Bjørnebye (2008) s. 27

³² Innsatsforpliktelsen har imidlertid visse resultatelementer slik som for eksempel asl./asal. § 3-5 om handleplikt ved lav egenkapital og §§ 5-9 og 5-10 om innkalling til generalforsamling.

³³ Haaskjold (2013) s. 82

³⁴ Simonsen (1997) s. 171

³⁵ Östberg (2016) s. 129-135

³⁶ Aarum (1994) s. 63

³⁷ Östberg (2016) s. 137, Dotevall (1989) s. 277

³⁸ Östberg (2016) s. 136-137

Forarbeidene til nåværende aksjelov begrunner styremedlemmenes ulovfestede lojalitetsplikt overfor selskapet i det tillitsforholdet styrevervet representerer.

«Når det gjelder de spørsmål som er reist om styremedlemmenes lojalitetsplikt, hvem styremedlemmene representerer osv., vil departementet generelt bemerke at styremedlemmene er tillitsvalgte som handler for sin oppdragsgiver, det vil si selskapet. En lojalitetsplikt for styremedlemmene kan utledes av den alminnelige regel om at styret som andre oppdragstakere skal ivareta oppdragsgiverens interesse under utførelsen av oppdraget. En slik lojalitetsplikt er imidlertid ikke til hinder for at styret også må ivareta andre hensyn som gjør seg gjeldende i selskapet.»³⁹

På tilsvarende måte som forarbeidene tar Truyen også utgangspunkt i styremedlemmenes engasjementsavtale, og viser til tillitsforholdet denne representerer for å begrunne lojalitetspliktens opphav.⁴⁰ Videre benyttes også lovbestemmelsen om myndighetsmisbruk som bevis på lojalitetsprinsippets eksistens.

«Det følger en alminnelig lojalitetsplikt med både tillitsvervet som styremedlem og ansettelse som daglig leder.»⁴¹

Rettspraksis legger til grunn at den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsretten styrkes i kontraktsforhold som forutsetter tillit mellom partene. I saken om lektor Gleditsch i Rt. 1936 s. 909 dreide det seg om en forlagskontrakt vedrørende utgivelse av en ordbok. Da forlaget inngikk en avtale med en annen forfatter etter at Gleditsch hadde påbegynt arbeidet med ordboken kom retten til at lojalitetsplikten var brutt. I begrunnelsen ble det lagt vekt på at i

«En forlagskontrakt er en kontrakt av en ganske særegen natur, fordi den overlater til forleggeren alene og for lengere tid - ofte for mange aar - hele ledelsen av utgivningen av forfatterens aandsverk uten at denne har adgang til at øve innflytelse eller kontroll. Forleggeren paatar sig derved et tillitshverv som forplikter ham til ikke bare at vareta sine egne interesser, men ogsaa forfatterens, og det saavel hans materielle som hans immaterielle interesser.»

I likhet med den ovenfor nevnte forlagskontrakt er også styrevervet en kontrakt hvor selskapet overlater en betydelig myndighet til styremedlemmene over et nokså langt tidsrom. Generalforsamling avholdes i utgangspunkt bare en gang i året, med mindre det innkalles til ekstraor-

³⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 71-72

⁴⁰ Truyen i JV (2004) s. 308

⁴¹ Truyen i JV (2004) s. 308

dinær generalforsamling jf. asl/asal. § 5-5, og styremedlemmene velges for gjerne for flere år. Denne ordningen innebærer at styret er selskapets øverste *permanente* organ da generalforsamlingen i utgangspunktet er et *periodisk* organ.

Lojalitetsplikten for styremedlemmer har således opphav i engasjementsavtalen med selskapet. Dette innebærer at de kontraktsrettslige utgangspunktene kommer til anvendelse på styreforholdet. Styremedlemmer står imidlertid i et betydelig tillitsforhold til selskapet. Dette særpreget ved styremedlemmets engasjementsavtale innebærer et skjerpet krav til lojalitet.⁴² Til forskjell fra det kontraktsrettslige utgangspunktet redegjort for i kapittel to så er styremedlemmer avskåret fra nettopp å sette sine egne interesser foran selskapets.

3.3 Styreinstrukser og generalforsamlingsvedtak som selvstendige eller presiserende grunnlag for lojalitetsplikt

Styret kan selv fastsette instruksjer som på tilsvarende måte vil kunne skjerpe eller presisere lojalitetsplikten. Styret plikter å utarbeide styreinstruks i tilfeller hvor ansatte har styrerepresentasjon jf. asl./asal. § 6-23, men står fritt til å gjøre dette også i andre tilfeller.⁴³ I forarbeidene sies at utvalget «forutsetter at en styreinstruks også vil kunne ha bestemmelser om taushetsplikt og inhabilitet som gjengir hva som følger av ellers gjeldende rettsregler».⁴⁴ Som jeg kommer inn på under de konkrete pliktene som kan utledes av lojalitetsprinsippet på ulovfestet grunnlag er taushetsplikten sentral fordi denne ikke har uttrykkelig hjemmel i aksjelovgivningen. Forarbeidene forutsetter at en taushetsplikt følger av «ellers gjeldende rettsregler».⁴⁵ Når det så ikke finnes noen eksplisitt bestemmelse om styremedlemmers taushetsplikt synes forarbeidene også her å bygge på en forutsetning om eksistensen av en utfyllende lojalitetsregel.⁴⁶

Videre vil generalforsamlingen på grunn av sin overordnede posisjon i selskapet kunne instruere styret.⁴⁷ Slike pålegg vil også kunne statuere lojalitetsplikter slik som for eksempel taushetsplikt og inhabilitetsregler som styret er bundet av. Slike pålegg vil kunne etableres i selskapets vedtekter, noe som medfører at retningslinjene vil være synbare for omverden.⁴⁸

⁴² Östberg (2016) s. 378 for styremedlemmer og Nazarian (2007) s. 312 for tillitsforhold generelt. Tilsvarende i tysk rett se Dotevall (2015) s. 291. I dansk rett argumenteres det for at det gjelder en streng lojalitetsplikt slik som etter britisk rett se Krüger Andersen (2013) s. 337 og pkt. 7.2 om britisk rett.

⁴³ Bråthen (2009) s. 123

⁴⁴ NOU 1996:3 s. 57-58

⁴⁵ NOU 1996:3 s. 57-58

⁴⁶ Se også Knudsen (2015) s. 363-380

⁴⁷ Bråthen (2009) s. 124

⁴⁸ Slike reguleringer er vanlige i USA jf. Nathan (2010) s. 6

Hva gjelder styreinstruks jf. § 6-23 skal disse fastsettes av styret selv. Generalforsamlingen kan imidlertid gi styret instruks om hva som skal stå i styreinstruks.⁴⁹

3.4 Rettslige grunnlag for styremedlemmers lojalitetsplikt i fremmed rett

3.4.1 Nordisk rett

Lojalitetsplikten for styremedlemmer har i de øvrige nordiske rettssystemer fått noe mer oppmerksomhet enn i norsk rett.⁵⁰ Det er i svensk rett bred enighet i litteraturen om at det finnes en lojalitetsplikt, og at denne bygger på kontrakt mellom styremedlemmet og selskapet.⁵¹ Som tidligere nevnt er det visse terminologiske uenigheter knyttet til grunnlaget for styremedlemmers lojalitetsplikt.⁵²

I dansk rett er det også sikker rett at det gjelder en lojalitetsplikt for styremedlemmer, hvor de plikter å fremme selskapets interesser.⁵³ Lojalitetsplikten anes her å følge av kravet til å lede selskapet på «forsvarlig» vis i 115 § SL og kommer videre til uttrykk i bestemmelsen om taushetsplikt i 132 § SL.⁵⁴ Det argumenteres i dansk rett for at lojalitetsplikten er tilsvarende den vi finner i britiske CA s. 175-177.⁵⁵

Lojalitetsplikten har i finsk rett opphav i styremedlemmers «fiduciariska förpliktelser».⁵⁶ Dette utledes av ABL 1:8 som setter krav til at styremedlemmer handler omsorgsfullt og i tråd med selskapets interesser.⁵⁷ Det teoretiske grunnlaget for slike «fiduciariska förpliktelser» er i likhet med britisk rett bygget på teorier om styremedlemmet og selskapet som principal-agent og styremedlemmet som tillitsperson.⁵⁸

⁴⁹ Bråthen (2009) s. 124

⁵⁰ I svensk rett er det nylig skrevet en doktorgrad om temaet se Östberg (2016). Se også Doteval (2015) s. 281-321, Bergström (2015) s. 95-102 i svensk rett. Werlauff (1991) i dansk rett og Mähönen (2016) s. 375-453 i finsk rett.

⁵¹ Östberg (2016) s. 150-151, Munukka (2007) s. 312.

⁵² Uenigheten knytter seg til hvorvidt det er grunnlag for å karakterisere styremedlemmers stilling som en «sysslomann», sysslomannslignende stilling eller noe helt særegent. Se Östberg (2016) s. 135

⁵³ Schans Christensen (2014) s. 497, Welauff (1991) s. 23, Werlauff (2013) s. 23, Östberg (2016) s. 103

⁵⁴ Krüger Andersen (2013) s. 337flg.

⁵⁵ Krüger Andersen (2013) s. 339

⁵⁶ Mähönen (2016) s. 394 og 404

⁵⁷ Mähönen (2016) s. 392

⁵⁸ Mähönen (2016) s. 396

3.4.2 «Fiduciary duties» i angloamerikansk rett.

I britisk og amerikansk rett er det etter langvarig praksis utviklet seg en lære om «fiduciary duties».⁵⁹

Læren innebærer at den som skal forvalte en annens gods er underlagt visse plikter og prinsippet anvendes i flere sammenhenger, herunder for styremedlemmer.⁶⁰ Lojalitetsplikten er helt essensiell komponent for «fiduciary duties», hvor det i nyere rettspraksis heter at « [t]he distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary».⁶¹

Praksis og teori er her svært omfattende så jeg vil her bare gi et kort overblikk over hvordan lojalitetsplikten har sitt opphav i angloamerikansk rett. Lojalitetsplikten for styremedlemmer i britisk og amerikansk rett på bakgrunn av praksis blitt en velutviklet lære og har tjent som forbilde og inspirasjon i blant annet nordisk, tysk, japansk og kinesisk aksjeselskapsrett.⁶²

Styremedlemmer har «fiduciary duties» overfor selskapet.⁶³ Denne konstruksjonen bygger historisk sett på analogi fra tillitsmanns- og agentteori. Litt forenklet kan man se det slik: Styremedlemmene handler som agenter for selskapet i tillegg til at de både kollektivt og individuelt er selskapets tillitsmenn, likevel slik at deres myndighet springer ut av engasjementet for selskapet selv.⁶⁴ Analogien fra agent- og tillitsmannsteorien er likevel ikke helt dekkende for hva begrepet «fiduciary duties» i realiteten er, og hva det betyr for styremedlemmer. I avgjørelsen *Re Forest of Dean Coal Mining Co.* fra 1878 uttrykkes dette som at: «Directors have sometimes been called trustees, or commercial trustees, and sometimes they have been called managing partners, it does not matter what you call them so long as you understand what their true position is, which is that they are really commercial men managing a trading concern».⁶⁵ Dette innebærer således at styremedlemmers lojalitetsplikt hverken bygger på agent- eller tillitsmannsteori, men et eget fenomen – *sui generis*.⁶⁶

⁵⁹ *Parker v McKenna* gir tydelig uttrykk for prinsippet allerede i 1874 og uttrykker at regelen er nødvendig «for the safety of mankind», og må derfor håndheves «inexorably by this Court».

⁶⁰ Davies og Worthington (2012) s. 525, Davies (2008) s. 496, Renshall (1990) s. 189

⁶¹ *Bristol and West Building Society v. Mothew*

⁶² Dotevall (2015) s. 292, Xu (2013) s.59. Innføringen av bestemmelser tilsvarende systemet om «fiduciary duties» i kinesisk rett har ført til at kinesiske domstoler i større grad har benyttet styremedlemmers lojalitetsplikt som rettsgrunnlag i tilfeller hvor styremedlemmer har handlet i strid med selskapets interesser jf. Xu (2013) s. 66-69. Kinesiske domstoler skiller imidlertid ikke klart mellom brudd på ansvaret til forsvarlig forvaltning (duty of care) og lojalitetsplikten (duty of loyalty) jf. Xu (2013) s. 84.

⁶³ Davies og Worthington (2012) s. 525

⁶⁴ Davies og Worthington (2012) s. 525, Renshall (1990) s. 189

⁶⁵ *Re Forest of Dean Coal Mining Co.*

⁶⁶ Davies og Worthington (2012) s. 525

Styremedlemmenes «fiduciary duties» deles inn i to underkategorier.⁶⁷ Det ene knytter seg til forvalteransvaret, nemlig *duty of care*.⁶⁸ Den andre delen omfatter *duty of loyalty*, som omtales som «the key component in a fiduciary relationship».⁶⁹ Lojalitetsplikten omhandler typisk de tilfeller der styremedlemmene har skaffet seg særfordeler på selskapets bekostning, ikke har latt en forretningsmulighet tilflyte selskapet, skaper interessekonflikt mellom selskapet og styremedlemmet og for øvrig ikke setter selskapets interesser foran sine egne.⁷⁰ Styremedlemmenes *duty of care* omhandler på den andre siden plikter til en viss grad tilsvarende dem vi finner i asl./asal § 6-12 om forvalteransvaret.⁷¹ Styremedlemmers lojalitetsplikt er i common law, i likhet med norsk rett, en fleksibel standard hvis omfang må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle.⁷² Styremedlemmer plikter å handle i god tro med hensyn til selskapets beste og kan ikke sette sine egne interesser foran selskapets.⁷³ Særlig i britisk rett synes domstolene å legge til grunn en strengere bedømmelse ved brudd på lojalitetsplikten enn ved uaktsomt brudd på forvalteransvaret.⁷⁴

I norsk rett er det ikke utviklet seg noen konstruksjon tilsvarende «fiduciary duties», slik som i angloamerikansk rett. Likevel er det ingen vesentlige forskjeller på styremedlemmers stilling og rolle i norsk, britisk og amerikansk aksjeselskapsrettrett da deres primære oppgave er å forvalte selskapets interesser. Som den videre fremstilling av forretningsmuligheter og konkurranseforbud vil vise så er det gode grunner som taler for, i det minste, å hente inspirasjon herfra. Dette har også blitt gjort tidligere i norsk juridisk teori, og da særlig i forbindelse med styrets plikt til å fatte forretningsmessig forsvarlige avgjørelser.⁷⁵

3.4.3 Tysk rett

I likhet med norsk rett og nordisk rett for øvrig begrunnes også styrets plikter som nedfelt i den tyske aksjeloven, Aktiengesetz, § 93 med tillitsforholdet, *Treuhandenschaft*, styrevervet representerer.⁷⁶ Som i norsk rett finnes i tysk rett ingen konkrete bestemmelser om lojalitets-

⁶⁷ Davies og Worthington (2012) s. 517, Davies (2008) s. 488 og nærmere på s. 491-497, Renshall (1990) s. 180 og s. 189, Östberg (2016) s. 108, Aarum (1994) s. 310

⁶⁸ CA s.174

⁶⁹ CA s. 171-173, Kershaw (2012) s. 330

⁷⁰ Kershaw (2012) s. 330, Davies og Worthington (2012) s. 526

⁷¹ Davies og Worthington (2012) s. 519

⁷² *Arklow Investment Ltd v. Maclean*. Se mer om «business judgement rule» hos Told (2015) s. 717, Dotevall (2015) s. 287, Sjøfjell (2011) s. 323 og Andenæs (2006) s. 655. Se også Block (1988) s. 17-18 for en kort redegjørelse for regelen. Se imidlertid Rt. 1937 s. 439, Rt. 1937 s. 931

⁷³ Koh (2003) s. 403

⁷⁴ Davies og Worthington (2012) s. 518

⁷⁵ Aarum (1994) s. 307-321

⁷⁶ Fleischer (2006) § 9 Rn. 2, Dotevall (20015) s. 291

plikt, men i Aktiengesetz § 88 om konkurranseforbud og § 93 om taushetsplikt og det alminnelige kravet om forsvarlig forvaltning finnes tydelige spor av et slikt prinsipp. Videre er det alminnelig oppfatning at det gjelder en lojalitetsplikt, *Treuepflicht*, for styremedlemmer.⁷⁷ Tilsvarende gjelder etter den tyske koden for corporate governance.⁷⁸ Som fremholdt for styremedlemmer i både norsk, øvrig nordisk og etter «fiduciary duties» i angloamerikansk rett forvalter de andres penger og plikter således å unngå interessekonflikter med selskapet og kan ikke tilegne seg fordeler på selskapets bekostning.⁷⁹

⁷⁷ Fleischer (2006) § 9 Rn. 1

⁷⁸ Fleischer (2006) § 9 Rn. 1

⁷⁹ Fleischer (2006) § 9 Rn 4 og Rn. 9

4 Selskapsinteressen som adressat for styremedlemmenes lojalitetsplikt

4.1 Innledning

Styremedlemmers lojalitetsplikt gjelder i utgangspunktet overfor selskapet selv og de individuelle styremedlemmer må opptre aktsomt og lojalt for å fremme og ivareta selskapet som selvstendig juridisk persons interesser.⁸⁰

I dommen inntatt i Rt. 1996 s. 742 «Minnor» uttalte Høyesterett helt generelt at «[s]tyremedlemmer er *selskapets tillitsmenn* og har et selvstendig ansvar for å *handle i selskapets interesse* [min kursivering]». Det som imidlertid ikke er klart er hva som omfattes av selskapets interesser, noe som vil bli behandlet i dette kapittelet.

Begrepet «selskapsinteressen» er en rettesnor for alle beslutninger og handlinger i selskapet og dets organer. Aksjelovene og i rammelovgivningen for øvrig oppstiller plikter for styret i kollektiv forstand overfor selskapets interesser. For at styret skal kunne oppfylle disse pliktene forutsettes det at de enkelte styremedlemmer også utenfor styrerommet ikke foretar seg noe som kan skade selskapets interesser.⁸¹ Det er nettopp dette lojalitetsplikten skal sikre.

Det nærmere innholdet i selskapets interesser vil ofte komme til uttrykk i selskapets vedtekter. For å finne frem til hvilke interesser, hensikter og formål som gjør seg gjeldende i det konkrete selskapet må virksomhetsangivelsen jf. asl./asal. § 2-2.1.nr.3 og øvrige forutsetninger i selskapets vedtekter tolkes.⁸² Høyesterett legger vekt på lojalitetsbetraktninger i vedtektstolkningen i nyere rettspraksis slik som i Rt. 2012 s. 1628 «Nordavis». Dette er en utvikling fra den tradisjonelle oppfatningen om at vedtekter skal tolkes objektivt etter ordlyden se Rt 1994 s. 471.⁸³

I det følgende skal jeg se på ulike elementer som kan inngå i selskapsinteressen.

4.2 Den økonomiske interesse

Aksjeselskaper, både store og små, vil kunne ha et nærmest uendelig antall formål. Noen selskaper er strengt fokusert på å sikre aksjeeierne mest mulig utbytte over kortest mulig tid,

⁸⁰ Bråthen (2009) s. 148, Andenæs (2006) s. 359, Rt. 2012 s.543, Rt. 2008 s.385, Östberg (2016) s. 63, Taxell (1983) s. 59

⁸¹ Se kort om forholdet mellom lojalitetsplikten og kravet til forsvarlig forvaltning i pkt3.1. Tilsvarende resonnement i Ot.prp.23 (1996-1997) s. 71. Dette gjelder etter langvarig og fast praksis også i britisk rett. Schmitthoff (1968) s. 526 og *Percival v. Wright*

⁸² NUES pkt. 2 anbefaler at vedtektenes virksomhetsparagraf tydeliggjør selskapets virksomhetsområde.

⁸³ Christoffersen (2016) s. 173

mens andre kan ha som formål å ivareta ideelle interesser slik som dyrevelferd eller miljøet. Noen er børsnoterte, mens andre er private. Mellom disse ytterpunkter finnes en rekke andre typer av selskaper, men felles for dem er at en viss grad av økonomisk bærekraft er nødvendig for at selskapet skal kunne oppfylle sitt formål.⁸⁴

I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 2033 «Sundal Collier» saken var det spørsmål hvorvidt en disposisjon var å anse som en utdeling eller en forretningsmessig disposisjon. Den praktiske betydningen av dette for selskapsinteressebegrepet er at dersom formålet med en disposisjon foretas i selskapets interesse vil den falle utenfor utdelingsbegrepet.⁸⁵ Retten la til grunn at hensynet til å sikre selskapets økonomiske overlevelsessevne er et sentralt hensyn under selskapsinteressen, og det er legitimt at selskapet pådrar seg utgifter som kan gå på bekostning av aksjonærenes umiddelbare økonomiske interesse for å sikre dette hensynet.

«Selv om de som da sto bak selskapet, også hadde en interesse i hva de kunne få for sine aksjer, er det fullt legitimt at man prøver å vareta interessene til selskapet som sådant i å overleve og fortsette som juridisk person, helst under så gode forhold som mulig. Det må for dette formål kunne pådra seg utgifter.»⁸⁶

For å sikre at selskapet har så gode forutsetninger for overlevelse som mulig, er det nødvendig med gode økonomiske forhold. Dette er helt grunnleggende i et markedsdrevet samfunn.⁸⁷ Det må således kunne fremholdes at styret og de enkelte styremedlemmer i første rekke opptrer lojalt overfor selskapet som juridisk person for «å vareta interessen til selskapet som sådant».⁸⁸ Selskapets økonomiske interesse blir således selskapets grunnleggende interesse.⁸⁹ Dette langsiktige perspektiv fungerer i alle fall som et utgangspunkt, med mindre annet følger av vedtekter, generalforsamlingsvedtak eller forutsatt drift for øvrig.

Selskapets økonomiske interesse og utgangspunktet om langsiktighet innebærer, i det minste indirekte, at også hensynet til fremtidige aksjeeiere tas i betraktning under selskapsinteressen.

⁸⁴ Reiersen (2015) s. 288 legger til grunn at det sentrale er at selskapets verdier «oppretholdes og øker». Tilsvarende Sjøfjell (2011) s. 313, Aarum (1994) s. 365, forutsetningsvis også Aarbakke (2012) s. 528

⁸⁵ Reiersen (2015) s. 287 og Rt. 1981 s. 990

⁸⁶ Rt. 2000 s. 2033. Uttalelsen var formulert av lagmannsretten, men fikk tilslutning og ble sitert i Høyesteretts enstemmige dom.

⁸⁷ Sjøfjell (2011) s. 313 og 314

⁸⁸ Rt. 2000 s. 2033

⁸⁹ Reiersen (2015) s. 288, Bråthen (2014) s. 175, Andenæs (2006) s. 358, Östberg (2016) s. 66 (om norsk rett) s.69 (svensk rett)

Aksjers omsetningsverdiverdi er avhengig av selskapets prestasjon. Dette fører imidlertid ikke til at fremtidige aksjeeiere i seg selv er en interessegruppe under selskapsinteressen.⁹⁰

Selv om styrets primære lojalitetsplikt retter seg mot selskapet, utelukker dette ikke at det er rom for andre interessenter styret er forpliktet til å opptre lojalt overfor. Begrepet selskapsinteressen kan gi veiledning for en bredere gruppe interessenter som faller innenfor styremedlemmenes lojalitetsplikt.⁹¹ Dette har også en sammenheng med beskrivelsen ovenfor om synet på ethvert selskap som et nettverk av kontrakter.⁹²

4.3 Aksjonærinteressen

Styret er satt inn for å forvalte verdier som ikke tilhører dem selv, nemlig selskapets midler. Disse verdiene stammer imidlertid opprinnelig fra aksjeeierne og deres innskudd i selskapet, både ved stiftelsen og senere. Det er også et faktum at det aldri ville eksistert et selskap om det ikke hadde vært for dem som gikk sammen om å starte aksjeselskapet. Dette er i seg selv sterke argumenter for at styret i sitt virke må opptre lojalt overfor aksjonærenes fellesinteresse.

Aksjonærene utøver i utgangspunktet sin innflytelse på generalforsamlingen, som er selskapets øverste organ, og fatter som hovedregel vedtak basert på alminnelig flertallskrav jf. asl./asal. § 5-17. Styret er på grunn av generalforsamlingens overordnede stilling i selskapet bundet av generalforsamlingens beslutninger, så lenge disse er i tråd med loven og selskapets vedtekter. Denne overordnede stilling innebærer at generalforsamlingen i utgangspunktet står fritt til å omgjøre styrets beslutninger. Dersom styret ikke fatter avgjørelser i tråd med det som vil være i aksjefellesskapets felles interesse, vil generalforsamlingen bli tvunget til å overprøve styrevedtaket. Det vil ikke være god forvaltning eller særlig lojalt om det ble fattet beslutninger som generalforsamlingen ble tvunget til å overprøve vedtaket i ettertid. Samtidig er det lovens normalordning at styremedlemmene når som helst kan avsettes ved alminnelig generalforsamlingsvedtak. Samtlige aksjonærers interesse blir således helt grunnleggende for styremedlemmers lojalitetsplikt.⁹³

I spørsmålet om hva som er aksjemajoritetens interesser er det ikke alltid en enkel oppgave å finne frem til dennes meninger og syn. Generalforsamlingen er det eneste ordinære organ i

⁹⁰ Östberg (2016) s. 76-77

⁹¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48 gir anvisning på ivaretagelse av et bredere spekter enn utelukkende selskapet selv, herunder «kreditorer og aksjeeiere, men også arbeidstakere og andre interessegrupper» under drøftingen av begrensinger i selskapets adgang til å yte kreditt eller stille sikkerhet mv.

⁹² Östberg (2016) s. 47

⁹³ Bråthen (2014) s. 173, NUES legger i pkt. 8 (s. 27) til grunn at «[s]tyret bør sammensettes slik at det kan ivareta aksjonærfellesskapets interesser»

aksjeselskapet hvor majoritetens meninger kommer til uttrykk. Dersom styret skal fatte vedtak i tråd med aksjonærfellesskapets interesser, uten at deres mening er kommet til uttrykk på generalforsamlingen, kan dette måtte foregå på basis av hypotetiske forestillinger om hva aksjonærfellesskapet ville ha ment om spørsmålet.⁹⁴ Det kan synes litt løst og lite håndfast å pålegge styremedlemmene å forholde seg til hypotetiske forestillinger om hva aksjonærene mener om det kommende vedtak som styret skal fatte.

I mange selskap vil det være nære tilknytninger mellom enkelte styremedlem og enkelte eller flere aksjeeiere. En slik tilknytning kan for eksempel ha sin bakgrunn i tidligere bekjentskap, og aksjeeieren kan ha sørget for at denne har fått sete i styret ved nominasjon eller ved å inngå aksjeeieravtale om stemmeavgivning for å sørge for styremedlemmets tilsettelse. I slike tilfeller er det vanlig med uformell kontakt mellom aksjeeier og styremedlem utenfor generalforsamlingen slik at styremedlemmet kan få innspill og synspunkter om hva ledende aksjeeiere mener om en konkret sak.⁹⁵ Her må samtidig minnes om styret likevel plikter å fatte beslutninger med grunnlag i en selvstendig vurdering om hva som er i selskapets interesse.⁹⁶ Tilsvarende legges til grunn i NUES anbefalingen om corporate governance pkt. 8 at styremedlemmene ikke skal opptre som representanter for individuelle interessegrupper, herunder aksjeeiere og andre. På samme måte må aksjeeiere styremedlemmer utvise forsiktighet med å bidra til kortsiktige beslutninger som på sikt kan skade selskapets interesser.⁹⁷

Dette må imidlertid ses i sammenheng med det øvrige informasjonsmaterialet som foreligger, slik som for eksempel selskapets vedtekter, som gir uttrykk for aksjemajoritetens overordnede syn. I tillegg vil styremedlemmer kunne få pekepinner fra ledende aksjeeiere ved uformell kontakt mellom dem. Rammene for slik uformell kontakt er begrenset, og jeg vil komme tilbake til dette i drøftelsen av taushetsplikt. Poenget er imidlertid at det ikke er helt uhandterlig for styremedlemmene å legge aksjonærinteressen til grunn som et vesentlig moment i avgjørelser om forvaltningen av selskapet.

Tradisjonelt tolkes aksjelovene dithen at de bygger på en presumsjon om at aksjeeiernes profittmaksimering er det primære formål.⁹⁸ Dette følger av asl./asal. § 2-2.2 hvor det følger at det kreves særskilt bestemmelsene i vedtektene om selskapet «ikke skal ha til formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte». Samtidig inneholder aksjelovene bestemmelser som begren-

⁹⁴ Sjøfjell (2015) s. 85 tilsvarende Östberg (2016) s. 67 i svensk rett

⁹⁵ Knudsen (2015) s. 370-372

⁹⁶ Rt 1996 s. 742 (se det siterte i pkt.4.1) og Ot.ptp.nr.23 s. 71, Andenæs (2006) s. 357-358, Östberg (2016) s. 73 og Bråthen (2016)

⁹⁷ NUES pkt. 8 (s. 30)

⁹⁸ Tryuen (2005) s. 193, Aarum (1994) s. 364, forutsetningsvis også Woxholth (2015) s 201

ser aksjeeiernes muligheter for utbytte, slik som for eksempel at det normalt påligger styret å fastsette rammene for utbytte jf. asl./asal. § 8-2. Dette viser at aksjeeiernes interesse i utbyttemaksimering ikke er det eneste relevante hensynet å ta for selskapet. Aksjelovens regler viser således at styremedlemmene må ha en bredere interessesfære i mente når de skal utvise sin lojalitetsplikt overfor selskapet, slik at selskapets interesser kan gå lenger enn aksjeeiernes interesser.⁹⁹

I Rt. 2008 s. 385 skilles det tydelig mellom aksjeeieres interesser og selskapets interesser. Saken dreide seg om et aksjeselskaps gjeldsovertakelse til fordel for en aksjeeier. Selskapet oppfylte overfor kreditor og Høyesterett fant at disposisjonen var en ulovlig utdeling jf. asl. § 3-6 fordi «[d]et er ikke sannsynliggjort at Skattkjer Invest ville inngått en tilsvarende kontrakt uavhengig av aksjonærinteressene».

Stort sett vil selskapets økonomiske levedyktighet og aksjeeiernes interesse i utbyttemaksimering sammenfalle.¹⁰⁰ Aksjeeierne vil stort sett ha interesse i at selskapet går best mulig over lengst mulig tid, slik at de på den måten sikrer seg godt utbytte over lengst mulig tid. I samme retning går uttalelsene i dommen inntatt i Rt. 2000 s. 2033 «Sundal Collier» hvor det heter at:

«Det er lite tvilsomt at det i normalsituasjonen langt på vei er sammenfall mellom aksjeeiernes og selskapets interesser.»¹⁰¹

Dette vil imidlertid ikke alltid være tilfellet da aksjeeiere sjeldent er en heterogen gruppe. Dette vil variere fra selskap til selskap avhengig av for eksempel selskapets størrelse, virksomhet, antall aksjeeiere, hyppighet av aksjeoverdragelse mv.¹⁰² Spørsmålet kan komme på spissen i børsnoterte selskaper hvor visse investorer kan ha et ønske om en svært kort investeringshorisont for å sikre seg størst mulig utbytte på kortest mulig tid. I et slikt tilfelle innebærer styremedlemmets lojalitetsplikt overfor selskapets interesser at det er den bredere interessesfære som må være styrende, og ikke utelukkende aksjeeiernes ønske om størst mulig utbytte til enhver tid.

Dette stemmer overens med det som i den internasjonale debatten er blitt kalt «the enlightened value maximization».¹⁰³ I korthet dreier dette seg om at det sentrale under selskapets in-

⁹⁹ NOU 1996:3 s. 127 og Bråthen (2014) s. 173 og Rt. 2012 s. 543

¹⁰⁰ Sjøfjell (2015) s.16-17, Aarum (1994) s. 364

¹⁰¹ Rt. 2000 s. 2033

¹⁰² Sjøfjell (2009) s. 85

¹⁰³ Eller «enlightened shareholder value». Se for eksempel Davies og Worthington (2012) s. 542, Steinfeld (2007) s. 84 og 85, Mähönen (2016) s.258 og Östberg (2016) s. 44

teresser er at styremedlemmene skal ta hensyn til alle de sentrale interessene i selskapet når dette kan forenes med gevinst for aksjeeiere.¹⁰⁴ En slik regel kommer for eksempel direkte til uttrykk i britiske CA s. 172, og har blant annet sitt utspring i dommen *Hutton v. West Cork Railway* hvor det heter at « [t]he law does not say that there are to be no cakes and ale, but there are to be no cakes and ale except such as are required for the benefit of the company».

Et annet problem som oppstår dersom man setter likhetstegn mellom selskapsinteressen og aksjonærinteressen, eller om man plasserer styremedlemmers lojalitetsplikt utelukkende på aksjonærer, er de tilfellene hvor én aksjeeier i realiteten er en større gruppe subjekter. Dette kan for eksempel være større investeringsfond som i realiteten er et stort antall aksjeeiere «by-proxy», altså hvor én aksjeeier i realiteten består av et stort antall investorer.¹⁰⁵ Proxy-aksjeeierne vil kunne øve stor innflytelse på selskapet da et stort antall små investorer går sammen og legger beslutningsmyndigheten til et fond eller en ekstern rådgiver, «proxy-advisor», som tar seg av beslutningene på generalforsamlingen og kan lede til en rekke situasjoner som kan være svært uønsket for selskapet slik som for eksempel et fiendtlig oppkjøp.¹⁰⁶

Det synes slik at det er bred enighet i den juridiske litteraturen om at aksjeeiere er en primær gruppe under selskapsinteressen, og på den måten inngå som adressat for styremedlemmenes lojalitetsplikt. Det er imidlertid en viss uenighet om i hvilken grad også andre interesser er relevante og i hvilken grad disse skal vektlegges.¹⁰⁷

4.4 Aksjeeieres særinteresser

I det følgende er spørsmålet hvorvidt aksjeeiere med interesser i strid med selskapets øvrige interesser og formål har plass under selskapsinteressen.

Lagmannsrettens avgjørelse i LB-2015-17110 er relevant her. Saken dreide seg blant annet om krav om erstatning fra styremedlemmer i det etterfølgende oppgjøret etter dommen Rt. 2013 s. 241 «Stangeskovene», hvor retten kom til at styrets nektelse av aksjeoverdragelse var ulovlig. Lagmannsrettens dom ble nektet fremmet til Høyesterett og er således rettskraftig. Lagmannsretten legger til grunn at styremedlemmene har en «særskilt plikt til å ivareta hele

¹⁰⁴ Davies og Worthington (2012) s. 542, Mähönen (2016) s. 258, Östberg (2016) s. 40-41

¹⁰⁵ Nathan (2010) s. 1

¹⁰⁶ Enkelte problemer som oppstår i denne situasjonen kommer jeg tilbake til i delen om taushetsplikt.

¹⁰⁷ Se Sjøfjell (2009) s. 85, Aarum (1994) s. 365, Smith (1988) s. 45. Mest restriktiv er nok Truyen (2005) s. 193 og Truyen i JV (2004) s. 312. Andenæs (2006) s. 358 setter derimot tilsynelatende aksjeeiernes interesser som en sekundær interesse etter selskapet som selvstendig subjekt. Tilsvarende Andenæs i svensk rett jf. Dotevall (2015) s. 283

aksjonærfellesskapets interesser» og har ikke adgang til å «forfølge et mål som er en særinteresse for kun en del av aksjonærfellesskapet».

Lagmannsretten er streng og uttaler helt klart at aksjeeieres interesser i strid med de øvrige hensyn under selskapsinteressen ikke kan tas hensyn til. Aksjeeiere må tilpasse seg selskapets formål, økonomiske forutsetninger og aksjefellesskapets interesser. Dette innebærer at styremedlemmer ikke kan arbeide for å fremme, eller tilpasse seg, aksjeeieres særinteresser. Dette er relevant hvor styremedlemmet har en tilknytning til en aksjeeier som kan ha interesser på siden av selskapets generelle interesser. Et slikt forhold kan oppstå for eksempel ved at denne aksjeeieren har nominert det aktuelle styremedlem i styret eller ved andre personlige tilknytninger. I et slikt tilfelle må det holdes fast ved at styremedlemmet er bundet til selskapets til enhver tid gjeldene interesser og plikter å foreta en selvstendig vurdering.¹⁰⁸

4.5 Medkontrahenter

4.5.1 Kreditorer

De fleste aksjeselskap inngår en rekke avtaler, ofte med et bredt spekter av medkontrahenter. Kreditorer utgjør en viktig gruppe kontraktsparter for selskapet da de i realiteten sørger for størsteparten av selskapets finansiering. Aksjeselskapsrettens ansvarsbegrensning kan føre til at det foretas mer risikofylte investeringer enn det ellers ville ha blitt gjort dersom deltakerne var personlig ansvarlig.¹⁰⁹ Dette fører til et behov for kreditorbeskyttelse siden kreditorene, i motsetning til aksjeeiere, ikke har mulighet til kontroll av selskapet.¹¹⁰

Kreditorvernet er et sentralt hensyn bak aksjelovgivningen, og en rekke bestemmelser gjennomføres av beskyttelse av kreditorens interesser blant annet gjennom regler om krav til forsvarelig egenkapital jf. asl./asal. § 3-4, § 3-5, om handleplikt dersom selskapet ikke har forsvarelig egenkapital og § 8-1 om utbyttebegrensning basert på egenkapital. For eksempel utheves dette tydelig i forarbeidene at det var sentralt at den nye loven skulle bedre legge til rette for beskyttelse av kreditors interesser enn den tidligere loven fra 1976 ved å sikre at aksjekapitalen beholdes i selskapet.¹¹¹ Da erstatningsbestemmelsen i asl./asal. § 17-1 ble endret slik at «andre» også ble tatt med som en gruppe som kunne reise erstatningssøksmål var dette for å belyse at kreditorene(men ikke begrenset til disse) hadde vern gjennom bestemmelsen.¹¹²

¹⁰⁸ Rt 1996 s. 742 (se det siterte i pkt.4.1) \,Ot.prp.nr.26 (1996-1997) s. 71, Andenæs (2006) s. 357-358, Östberg (2016) s. 73, Bråthen (2016)

¹⁰⁹ Rt. 1991 s. 119, Bergström (2015) s. 21

¹¹⁰ Samtidig må det fremholdes at kreditorene tar slik risiko i betraktning i fastsettelsen av sine rater og kalkyler. Det er imidlertid ønskelig at disse ikke utsettes for unødvendig risiko da dette vil føre til økte finansieringskostnader.

¹¹¹ Ot.prp nr. 36 (1993-1994) s.67 og NOU 1992:29 s. 38

¹¹² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 167

Tilsvarende var det et siktemål for bestemmelsen om regelen om erverv av egne aksjer i selskapet jf. asl./asal. § 9-2 å verne blant annet selskapets kreditorer.¹¹³ Ved revisjon av aksjeloven ble imidlertid kravet til minste aksjekapital endret fra 100.000 til 30.000 NOK jf. asl. § 3-1.¹¹⁴ Noe som kan føre til en lavere grad av beskyttelse for kreditorer.

Samtidig legges det i forarbeidene til grunn at det ikke er mulig å lage lovregler som hindrer at selskapet mister sin aksjekapital. Det ligger i markedets natur at det er risiko tilknyttet de aller fleste virksomheter. Forarbeidene vektlegger at det kun er den uakseptable risiko for tap som kreditorene ikke bør utsettes for.¹¹⁵ En slik form for uakseptabel risiko er for eksempel om et styremedlem utenfor styrerommet foretar handlinger som vil skade kreditoren, for eksempel ved å lekke sensitiv informasjon denne har fått vite om, enten som følge av styrevervet eller ellers.

I Høyesteretts dom i Rt 1993 s. 1399 «Ytternes» legges det til grunn at kreditorenes interesse inngår som en viktig gruppe i selskapsinteressen, og at det er et sentralt formål å beskytte disse med ordningene med blant annet revisorbekreftelse og krav til minste kapital i selskapet. Det legges til grunn at det er like mye i kreditorenes som i aksjeeiernes interesse at aksjekapitalen opprettholdes. Dermed følger det at hensynet til kreditor vil stå sterkere desto dårligere selskapet går.¹¹⁶ Dette synspunktet har bred tilslutning i en rekke ulike europeiske rettssystemer blant annet Sverige, Finland, Danmark, og Storbritannia, men likevel med ulikheter mht. styrke og gjennomslagskraft overfor andre interesser.¹¹⁷

Det synes at det i den norske juridiske litteraturen er nokså bredt akseptert at kreditorer er en relevant interessegruppe under selskapsinteressen, men synet på hvilken styrkegrad og gjennomslagskraft et slikt hensyn har ved kollisjon med de øvrige interessentene vil imidlertid variere.¹¹⁸ Selskapsrettslige regler om ivaretagelse av kreditorinteressen vil også kunne suppleres av konkursrettens regler. Driver styremedlemmene eller andre på kreditorenes regning og risiko vil disse kunne omstøtes i konkursbehandlingen.¹¹⁹

¹¹³ Ot.prp nr 23 (1996.1997) s. 48

¹¹⁴ Endret ved lov 16.12.2011 nr. 63

¹¹⁵ NOU 1992:29 s. 38

¹¹⁶ Aarbakke (2012) s. 483 og Rt. 1993 s. 1399 «Ytternes»

¹¹⁷ Östberg (2016) s. 77, Mähönen (2016) s. 200, Werlauff (2013) s. 32 og 589, Steinfeld (2007) s. 85 og CA s. 172.3

¹¹⁸ Aarbakke (2012) s. 483, Bråthen (2009) s. 148, Aarum (1994) s. 366, Smith (1988) s.59

¹¹⁹ Se Andenæs, Konkursrett s. 285 flg. for redegjørelse av omstøtelsesreglene.

I finsk rett fremholdes det med grunnlag i synet på at selskaper er et nettverk av kontrakter at kreditorer er en sentral del av selskapsinteressen.¹²⁰ Som nevnt står disse, i tillegg til aksjonærenes innskudd, for selskapets finansiering. Kreditorerne tar på denne måten den samme risikoen som det aksjonærene gjør ved sin finansiering. Prinsipielt vil selvsagt kreditorerne gå foran aksjeeiere i en eventuell konkurs, men i mange tilfeller vil det ofte ikke være, eller i alle fall begrenset med, midler igjen i boet. Britisk rett synes imidlertid mer skeptiske i å la kreditorinteressen inngå i selskapsinteressen på lik linje med aksjeeiere.¹²¹ CA s.172.3 foreskriver at det bare er i «certain circumstances» at styremedlemmene må ivareta kreditors interesser. Likevel slik at «where a company is insolvent the interests of the creditors intrude».¹²² Etter norsk rett synes rettskildebildet å gå lenger enn britisk rett i å måtte ta hensyn til kreditors interesser.¹²³

Dette viser at kreditorer inngår som gruppe under selskapsinteressen, og er således en relevant adressat for styremedlemmers lojalitetsplikt.

4.5.2 Ansatte

En annen sentral gruppe kontraktsparter er selskapets ansatte. I de aller fleste tilfeller er det nødvendig for selskapets levedyktighet å engasjere arbeidskraft for å oppfylle selskapets formål. De ansatte er engasjert på kontraktsrettslig grunnlag, og dette innebærer i seg selv et allminnelig krav til aktsom og lojal opptreden fra selskapets side overfor de ansatte. Ansatte har i sin tur en særskilt lojalitetsplikt overfor sin arbeidsgiver, nemlig selskapet, og det er således tale om et gjensidig lojalitetsforhold.¹²⁴

I forarbeidene til endringen i aksjeloven og i forbindelse med drøftelsen av erstatningsansvaret i asl./asal. § 17-1 fremholdes det at styremedlemmer normalt ikke vil bli erstatningsansvarlig for beslutninger som «tar sikte på å opprettholde driften og arbeidsplassene, selv om en eventuell nedleggelse ville ha gitt aksjeeierne større økonomisk gevinst».¹²⁵ Forarbeidenes uttalelser gir uttrykk for at hensynet til ansatte i visse tilfeller kan gis forrang til aksjeeiernes interesser i utbyttmaksimering. Tilsvarende fremgår det av tidligere forarbeider at styret plikter å fremme aksjeeiernes interesser under begrensning av «de sosiale forpliktelser selskapet

¹²⁰ Mähönen (2016) s. 199 og 200

¹²¹ Steinfeld (2007) s. 85, Renshall (1990) s 180-181

¹²² *West Mercia Safetywear Ltd v. Dodd*

¹²³ Dette gjelder tilsvarende i svensk rett se Dotevall (2015) s. 283

¹²⁴ Rt. 1990 s. 607 «Viking» og Rt. 1996 s. 1401 «Autronica»

¹²⁵ Ot.prp.nr.55(2005-2006) s. 114

har som arbeidsgiver».¹²⁶ Dette viser at lovgiveren anser ansatte som selvstendig del av den sammensatte gruppen som inngår i selskapsinteressen.¹²⁷

Aksjelovene gir ansatte rett til representasjon i styret der det er flere enn 30 ansatte og selskapet ikke har bedriftsforsamling jf. asl./asal. § 6-4. At de ansatte får velge et styremedlem viser også at ansatte har en viktig plass i selskapsinteressen.¹²⁸ Ansattevalgte styremedlemmer bidrar til å fremme og belyse ansattes hensyn når beslutninger skal fattes i styret. Likevel er det slik at også ansattevalgte styremedlemmer på samme måte som øvrige styremedlemmer plikter å fatte beslutninger på selvstendig grunnlag av hva som er i selskapets interesse.¹²⁹

Styrerepresentasjonsordningen gjelder imidlertid bare i selskap av en viss størrelse. I mindre selskap vil stort sett samarbeidet og tilknytningen mellom selskapets ansatte og de øvrige organer i selskapet være tettere enn i de selskap hvor representasjon kreves. Ved tettere samarbeid og tilknytning vil det være lettere for de ansatte å bli hørt slik at styremedlemmene kan ta deres syn i betraktning. Ordningen med styrerepresentasjon kan i et slikt perspektiv like gjerne ses som en sikkerhetsmekanisme for å sørge for at ansattes interesser sikres også i større selskap. Dette medfører at fravær av styrerepresentasjon for ansatte ikke innebærer at ansatte ikke inngår i selskapsinteressen.

En rekke lovbestemmelser i lovverket bidrar også til å sikre ansattes rettigheter og interesser. I første rekke står Arbeidsmiljølovens bestemmelser. Videre bidrar også rskl. § 3-3.5 og § 3-3a.9 til å internalisere ansattes interesser ved at loven krever opplysning om ansattes forhold i årsberetningen. Mer konkret for ansattes stilling under selskapsinteressen finnes vphl. § 6-16.1 i tilfeller av oppkjøp. Bestemmelsen dreier seg om styrets uttalelse om konsekvenser av oppkjøp hvor uttalelsen må inneholde vurdering av «selskapets interesser, herunder hvilken effekt tilbudsgiverens strategiske planer [...] vil kunne få for de ansatte». Slik jeg leser bestemmelsen tyder «herunder» på at lovteksten presiserer at ansattes interesser inngår som del i selskapsinteressen.

4.6 Brede samfunnsinteresser

Det finnes holdepunkter i rettskildene for at bredere samfunnsinteresser slik som lokalmiljøet, klima, antikorrupsjon, menneskerettigheter mv. omfattes av selskapsinteressen.¹³⁰ Sentral i denne forbindelse er dommen inntatt i Rt. 1922 s.272 «Freia» hvor det ble akseptert at gene-

¹²⁶ Ot.prp nr. 19(1975-1976) s. 111

¹²⁷ Tilsvarende i dansk rett Werlauff (2013) s. 32

¹²⁸ Bråthen (2009) s. 148

¹²⁹ Ot.prp nr. 7(1971-1972) s. 43-44, Ot.prp.nr 23 (1996-1997) s.77

¹³⁰ Sjøfjell (2015) s. 22

ralforsamlingen i Freia sjokoladefabrikk tilgodeså en fond til medisinsk forskning. Retten la til grunn at generalforsamlingen var berettiget til å fatte flertallsvedtak som «indirekte eller i det lange løp» ville tjene til å fremme selskapets interesser. Avgjørelsen dreier seg helt direkte om generalforsamlingens kompetanse innenfor selskapsinteressen, men belyser selskapsinteressen som interessesfære generelt.¹³¹

Slik jeg tolker *Freia*-dommen er det sentrale at disse hensyn etterleves og markedet responderer positivt ved å ta bredere samfunnsinteresser i betraktning, slik at dette leder til økonomisk gevinst for selskapet. Dermed vil bredere samfunnsinteresser indirekte omfattes av selskapsinteressen, forutsatt at det leder til økonomisk gevinst for selskapet. Dette bekreftes av at det er selskapets langsiktige overlevelsessevne som er det sentrale utgangspunkt for selskapsinteressen, men at i visse tilfeller vil det å ta bredere samfunnsinteresser i betraktning kunne påvirke dette positivt.¹³²

Selv om det kan være legitimt, og til og med en plikt, for styret og ta slike hensyn i betraktning virker det kunstig å legge til grunn at styremedlemmene har en lojalitetsplikt overfor samfunnsinteresser slik som miljøet og lokalsamfunnet.¹³³ Disse interesser og hensyn er legitime hensyn å ta under forvaltningen av selskapet, men det skal i mye til for at disse hensynene får forrang de øvrige interesser og hensyn som inngår mer direkte i det konkrete selskapet og de kan neppe gis forrang i forhold til selskapets interesse i økonomisk gevinst.¹³⁴ Dette utelukker imidlertid ikke at styremedlemmene har en moralsk plikt til å legge til rette for at selskapet driver så etisk som mulig.¹³⁵

4.7 Oppsummering

Werlauff oppsummerer selskapsinteressen etter dansk aksjeselskapsrett på følgende måte:

«[S]elskabets interesse i nettogevinst med henblikk på varetagelse af et antal inbyrdes vægtede interesser, primært selskabsdeltagernes interesse i kapitalvækst, sekundært selskabskreditorenes interesse i overholdelse af de med dem indgæede aftaler, og tertiært medarbejdernes, medkontrahentenes og samfundets interesser i selskabet, dog

¹³¹ Smith (1988) s. 57

¹³² Rt. 2000 s. 2033

¹³³ Andenæs (2006) s. 358 legger til grunn at bredere samfunnsinteresser er et legitimt hensyn å ivareta, men slik jeg tolker ham lar han ikke disse inngå i selskapets interesser som sådant. Sjøfjell (2015) s.22flg går derimot lenger i å argumentere for at bredere samfunnsinteresser er en selvstendig del av selskapets interesser ut over å være et hensyn det kan være legitimt å til en viss grad vektlegge.

¹³⁴ Andenæs (2006) s. 358

¹³⁵ Swartz (2005) s.79-100 har utarbeidet forslag til slike retningslinjer

således at de sistnævnte efter omstendighetene kan få absolut forrang for samtlige øvrige bestandele af selskabsinteressen.»¹³⁶

Det sitatet ovenfor gir langt på vei uttrykk for den beskrevne fremstillingen av norsk rett. Den er imidlertid på visse punkter noe unyansert. For eksempel er det liten grunn til prinsipielt å behandle ansatte, kreditorer og øvrige kontraktsparter på ulike trinnhøyde i selskapsinteressen. Dette vil bero på det konkrete tilfelle og hvilke hensyn som melder seg.¹³⁷ Werlauff sin uttalelse går etter denne forfatterens syn glipp av at selskapets økonomiske vinning er det sentrale.¹³⁸ På denne måten vil flest mulig av interessesubjektene hensyn ivaretas. Like fullt er uttalelsen god som en generell veiledning eller pekepinn på de subjekter og interesser som gjør seg gjeldene under selskapsinteressen hermed også adressater for styremedlemmenes lojalitetsplikt. Hensynet til de øvrige interessesubjektene må imidlertid ikke strekkes så langt at det ved interessekonflikt de får forrang selskapets primære formål, som i utgangspunktet vil være langsiktig drift. Dette innebærer for de individuelle styremedlemmer at det vil være i strid med deres lojalitetsplikt om de utenfor styrevervet foretok seg noe som kunne ha skadet aksjefellesskapet, kreditorer eller ansatte på tross av at dette ikke nødvendigvis ville ha skadet selskapet økonomisk.

For å oppsummere og avslutte denne delen av avhandlingen vil jeg sitere Andenæs: «selv om ledelsen primært skal fremme *selskapets interesse*, er det rom for berettiget varetakelse av *andre interesser*, herunder hensynet til aksjeeiere, ansatte eller allmennheten.[min kursivering]». ¹³⁹ Det dreier seg således om en balansering av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i selskapet til enhver tid og begrepet kan ikke gis et helt fast innhold.

¹³⁶ Werlauff (1991) s. 72

¹³⁷ Reiersen (2015) s. 291, Aarum (1994) s. 365

¹³⁸ Aarbakke (2012) s. 483 og Bråthen (2014) s. 175. Andenæs (2006) s. 358 legger til grunn at selskapets interesse er styrets overordnede pliktsubjekt hvor aksjonærers, ansatte og allmennheten er sekundære hensyn. Tilsvarende Sjøfjell (2015) s. 16

¹³⁹ Andenæs (2006) s. 358

5 Særlige regler med relevans for styremedlemmers lojalitetsplikt

5.1 Krav til styremedlemmers habilitet

5.1.1 Innledning

Aksjelovene oppstiller krav til styremedlemmers habilitet når de fatter vedtak i styremøte. Det rettslige grunnlaget for dette finnes i asl./asal. § 6-27. Denne er relevant for styremedlemmers lojalitetsplikt, idet den skal forhindre at styremedlemmer deltar i behandlingen i saker hvor de har en egeninteresse i utfallet.¹⁴⁰ Regelen kan således bidra til at brudd på lojalitetsplikten unngås.

Til forskjell fra lojalitetsplikten er habilitetsregelen en saksbehandlingsregel og ikke en materiell regel. Virkningen av at inhabilitet foreligger er at styremedlemmet plikter å avstå fra behandlingen av saken, og dersom mer enn halvparten av styremedlemmene er inhabile er ikke styret vedtaksført jf. asl./asal. § 6-24. I tilfellet hvor styret ikke er vedtaksført på grunn av inhabilitet må avgjørelsen og behandlingen av denne forelegges generalforsamlingen jf. Rt. 1990 s. 330. Dersom et inhabilt styremedlem har deltatt i behandlingen eller ved avstemningen i en sak er det sikker rett at vedtaket er ugyldig, dersom det kan antas at inhabiliteten kan ha hatt innvirkning på vedtaket.¹⁴¹

Inhabilitetsregelen bygger på en forutsetning om lojalitetsplikt for styremedlemmer.¹⁴² Habilitetsregelen for styremedlemmer rammer vidt og denne avhandlingen tar ikke sikte på å gi en fullstendig dekkende beskrivelse av alle tilfeller som omfattes av regelen. Derfor vil jeg nøye meg med å redegjøre for bestemmelsen med sikte på å vise hvordan bestemmelsens anvendelsesområde dekker noe av samme område som styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapet. Jeg vil også se på særtilfellet hvor lojalitetsplikten hindrer at habilitetsregelen benyttes på illojale måter.

5.1.2 Habilitetsregelen forebygger lojalitetskonflikter

Det første vilkåret bestemmelsen i asl./asal. § 6-27 oppstiller er at beslutningen er av «særlig betydning» for styremedlemmet eller noen med en særlig tilknytning til denne¹⁴³. Ordlyden

¹⁴⁰ Andenæs (2006) s. 360

¹⁴¹ HR-2001-556, Rt. 1893 s. 875, Rt. 1957 s. 257

¹⁴² Andenæs (2006) s. 360

¹⁴³ Nærmere om «nærstående» i asl./asal. § 1-5.1

viser at det kreves en nokså høy terskel for at noen skal anses som inhabil. Det tyder på at betydningen må være nokså stor for styremedlemmet, eller dennes nærstående, og avgrenser således mot beslutninger av mer triviell art. Avgjørende for habiliteten er imidlertid om styremedlemmet har en «fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse i saken».

Ordlyden «særinteresse» tilsier at det må dreie seg om en spesiell interesse hos styremedlemmet. Dette innebærer at det må dreie seg om en interesse som er selskapsfremmed i den forstand at interessen ligger utenfor de interesser styremedlemmet er satt til å ivareta.¹⁴⁴ Dette vil være tilfellet om styremedlemmet driver virksomhet ved siden av styrevervet og denne virksomheten, og dermed styremedlemmet, vil kunne oppnå komme i en gunstig stilling av at styret treffer en konkret avgjørelse.

Denne interesse kan videre være av «personlig eller økonomisk» art og må være «fremtredende». Dette viser også at det kan dreie seg om et bredt spekter av fordeler, men at det settes en begrensning i den forstand at interessen må være «fremtredende», eller med andre ord sentral i avgjørelsen som skal fattes av styret. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse i kjennelsen HR-2001-556 fremgår det at særinteressen må være av en slik styrke at den virker motiverende på styremedlemmets standpunkt i saken.¹⁴⁵ Kjennelsen dreide seg om en stiftelse som hadde tilgodesett Hordaland Rokrets med en gave. På grunn av en rekke omstendigheter ville stiftelsen trekke tilbake gaven de tidligere hadde gitt rokretsen. Ett av styremedlemmene i stiftelsen var styreformann i Rokretsen og han ble av denne grunn erklært inhabil av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Selv om det i dette tilfellet dreide seg om en stiftelse og ikke et aksjeselskap er for habilitetsdrøftelsen ikke av slik betydning at avgjørelsen mangler relevans. Stiftelsesloven og aksjelovens habilitetsbestemmelser bygger på tilsvarende vurderingstema og sakskompleksene vil også ofte være beslektet, da det i begge tilfeller dreier seg om selskaper med styrer som forvaltningsorgan. Om habilitetsvurderingen uttaler førstvoterende Coward:

«Det må være tilstrekkelig at den interesse organisasjonen har i saken, er spesiell og av en slik styrke at den er egnet til å påvirke styremedlemmets standpunkt i saken, jf. Aarbakke m.fl., op.cit. side 433.»

Et annet tilfelle hvor en slik særinteresse er «fremtredende» er i tilfeller av selvkontrahering, altså hvor styremedlemmet for eksempel har en vesentlig aksjepost i det kontraherende firma.¹⁴⁶ Et vesentlig hensyn bak bestemmelsen er at selskapets styre skal være beslutningsdyk-

¹⁴⁴ Aarbakke (2012) s. 522

¹⁴⁵ Andenæs (2006) s. 350

¹⁴⁶ Aarbakke (2012) s. 522

tig i den forstand at den skal ha selskapets interesser for øye når beslutninger skal fattes.¹⁴⁷ Slik sett skal bestemmelsen sikre at styret har en betryggende sammensetning når det fattes vedtak.¹⁴⁸ Om et styremedlem har en slik fremtredende særinteresse i saken vil tilliten til at en avgjørelse i selskapets beste fattes. I forarbeidene er det helt uttrykkelig uttalt at habilitetsbestemmelsen begrunnes i hensynet til tilliten til styremedlemmene, og ledelsen for øvrig.¹⁴⁹

Det er videre tydelige likhetstrekk mellom lojalitetsplikten og habilitetsregelen ved at begge regler har en funksjon i henholdsvis å fremme og verne selskapsinteressen. Bestemmelsens forarbeider tar uttrykkelig for seg likheten mellom styremedlemmers alminnelige lojalitetsplikt og habilitetsregelen:

«Ved vurderingen av spørsmålet om inhabilitetsregelen bør endres, må inhabilitetsreglene ses i sammenheng med styremedlemmenes og administrerende direktørs alminnelige lojalitets- og aktsomhetsplikt overfor selskapet og aksjeeierne, og plikten til ikke å la selskapsfremmede hensyn motivere de avgjørelser de er med på å treffe»¹⁵⁰

Habilitetspliktens forebyggende virkning innebærer således at mange tilfeller av interessekonflikt som i øvrige land må løses av lojalitetsplikten er direkte løst i asl./asal. § 6-27, med den virkning at den begrenser behovet for utfylling med ulovfestede regler. Som fremstillingen vil vise, er det imidlertid en rekke tilfeller hvor habilitetsbestemmelsen ikke strekker til, hvor lojalitetsplikten vil ha en selvstendig betydning.

5.1.3 Illojal bruk av habilitetsregelen

Styremedlemmer kan bli fristet til å benytte habilitetsregelen for å unngå å fatte beslutninger de synes er vanskelige. Enten fordi saken er komplisert, kontroversiell eller at styremedlemmet har en tilknytning til noen uten at dette forholdet er sterkt nok til at det rammes av habilitetsregelen. Styremedlemmene plikter å handle slik de til enhver tid mener er i selskapets beste, og kan ikke sette selskapets interesser til side til fordel for hensyn slik som tilknytningsforhold til aksjeeiere eller liknende.¹⁵¹ I forarbeidene fremgår dette helt uttrykkelig.

«Når det gjelder dette siste argumentet, må man imidlertid ikke glemme at utgangspunktet er at styremedlemmet og administrerende direktør har plikt til å være med på å

¹⁴⁷ Her går norsk rett lenger enn svensk rett da den norske bestemmelsen omfatter enhver beslutning og ikke utelukkende avtaleinngåelse se Östberg (2016) s. 161 og 169flg.

¹⁴⁸ Andenæs (2006) s. 349

¹⁴⁹ NOU 1992:26 s. 154

¹⁵⁰ NOU 1992:29 s. 154

¹⁵¹ Andenæs (2006) s. 358

behandle og ta avgjørelser i selskapssaker, og dette gjelder selv om det kan være personlig ubehagelig å treffe avgjørelsen. Inhabilitetsreglene må altså ikke være en sovepute som styremedlemmene eller administrerende direktør kan skyte seg inn under»¹⁵²

Det rettslige grunnlaget for dette kan følge både av asl./asal. § 6-12, i den forstand at ansvaret for forvaltning av selskapet ville blitt vesentlig uthulet om styremedlemmer kunne trekke seg fra avgjørelser på denne måten. Lojalitetsplikten overfor selskapets interesser er også brutt dersom styremedlemmet velger å avstå fra en beslutning under henvisning til habilitet for å unngå et forhold som vanligvis ikke medfører inhabilitet. Selskapet har krav på den kollektive visdom og kompetanse hos styremedlemmene som skal forvalte dets interesser.¹⁵³

Et neste tilfelle som kan oppstå er spekulativ bruk av habilitetsregelen fra de øvrige styremedlemmer for enten (i) å lamme styret ved at det ikke blir vedtaksført jf. asl./asal. § 6-24 eller for (ii) å tilpasse styrets sammensetning for at en konkret beslutning skal fattes.

Ser vi for oss et scenario hvor et selskap har fem styremedlemmer. To av disse er i favør av en avgjørelse som tilgodeser ansattes interesser. De resterende tre er enten nøytrale eller positive til å legge ned en avdeling i driften hvor mange arbeidsplasser går tapt. I dette tilfellet vil de to kunne fremme habilitetsinnsigelse i styrerommet mot dem som er for nedleggelse med den mulige følge at de eller dette styremedlemmet føler seg presset til å avstå fra behandlingen av saken. Siden det da er to mot to er styret handlingslammet inntil habilitetsspørsmålet er avgjort av generalforsamlingen eller et varamedlem trer inn. På den måten har mindretallet trent den endelige beslutningen.

I det samme tilfelle kan det tenkes at de to styremedlemmene i ansattes favør vet at varamedlemmet ofte er ansattvennlig og fremmer en slik habilitetsinnsigelse slik at denne vil tre inn. Mindretallet har således ved å fremme uholdbare habilitetsinnsigelser manipulert styrets sammensetning for å få fremmet et vedtak som ellers muligens ville blitt nedstemt ved den alminnelige sammensetning.

Disse to tilfellene vil i likhet med at et styremedlem avstår fra å fatte vanskelige beslutninger rammes av styremedlemmenes lojalitetsplikt ved at styremedlemmene benytter hersketeknikker og spekulativ bruk av lovens bestemmelser for å fremme interesser som ellers ikke ville kommet i stand ved ordinær behandling. Selv om en slik avgjørelse isolert sett kan aksepteres under selskapsinteressen, vil neppe måten denne er kommet i stand være lojal da den helt klart

¹⁵² NOU 1992:26 s. 154

¹⁵³ Grossfeld (2006) s. 67 og Schmitthoff (1968) s. 563 i britisk rett

bryter med lovens ordning hvor det er de ordinære, og ikke varamedlemmer, som i første rekke skal forvalte selskapet og dets interesser jf. asl./asal. § 6-12. Å benytte habilitetsregelen på denne måten er illojalt overfor dem som har valgt styremedlemmet da det ikke lenger er denne som skal forvalte selskapets interesser.

5.2 Straffebud og illojalitet

De groveste tilfellene av at styremedlemmer setter sine egne interesser foran selskapets vil rammes av straffelovens regler om blant annet økonomisk utroskap og underslag.¹⁵⁴ I denne fremstillingen vil jeg benytte strl. 2005 § 390 om økonomisk utroskap som et veiledende eksempel på at lojalitetsplikten går lenger enn dette straffebudet. Samtidig gir straffebestemmelsen en viss pekepinn på lojalitetsplikts anvendelsesområde. Straffebudet må i en aksjeselskapsrettslig kontekst sies å bære lojalitetshensyn ved at den verner om den part som har tillit til at en annen styrer med sine formuesgoder. Bestemmelsen i strl. 2005 § 390 lyder:

«Den som handler mot en annens interesser som han styrer eller har tilsyn med, med forsett om å oppnå en uberettiget vinning for seg eller andre eller om å skade, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år.»

Bestemmelsen er særlig relevant på aksjeselskapsrettens område da selskapets styre i stor grad råder over selskapets midler. I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 257 ble et styremedlem dømt for å ha vederlagsfritt overdratt over 55 millioner kroner fra et selskap hvor han hadde aksjeeierinteresser til et annet selskap han selv også hadde vesentlige aksjeeierinteresser. Dommen er avsagt etter tidligere straffelov fra 1902 § 275, men dagens bestemmelse avviker ikke vesentlig fra denne. Dommen er relevant i denne forstand da den slår fast at man kan bli ansvarlig for økonomisk utroskap selv om man har vesentlige eierinteresser i selskapet. Høyesterett uttaler om identifikasjonsspørsmålet:

«at A som styreleder handlet mot selskapets tarv ved å forestå utbetalinger fra X på til sammen 55 559 300 kroner uten å sikre selskapet noen tilsvarende motytelse, og for det annet uttaler at dette førte til en betydelig uberettiget vinning for Y og dermed også for A selv som eier av selskapet.»

Interessant i denne forbindelse er også uttalelsen om at styrelederen, i likhet med andre styremedlemmer for øvrig, plikter å handle i tråd med selskapets tarv. Dette må gjelde også for de

¹⁵⁴ Krenkelse av forretningshemmeligheter jf. strl. § 207 og rettsstridig tilegnelse av forretningsmuligheter jf. strl § 208 har også en side til lojalitetsplikten. Se kort om disse under pkt. 9.3.1.

mildere tilfellene som vil rammes av lojalitetsplikten, men vil gå klar av det strengere straffebudet om utroskap.

I den nevnte sak sluttet Høyesterett seg til rettsanvendelsen i lagmannsrettens dom.¹⁵⁵ I motsetning til Høyesterett uttalte lagmannsretten seg om forholdet mellom straffebudet og styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapet. I denne forbindelse la lagmannsretten til grunn at det er et vilkår at styremedlemmet må ha brutt sin ulovfestede lojalitetsplikt overfor selskapsinteressen for at utroskap skal ha funnet sted.

«For at disse handlingene skal rammes av straffeloven § 275, må de stride mot Xs tarv. I dette ligger at A forsettlig har krenket den lojalitetsplikt han har overfor selskapet og at han ved overføringene handlet mot selskapets interesser.»

At styremedlemmers brudd på lojalitetsplikten overfor selskapets interesser på denne måten er et inngangsvilkår for straffebudets anvendelse innebærer at lojalitetsplikten strekker seg lenger enn straffebudet. Dette er praktisk i tilfeller hvor strafferettens strenge bevis eller skyldkrav ikke er oppfylt.

¹⁵⁵ RG 2010 s. 914 (Borgarting).

6 Generelt om interessekonflikter mellom styremedlemmets og selskapets interesser

En helt sentral del av lojalitetsplikten er at styremedlemmene ikke må sette sine egne interesser foran selskapets.¹⁵⁶ Dette innebærer at dersom det er interessekonflikt mellom selskapets interesser og styremedlemmets, må styremedlemmets egeninteresser vike. Plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet og forbudet mot illojal deltakelse i konkurrerende virksomhet er tilfeller av slik interessekonflikt.

Forbudet mot å skaffe seg særfordeler på selskapets bekostning har en side til en rekke bestemmelser i aksjeselskapslovgivningen. For det første vil generalklausulen om misbruk av styremyndighet i asl./asal. § 6-28 være relevant dersom en aksjeeier eller selskapets interesser rammes. Videre vil habilitetsregelen i § 6-27 hindre at styret deltar i avgjørelser om seg selv eller noen nærstående. I tillegg inneholder § 6-17 et forbud mot at styremedlemmet mottar godtgjørelse fra andre enn selskapet i forbindelse med rettshandel for selskapet. Disse bestemmelsene fungerer sammen og hver for seg for å hindre at styremedlemmene skaffer seg særfordeler på bekostning av selskapet og er således utslag av lojalitetsprinsippet som følger av det tillitsforholdet styrevervet representerer for selskapet og dets aksjeeiere. Videre finnes det andre steder i lovgivningen bestemmelser som setter forbud mot illojal atferd fra styremedlemmer. I denne avhandlingen vil særlig nevnes bestemmelsene i markedsføringsloven under punktet om konkurranseforbud.

Lovbestemmelsene som sammen og hver for seg bidrar til å ivareta lojalitetshensynet i aksjeselskapsretten fanger likevel ikke opp alle former og tilfeller av styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapet. Det er alminnelig antatt i juridisk litteratur og har grunnlag i den overfor nevnte drøftelse om styremedlemmers plikt til lojalitet på grunn at tillitsforholdet styremedlemmer står i overfor selskapet, at disse ikke kan benytte sin stilling til å tilegne seg fordeler på selskapets bekostning.¹⁵⁷

Den overfor nevnte dom inntatt i Rt. 1932 s. 951 har fungert som utgangspunkt for læren om lojal atferd for styremedlemmer.¹⁵⁸ Saken dreide seg om en enebestyrer i et selskap hvor enebestyreren ervervet en fordring på selskapet til en betydelig redusert pris, hvor han senere

¹⁵⁶ Östberg (2016) s. 158 flg. NUES pkt 8 (s. 28) hvor det også presiseres at styremedlem med mange styreverv bør utvise særlig aktsomhet for å unngå å komme i interessekonflikter.

¹⁵⁷ Andenæs (2006) s. 359, Aarum (1994) s. 64 og 350, Aarbakke (2012) s. 528 og Smith (1988) s. 49

¹⁵⁸ Andenæs (2006) s. 360, Aarum (1994) s. 350, Östberg (2016) s. 174 (om norsk rett).

gjorde denne gjeldende mot selskapet på fordringens fulle pålydende. Undertiden er avgjørelsen blitt gammel, men den har fremdeles praktisk betydning ved at den i nyere praksis stadig vises til.¹⁵⁹ Dommen tolkes slik at det legges en «skjerpet aktsomhetsvurdering til grunn straks det dreier seg om en avgjørelse hvor styremedlemmets egne eller hans nærstående interesser er involvert, og hvor det kan oppstå en interessekonflikt mellom de nevnte og selskapets interesser»¹⁶⁰ Uttalelsen i dommen om denne skjerpede aktsomhetsvurdering er:

«Efter bevisets stilling er jeg for mitt vedkommende gaatt ut fra at Høiseth ikke har gjort opmerksom paa sine forhandlinger om kjøpet. Jeg er enig i at Høiseth hadde grunn til at gjøre dette førenn han selv kjøpte for egen regning. Hans stilling som enestyre i selskapet synes at maatte ha tilsagt ham dette, og jeg finner at der forelaa grunn for ham til at utvise særlig aktsomhet i en situasjon som denne, hvor det gjaldt et mulig konkurranseforhold mellem selskapets og hans egne interesser.»

I dansk rett fremholdes det også at styremedlemmers lojalitetsplikt innebærer at styremedlemmet må sette selskapets interesser foran sine egne dersom disse interessene skulle kolliderer.¹⁶¹ Tilsvarende fremholdes det i britisk rett at « [t]he rule is this. A trustee, who is entrusted to sell and manage for others, undertakes in the same moment, in which he becomes a trustee, not to manage for the benefit and advantage of himself ».¹⁶²

I det følgende vil jeg fokusere på illojalitet som følge av at styremedlemmet etterstreber de økonomiske særinteresser han eller hun måtte ha. Plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet og konkurranseforbud er sentrale i denne forbindelse og behandles i kapitler 7 og 8.

¹⁵⁹ Se for eksempel TGLOM 2007-135885 og LA-1999-1426.

¹⁶⁰ Aarum (1994) s. 352

¹⁶¹ Werlauff (1991) s. 24

¹⁶² *Holder v. Holder*

7 Plikt til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet

7.1 Innledning

Styremedlemmer vil ofte i sitt virke komme over forretningsmuligheter de ellers ikke ville om de ikke var styremedlemmer. Vi kan for eksempel tenke oss selskap A som driver med kjøp, salg og utvikling av eiendommer i Lillevik sentrum. Styremedlem X er blitt kjent med entreprenøren Y etter gjentatte forhandlinger på vegne av A. Y forteller X om en bygård midt i Lillevik sentrum som er til salgs for en meget gunstig pris. Det viser seg at bygården er veldig lukrativ for X på grunn av hennes særlige kompetanse på området etter å ha arbeidet aktivt i styret i A i mange år. X kjøper så eiendommen for sine egne penger og tjener et betydelig beløp på å benytte seg av forretningsmuligheten Y fortalte henne om. Spørsmålet som reiser seg i denne delen av oppgaven er hvorvidt, og i hvilken grad styremedlemmer plikter å la slike forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet de har styreverv i.

Aksjelovene inneholder ingen regler om hvorvidt det eksisterer noen plikt for styremedlemmer å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet. Disse tilfellene kalles i angloamerikansk rett for læren om «corporate opportunities». Andenæs skriver at «[p]rinsippet om at ledelsen plikter å la selskapet nye godt av slike "corporate opportunities" er imidlertid ikke utviklet nærmere i norsk rettspraksis og teori, i motsetning til hva som er tilfelle i blant annet engelsk rett».¹⁶³ Amerikansk rett har også etablert en slik lære, men med noen forskjeller fra den britiske modellen.¹⁶⁴ For å finne det nærmere innholdet av forbudet mot å skaffe seg fordeler på selskapets bekostning er det interessant å se nærmere på hvordan denne regelen har utviklet seg og praktiseres etter britisk og amerikansk rett. Disse lærene er omfattende og fortjener således å bli behandlet særskilt. Under pkt. 7.3 vil disse pliktene drøftes i forbindelse med norsk rett.

7.2 Læren om «corporate opportunities» i britisk og amerikansk rett.

7.2.1 Britisk rett

7.2.1.1 Introduksjon

I britisk rett er det utviklet en lære om at styret plikter å la «corporate opportunities» tilflyte selskapet. I et europeisk perspektiv er dette jurisdiksjonen hvor en slik lære har utviklet seg mest.¹⁶⁵ Denne har grunnlag i en langvarig praksis gjennom flere århundre.¹⁶⁶ Dette prinsippet begrunnes i styremedlemmers «fiduciary duties» som følge av styrets rolle som tillitsmann,

¹⁶³ Andenæs (2006) s.360 og tilsvarende Dotevall (2015) s. 236

¹⁶⁴ Dotevall (2015) s. 236 legger til grunn at den amerikanske modellen har tjent som forbilde for svensk og tysk rett. Se nærmere om dette under pkt.7.2.2

¹⁶⁵ Dotevall (2015) s.285

¹⁶⁶ Se for eksempel *Aberdeen Railway Co v. Blackie Bros.* fra år 1854

agent og forvalter av selskapets midler og interesser.¹⁶⁷ Det rettslige grunnlaget for å la «corporate opportunities» tilflyte selskapet er nå kodifisert i den britiske Companies Act fra 2006 s. 175, men likevel slik at omfanget av bestemmelsene fremdeles bestemmes av prinsipper utviklet i rettspraksis jf. CA s. 170.3 og s. 170.4.

7.2.1.2 Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others (1942)

Den britiske dommen *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others* er belysende for læren om «corporate opportunities».

Saken dreide seg om et selskap (Regal Ltd.) som drev kinodrift i Hastings, England. Driften ble utvidet ved opprettelsen av et underselskap som ved leasingavtale sikret seg to nye kinosaler. Lessoren krevde at aksjekapitalen til underselskapet ble økt med £ 5 000. Fire av styremedlemmene i selskapet og styrelederen (Gulliver) bidro med den største delen av den påkrevde kapitaløkningen. Deretter solgte styremedlemmene aksjene sine med betydelig fortjeneste.

Selskapets nye eiere gikk til søksmål mot Gulliver og de øvrige styremedlemmene. Grunnlaget for dette var at Gulliver og styremedlemmene hadde brutt sin lojalitetsplikt overfor selskapet ved å oppnå fortjeneste utelukkende på grunn av sine verv i selskapets styre.

Retten kom til at styremedlemmene hadde handlet i strid med sine lojalitetsforpliktelser overfor selskapet. Deres mulighet til fortjeneste hadde materialisert seg utelukkende på grunn av deres stilling som styremedlemmer i selskapene.¹⁶⁸ Interessant å merke seg er at dommen oppstiller en regel som ikke tillater at styremedlemmene benytter forretningsmuligheter de har oppdaget som følge av at de var styremedlemmer i det aktuelle selskapet. Med andre ord dreier det seg utelukkende om en *årsaksregel*.¹⁶⁹ De ble dermed dømt til å tilbakebetale fortjenesten med den følge at Regal Ltd. hadde krav på styremedlemmenes berikelse. Denne regelen er i senere praksis og juridisk teori betegnet som «no profit»-regelen.¹⁷⁰

«In the result I am of opinion that the directors standing in a fiduciary relationship to Regal in regard to the exercise of their powers as directors, and having obtained these shares by reason and only by reason of the fact that they were directors of Regal and in

¹⁶⁷ Se pkt.3.4.2 for en kort redegjørelse av «fiduciary duties»

¹⁶⁸ Andenas og Wooldridge (2009) s. 272

¹⁶⁹ Kershaw (2005) s. 607

¹⁷⁰ Davies og Worthington (2012) s. 592

the course of the execution of that office, are accountable for the profits which they have made out of them. »¹⁷¹

Det uttales at styret ville ha unngått å begå lojalitetsbrudd om de hadde forelagt for generalforsamlingen spørsmålet om de kunne foreta seg slike investeringer. Uten at generalforsamlingen hadde godtatt et slikt krav ville det være i strid med styremedlemmenes plikt til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet.

«They could, had they wished, have protected themselves by a resolution (either antecedent or subsequent) of the Regal shareholders in general meeting. In default of such approval, the liability to account must remain. »¹⁷²

En utfordring med denne regelen er tilfeller med spekulativ atferd fra aksjeeiere og de øvrige styremedlemmene. Dersom begge disse grupper vet om at styremedlemmet foretar en handel i strid med læren om «corporate opportunity» uten aktivt å gå inn for å hindre dette vil de kunne oppnå den fordel at de kan se an hvorvidt det illojale styremedlemmets investering gir god avkastning eller ikke, før de eventuelt krever hele fortjenesten overført til selskapet under henvisning til brudd på læren om «corporate opportunity».¹⁷³

7.2.1.3 *Boardman v. Phipps* (1966)

Regal-dommen dannet utgangspunktet for læren om forretningsmuligheter og blir fremdeles stadig vist til i den juridiske litteraturen, særlig på grunn av rettsvirkningene ved brudd på plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet.¹⁷⁴ Siden *Regal*-dommen ble avsagt i 1942 har flere dommer utviklet og nyansert plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet.¹⁷⁵ Allerede i dommen *Boardman v. Phipps* viser retten en mer pragmatisk holdning til forbudet om at styremedlemmer for egen vinning benytter seg av forretningsmuligheter.

Saken dreide seg om en stiftelse hvor Tom Boardman og Tom Phipps, to av stiftelsens forvaltere (fiduciaries), kjøpte aksjer i et selskap hvor stiftelsen allerede var minoritetsaksjonær. Selskapet gikk dårlig og Boardman og Phipps bidro til at selskapet klarte seg, ved at det ble gjennomført restruktureringer i selskapet. Følgen av dette ble dermed at de to, i likhet med stiftelsen, oppnådde fortjeneste som følge av sine investeringer. De to hadde fått særlig innsikt

¹⁷¹ *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*

¹⁷² *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*

¹⁷³ Davies og Worthington (2012) s. 597, Renshall (1990) s. 186

¹⁷⁴ Davies og Worthington (2012) s. 592, Andenas og Wooldridge (2009) s. 272. Se mer om rettsvirkningene i pkt. 11

¹⁷⁵ Kershaw (2005) s. 605 og 606

i aksjeselskapets utfordringer i sine roller som tillitsmenn, informasjon de ikke på annen måte kunne ha fått fatt på. John Phipps, en dem stiftelsens skulle tilgodese, gikk til sak mot stiftelsens to tillitsmenn.

Problemstillingen om å utnytte informasjon de hadde fått som følge av sin posisjon som tillitsmenn kom på spissen på tross av at stiftelsen ikke under noen omstendighet hadde, uten godkjennelse fra domstolene, rettslig mulighet eller intensjoner om å kjøpe aksjene på egen hånd. Likevel kom retten til at det forelå brudd på plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet. Flertallet tok opp tråden fra *Regal*-dommen og fant at de to handlet i strid med lojalitetsplikten ved at de to hadde brutt regelen om ikke å gjøre fortjeneste av muligheter de oppdaget utelukkende som følge av styrevervet.

Avgjørelsen ble imidlertid avsagt under dissens. Her ble det fremholdt at det relevante vurderingstema burde være hvorvidt det foreligger «a real sensible possibility of conflict». Dette altså i motsetning til den rent teoretiske mulighet for interessekonflikt flertallet, i tråd med *Regal*-dommen, avgjorde saken etter.¹⁷⁶ Dissenterende Lord Upjohn er klar på at *Regal*-dommen ikke fravikes, men at faktum var såpass ulikt at årsaksregelen ikke hadde overføringsverdi. Mindretallet fant ikke Boardman og Phipps skyldig i brudd på plikten til å la forretningsmuligheten komme selskapet til gode, da de hverken ville eller kunne ha investert i aksjene, med den følge at det ikke kunne foreligge noen interessekonflikt. Senere praksis fra britiske domstoler viser at det vurderingstema dissensen oppstiller har fått tilslutning.¹⁷⁷

7.2.1.4 Bhullar v. Bhullar (2003)

En nyere avgjørelse fra britiske Court of Appeal i saken *Bhullar v. Bhullar* belyser hvordan utviklingen har gitt dissensen i *Boardman v. Phipps* tilslutning også på aksjeselskapenes område.

Saken dreide seg om et aksjeselskap opprinnelig stiftet 1950 hvor aksjene var fordelt med en halvpart på hver av brødrene Bhullar. Da saken kom for domstolene på slutten av 1990-tallet var selskapet fremdeles eid av familien Bhullar og styret bestod av medlemmer av Bhullarfamilien. Selskapet drev med dagligvarehandel, men hadde i tillegg tidligere investert i en tomt og leide ut denne til en bowlinghall. Ett av styremedlemmene oppdaget, en kveld han var og bowlet i bowlinghallen, at parkeringsplassen utenfor hallen var til salgs og kjøpte denne med sine private midler. Selskapets aksjeeiere hadde uttrykt klart overfor styret at de ikke ønsket å investere videre i tomteeiendommer.

¹⁷⁶ Kershaw (2005).s. 606.

¹⁷⁷ Se for eksempel *Industrial Development Consultants v. Cooley* og *Bhullar v. Bhullar*. Tilsvarende Davies og Worthington (2012) s. 565 og Kershaw (2005).s 606

Likevel kom retten til at det forelå en rimelig mulighet for interessekonflikt, og dømte den investerende broren til å fralegge seg sin berikelse til gunst for familieselskapet. Det ble særlig lagt vekt på at det investerende styremedlemmet burde ha opplyst selskapet om muligheten. Dette på tross av at selskapet, dog uformelt, hadde gitt uttrykk for at det ikke var interessert i å investere videre og at slike investeringer lå utenfor selskapets alminnelige drift. På den andre siden kunne det tenkes at selskapet ville ha benyttet seg av en slik gunstig mulighet om den hadde blitt forelagt dem. Dette synes avgjørende for resultatet retten kommer til når det uttales:

« Like the defendant in *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley*, the appellants in the instant case had, at the material time, one capacity and one capacity only in which they were carrying on business, namely as directors of the Company. In that capacity, they were in a fiduciary relationship with the Company. At the material time, the Company was still trading, albeit that negotiations (ultimately unsuccessful) for a division of its assets and business were on foot. As Inderjit accepted in cross-examination, it would have been "worthwhile" for the company to have acquired the Property. Although the reasons why it would have been "worthwhile" were not explored in evidence, *it seems obvious that the opportunity to acquire the Property would have been commercially attractive to the Company, given its proximity to Springbank Works. Whether the Company could or would have taken that opportunity, had it been made aware of it, is not to the point: the existence of the opportunity was information which it was relevant for the Company to know, and it follows that the appellants were under a duty to communicate it to the Company.* The anxiety which the appellants plainly felt as to the propriety of purchasing the Property through Silvercrest without first disclosing their intentions to their co-directors – anxiety which led Inderjit to seek legal advice from the Company's solicitor – is, in my view, eloquent of the existence of a possible conflict of duty and interest.

I therefore agree with the judge when he said (in paragraph 272 of his judgment) that "*reasonable men looking at the facts would think there was a real sensible possibility of conflict*". [min kursivering]»

Den siste av de siterte setningene viser at domstolen benytter vurderingstema fra dissensen i *Boardman v Phipps* når den kommer til at det var en rimelig mulighet for interessekonflikt mellom selskapets og styremedlemmets interesser. Retten fant at det ikke hadde betydning at selskapet ikke hadde mulighet eller ønske om å benytte seg av muligheten. Dette fordi de aktuelle styremedlemmene ikke kunne vite om selskapet ville ha benyttet muligheten om den ble forelagt dem, ved for eksempel å ta opp et lån. Avgjørelsen bærer således elementer fra den

tidligere fremgangsmåte, fra *Regal*-dommen, i tillegg til å ta opp vurderingstema mindretallet i *Boardman v Phipps* presenterte. Selv om domstolen her legger opp til en mer pragmatisk tilnærmingen innebærer dette likevel en streng plikt til å la forretningsmessige muligheter komme selskapet til gode.

Interessant for avgjørelsen er at domstolen beveger seg mot en «line of business»-vurdering slik denne praktiseres i USA.¹⁷⁸ «Line of business»-vurderingen drøftes nærmere under. På den andre siden virker det ikke så urimelig at når man som tillitsperson er satt til å forvalte andres – selskapets – midler skal opplyse om mulige forretningsmuligheter denne kunne ha nytte av. Dersom selskapet ikke, etter å ha tatt stilling til forretningsmuligheten, ville benytte seg av denne ville han hatt den fulle frihet til å forfølge forretningsmuligheten på egenhånd.¹⁷⁹

Som nevnt er en utfordring med den strenge britiske regelen at selskapet kan handle spekulativt ved kun å kreve de mulighetene som i ettertid har vist seg å være økonomisk gunstige tilbakeført til selskapet. Selv om *Bhullar v. Bhullar* tar for seg en mer pragmatisk fremgangsmåte ble denne utfordringen ikke adressert eller korrigert, og det kan spørres om slik opportunistisk atferd er særlig beskyttelsesverdig.¹⁸⁰

7.2.1.5 *Companies Act 2006*

Det har i britisk rett pågått en debatt i den juridiske litteratur knyttet til hvorvidt man opererer med en regel om interessekonflikter begrenset til tilfellene hvor det foreligger «a real, sensible possibility of conflict» (no conflict) eller et forbud mot fortjeneste styremedlemmet ikke ville oppnådd hadde man ikke vært styremedlem (no profit) fra henholdsvis de nyere dommene gjennomgått over og *Regal*-dommen.¹⁸¹ CA s. 175 kodifiserer «corporate opportunities»-læren og tar etter ordlyden til seg regelen som forbyr interessekonflikter oppstilt i nyere rettspraksis, men krever likevel, i tråd med *Regal*-dommen og etterfølgende praksis, heller ikke at selskapet har økonomisk mulighet til å kunne påta seg muligheten.¹⁸² Dette innebærer at den regelen som nå finnes i CA 175 i realiteten omfatter fremgangsmåtene fra både eldre og nyere praksis.¹⁸³ Hovedregelen finnes i bestemmelsens første ledd som fremdeles legger til grunn at styremedlemmer ikke må foreta seg noe som *kan* medføre konflikt med selskapets interesser. Dermed blir det nødvendig å oppstille selskapets interesser på den ene side og for-

¹⁷⁸ Davies og Worthington (2012) s. 597

¹⁷⁹ Davies og Worthington (2012) s. 599, Davies (2008) s. 568 reiser spørsmål om at CA bryter med tidligere common law rettspraksis ved at denne åpner for tillatelse fra styret kollegialt og ikke bare aksjeeierne.

¹⁸⁰ Davies og Worthington (2012) s. 598

¹⁸¹ Davies og Worthington (2012) s. 593, Lowry (2000) s. 123 og Kershaw (2005).s s. 605 og 606

¹⁸² CA s.175.2

¹⁸³ Davies og Worthington (2012) s. 592-593

retningsmuligheten på den andre for å avgjøre hvorvidt disse kan komme i konflikt. Bestemmelsens nedre grense krever kun at et styremedlem kan ha en indirekte interesse som kan komme i konflikt med selskapets interesser.

«A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company»

Unntak finnes i bestemmelsens fjerde ledd bokstav a og b.

«This duty is not infringed—

(a)if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest; or

(b)if the matter has been authorised by the directors.»

Unntaket i bokstav b medfører at styremedlemmet ikke har brutt sin lojalitetsplikt dersom saken på forhånd er blitt forelagt styret.¹⁸⁴ Sjette led stiller krav til quorum i tillegg til at de aktuelle styremedlemmer ikke får delta i stemmeavgivningen. Dette medfører at dersom alle styremedlemmene er involvert i det omstridte forhold er ikke styret beslutningsdyktig og må innkalle til generalforsamling. Vi ser her en kobling til *Regal*-dommen hvor styremedlemmene kunne vært ansvarsfrie om den omstridte forretningsmulighet på forhånd hadde blitt forelagt generalforsamlingen.

Det er imidlertid unntaket i bokstav a som generelt begrenser den nærmest absolutte hovedregelen. Unntaket innebærer at styremedlemmet ikke har brutt sin plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet dersom denne «cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest» og dermed åpnes dørene for en konkret skjønsmessig avveining.

Momenter i denne avveiningen vil kunne blant annet være selskapets alminnelige virksomhet, selskapets formål slik dette er nedfelt i vedtekter eller gjennom praksis og selskapets tidligere avgjørelser i liknende sakskompleks. Av tolkningsregelen i CA s. 170 fjerde ledd fremgår det at praksis fra common law skal være retningsdrivende for tolkningen av denne regelen. Dermed vil de overfor nevnte avgjørelser kunne kaste lys over den nedfelte regel. Den eldre praksisen som derimot legger forbudet mot fortjeneste som følge av styrevervet til grunn kan en

¹⁸⁴ Davies og Worthington (2012) s. 598-599 reiser spørsmål om at CA bryter med tidligere common law rettspraksis ved at denne åpner for tillatelse fra styret kollegialt og ikke bare aksjeeierne.

imidlertid ikke ukritisk legge til grunn da den regelen i 175 første ledd uttrykkelig legger den nyere regelen om «no conflict» til grunn.¹⁸⁵

Følgen av at «corporate opportunities»-regelen er brutt medfører, i tråd med *Regal*-dommen, at enhver fortjeneste styremedlemmet har ervervet som følge av muligheten skal tilflyte selskapet. Dette gjelder uavhengig av om selskapet har lidt et økonomisk tap eller ikke. Selv om selskapet ikke hadde mulighet til å påta seg investeringen skal fremdeles fortjenesten tilflyte selskapet.¹⁸⁶ Dette svært strenge utfallet begrunnes i det sterke tillitsbåndet som gjelder mellom selskapet og styremedlemmet.¹⁸⁷

7.2.2 Amerikansk rett

7.2.2.1 Introduksjon

I USA er det også utviklet seg en lære om «corporate opportunities» med grunnlag i styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapet. På grunn av Delaware effekten særlig interessant å se hen til delstatslovgivningen og praksis i nettopp delstaten Delaware.¹⁸⁸ Delaware sin selskapslovgivning har vist seg å være balansert og i tillegg til gunstige skatteregler har dette ført til at over en million selskap, og flertallet av alle børsnoterte selskap, er registrert her.¹⁸⁹ Dette innebærer naturligvis at rettspraksis fra Delaware er særlig praktisk relevant.

Læren om «corporate opportunities» er i USA en annen enn den vi finner i britisk rett. Vurderingen er her hvem av selskapet eller styremedlemmet som har eierskap til forretningsmuligheten.¹⁹⁰ For å avgjøre om selskapet har slik eierskap til forretningsmuligheten må man først og fremst se hen til hvorvidt noe i det hele tatt kan regnes som en «corporate opportunity». Det har utkrystallisert seg tre ulike metoder, eller tester, for å avgjøre om noe er å regne som en «corporate opportunity».¹⁹¹

¹⁸⁵ Davies og Worthington (2012) s. 590, argumenterer for at det ikke er en stor reell forskjell på de to regelsett.

¹⁸⁶ Andenas og Wooldridge (2009) s. 272 med henvisning til *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*

¹⁸⁷ Se pkt.11 om rettsvirkninger

¹⁸⁸ For nærmere redegjørelse for dette begrepet se Zaynet (1991) s. 31 flg. Også Bråthen (2013) s. 63

¹⁸⁹ Östberg (2016) s. 106, Bråthen (2013) s. 63

¹⁹⁰ I amerikansk teori benyttes gjerne «belong» som det avgjørende. Det presiseres blant annet hos Kershaw (2005) s. 608 at dette ikke er det samme som eiendomsrett, men hvem som er nærmere berettiget til muligheten. Se Kershaw (2005) s. 608, Dotevall (2015) s. 311 Brudney (1981) s. 999. Tysk rett bygger også på et tilsvarende utgangspunkt se Östberg (2016) s. 377. Dette altså i motsetning til britisk rett hvor det fremholdes at «information is not property at all. It is normally open to all who have eyes to read and ears to hear» jf. *Boardman v Phipps*.

¹⁹¹ Koh (2003) s. 411

7.2.2.2 *In Re: Digex, Inc. Shareholders Litigation (2000)*

Spørsmålet om et styremedlem har brutt sin plikt til å la en forretningsmulighet tilflyte selskapet er tydelig formulert i avgjørelsen om *In Re: Digex, Inc. Shareholders Litigation*.

Digex saken dreide seg om overdragelse av dette selskapet. Selskapet Intermedia var hovedaksjonær i Digex og denne aksjeposten var Inter medias «crown jewel». En større andel av styremedlemmene i Digex satt også i styret i Intermedia og disse eide også betydelige aksjeposter i Intermedia. Intermedia gikk dårlig økonomisk og et salg av dette selskapet, med de tilhørende aksjene i Digex ville de aksjeeiene styremedlemmene og de øvrige aksjonærene i Intermedia komme svært godt ut av. Dette på bekostning av minoritetsaksjonærene i Digex hvis aksjer ville, i alle fall på kort sikt, få en redusert verdi om styremedlemmene solgte sine aksjer i Intermedia. Dersom kun Digex ble solgt ville ikke Intermedia komme like godt ut av dette.

Retten i Delaware kom til at styremedlemmene i Digex som også satt i Intermedia ikke hadde brutt sine fiduciary duties ved å legge til rette for den løsningen som tilgodeså dem selv, nemlig at Intermedia med tilhørende aksjer i Digex ble solgt. Retten la vekt på at minoritetsaksjonærene i Digex sin interesse i å få solgt sine aksjer til høyest mulig pris er en individuell mulighet som tilkommer dem som aksjeeiere og følgelig ikke en «corporate opportunity» som tilhører selskapet. Følgende regel for «corporate opportunities» ble oppstilt:

«Delaware Courts employ the following test to determine whether a corporate opportunity has been usurped by a fiduciary. The corporate opportunity will be found to have been usurped:

If there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation is financially able to undertake, [and that opportunity] is in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an *interest or a reasonable expectancy*, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation [min kursivering] »

Testen som legges til grunn i denne avgjørelsen knytter seg til hvorvidt selskapet har en «interest or reasonable expectancy» til forretningsmuligheten. I praksis har det vist seg at dette er den mildeste regelen for styremedlemmer i det det skal en del til for at selskapet har en berettiget «interest or reasonable expectancy».¹⁹²

¹⁹² Koh (2003) s. 411

For det første vil det være aktuelt å se på hvilken type forretning selskapet driver med. Er dette innenfor selskapets kjernevirksomhet skal det nok mye til for å tillate at styremedlemmet benytter seg av forretningsmuligheten til fortrenghet for selskapet. Dreier det seg derimot om en forretningsmulighet på et virksomhetsområde helt løsrevet fra selskapets sedvanlige drift taler dette for at styremedlemmet kan benytte seg av denne. I en mellomstilling finner man tilfeller, slik som i *Bhullar*-dommen fra britisk rett, hvor selskapet drev med dagligvarehandel, men hadde investert i én næringseiendom. Etter amerikansk rett vil momentet om hvilken type drift selskapet her driver med ikke gi noen særlig veiledning og det blir nødvendig å se på øvrige momenter.

Et vesentlig poeng er hvorvidt selskapet har økonomisk mulighet til å påta seg den aktuelle forretningsmuligheten. Det synes rimelig at om selskapet åpenbart ikke har mulighet til å påta seg ytterligere investeringer så skal det mye til for at der foreligger brudd på plikten til å la «corporate opportunities» tilflyte selskapet i det det da ikke reelt sett finnes noen «opportunity» for selskapet som mangler kjøpekraft til nye prosjekter. Britisk rett er imidlertid mye strengere på dette punkt da det etter CA s. 175.2 ikke spiller noen rolle hvorvidt selskapet har økonomisk mulighet til å ta på seg forretningsmuligheten.¹⁹³

Videre må selskapet både ha en praktisk fordel av muligheten og det må foreligge en rimelig forventning om at selskapet vil benytte seg av denne om den hadde blitt forelagt. Disse momentene henger nøye sammen med det overfor nevnte og underbygger at den amerikanske lære beror på en konkret skjønnsmessig avveining av alle de relevante forhold. Det var på dette punkt at retten kom til at Digex ikke hadde noen «interest or expectancy in a World-Com-Digex deal».

Avgjørende for denne testen vil være om styremedlemmet setter seg selv i en posisjon hvor hun haver i konflikt med selskapets interesser dersom hun velger å benytte seg av forretningsmuligheten. Dette er essensen i denne amerikanske læren som beror på en helhetsvurdering, først av selskapets interesser og muligheter i forretningsmuligheten. Deretter må det vurderes om det at styremedlemmet benytter seg av denne kommer i konflikt med de interesser en har kartlagt i den første vurderingen.¹⁹⁴

¹⁹³ «it is immaterial whether the company could take advantage of the [...] opportunity» jf CA 175.2

¹⁹⁴ Kershaw (2003) s. 607

7.2.2.3 *Guth v. Loft Inc (1939)*

Delawares Court of Chancerys dom i saken om *Guth v. Loft Inc* er egnet til å belyse en noe ulik helhetsvurdering enn den *Digex*-saken oppstiller.

Selskapet Loft Inc produserte og solgte brus. De hadde vanligvis benyttet seg av sirupleveranser fra Coca-Cola Ltd. I denne saken hadde Guth, president i selskapet Loft Inc ikke fått den rabatten på sirup han mente selskapet burde ha fått og så etter alternative muligheter. Han kjøpte dermed, for sine egne midler, en konkurrerende leverandør som hadde gått konkurs og deres sirupoppskrift. Guth ble dømt for å ha brutt sine plikter etter «corporate opportunities»-regelen.

På helt generelt grunnlag uttaler domstolen at lojalitetsplikten er en konkret og skjønnsmessig standard som på ingen måte kan ha et fast innhold. Det må bero på en konkret og skjønnsmessig avgjørelse hvilke muligheter som må tilflyte selskapet under henvisning til lojalitetsplikten. Det uttales at:

«The occasions for the determination of honesty, good faith and loyal conduct are many and varied, and no hard and fast rule can be formulated. The standard of loyalty is measured by no fixed scale».¹⁹⁵

Testen som ble lagt til denne avgjørelsen er en annen enn den fra *Digex*-saken. Det relevante kriteriet er her om muligheten er innenfor selskapets «line of business». Court of Chancery legger to mulige alternativer til grunn for «line of business» vurderingen. Den første er hvorvidt muligheten er så «closely associated with the existing business of [the corporation] and so essential thereto».¹⁹⁶ Alternativt om muligheten er innenfor et område hvor selskapet har « fundamental knowledge, practical experience and ability to pursue, which, logically and naturally, is adaptable to its business having regard for its financial position, and is one that is consonant with its reasonable needs and aspirations for expansion».

I denne saken måtte selskapet ha utvidet driften betydelig for at brusproduksjonen også skulle omfatte produksjon av sirupen de vanligvis fikk levert. De kriterier avgjørelsen oppstiller viser således at når selskapet, Loft Inc, hadde råd til å ta muligheten skal det mye til for at styremedlemmet går fri, selv om muligheten er nokså langt unna selskapets alminnelige drift. Det stilles således opp en streng lojalitetsplikt for styremedlemmer så lenge styrevervet består.

¹⁹⁵ *Guth v. Loft Inc*

¹⁹⁶ Dette alternativet kommer jeg tilbake til under pkt.8 om konkurranseforbud.

7.2.2.4 *Miller v. Miller (1974)*

Denne saken ble behandlet av Massachusetts Supreme Court og dreide seg om selskapet Miller Waste som i en årrekke hadde produsert ulike varianter av avfallsfiltre til industrien. En rekke hendelser gjorde det gunstig å etablere flere firma som skulle ta seg av ulike deler av produksjon og pakking av varer. Disse selskapene ble stiftet av brødrene Miller som i tillegg til å eie en stor andel av Miller Waste også satt i styret. Etter hvert ble disse selskapene som i utgangspunktet bare skulle støtte det opprinnelige selskapet likevel suksessfulle i seg selv. Gjenværende aksjeeiere i Miller Waste gikk til søksmål mot brødrene for brudd på styremedlemmers plikt til å la «corporate opportunities» komme selskapet til gode.

Retten kom til at brødrene ikke hadde brutt sin plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet.

Det ble tatt utgangspunkt i «line of business»-vurderingen introdusert i *Guth v. Loft* for å vurdere hvem som var den rettmessige «eieren» av forretningsmuligheten. Derimot legges det til grunn at denne regelen alene er for snever og for restriktiv, særlig når «line of business»-kriteriet strekkes så langt som i *Guth v. Loft*. Etter inspirasjon fra dommen *Dure v. Dure & Danning* legger domstolen deretter opp til en vurdering av om styremedlemmenes handlinger var *rettferdige*. Dermed blir det en totrinns prosess, hvor det først avgjøres om muligheten er innenfor «line of business», deretter om styremedlemmet i det konkrete tilfellet har handlet illojalt.¹⁹⁷

«If, however, the opportunity is found to be a corporate one, liability should not be imposed upon the acquiring officer if the evidence establishes that his acquisition did not violate his fiduciary duties of loyalty, good faith, and fair dealing toward the corporation. Thus the second step in the two-step process leading to the determination of the ultimate question of liability involves close scrutiny of the equitable considerations existing prior to, at the time of, and following the officer's acquisition. Resolution will necessarily depend upon a consideration of all the facts and circumstances of each case considered in the light of those factors which control the decision that the opportunity was in fact a corporate opportunity.»

I den konkrete vurderingen etter å ha tatt stilling til om det i det hele tatt dreier seg om en forretningsmulighet listes opp en rekke ulike hensyn som ofte kan være relevante for helhetsvurderingen av styremedlemmets lojalitet i forbindelse med å ha benyttet seg av en forretningsmulighet.

¹⁹⁷ Lane (2015) pkt. 5-14

For det første er det relevant å undersøke hvordan forretningsmuligheten var presentert for styremedlemmet. Dersom denne ble oppdaget i kapasitet av å være styremedlem i det aktuelle firma, eller i privat sammenheng vil førstnevnte tale for at lojalitetsplikten er brutt. Dersom styremedlemmet benyttet selskapets fasiliteter, midler eller ansatte vil dette være et sterkt argument for at styremedlemmet har handlet illojalt. Videre vil det være relevant om styremedlemmet tidligere har fått tillatelse til å ta slike muligheter og hvilken skade eller ulempe det har påført selskapet at forretningsmuligheten ikke tilfløt selskapet.

7.2.3 Oppsummering

De modellene som benyttes i USA er nok å anse som en lagt mer fleksible regler enn dem man finner i britisk rett. Dette har en rekke fordeler og ulemper og det har blitt diskutert i juridisk litteratur om den ene er en selskapsrettslig og forretningsmessig bedre regel enn den andre.¹⁹⁸

I britisk rett argumenterer Lowry og Edmunds for at britisk rett gradvis burde ta til seg «line of business» modellen man benytter i USA, slik den kommer til uttrykk i delstaten Delaware.¹⁹⁹ De fremholder at den britiske regelen i for stor grad legger bånd på entreprenørsinnede styremedlemmer med evne til å finne forretningsmuligheter. Slik jeg ser det er det gjerne slike styremedlemmer man ønsker seg i forretningslivet, nemlig dem som har gode evner til å finne og identifisere muligheter. En for streng «corporate opportunities»-regel kan føre til at de riktige menneskene ikke er villige til å være styremedlemmer. Dette vil nok kunne avhjelpes om man opererer med de mer fleksible amerikanske regler da disse regler i større grad tillater at styremedlemmer kan benytte seg av muligheter selskapet ikke kan ta.

På den andre siden så tilsier tillitsforholdet mellom styret og selskapet at det gjelder en streng lojalitetsplikt mellom dem. En streng «corporate opportunities»-regel vil styrke lojalitetsforholdet mellom dem og bidra til økt tillit. Koh argumenterer for at en fleksibel regel slik den man finner i Delaware truer lojalitetsplikten ved at en slik regel kan bidra til en økt grad av spekulasjon og kan dermed virke negativt for moralen på det kommersielle området.²⁰⁰

Dersom selskapet har likvide midler viser rettspraksis fra Delaware at regelen nærmest er grenseløs ved at nærmest enhver forretningsmulighet kan falle inn under et selskaps «line of

¹⁹⁸ Lowry (2000) s. 123, Kershaw (2005) s. 609flg., Koh (2003) s. 413flg

¹⁹⁹ Lowry (2000) s. 123

²⁰⁰ Koh (2003) s. 413

business». ²⁰¹ Den strenge regelen rekker samtidig ikke lenger enn at styremedlemmet plikter å opplyse selskapet om muligheten slik at styret eller generalforsamlingen kan ta stilling til om det er innenfor et område de ønsker å benytte seg av eller ikke. Tilsvarende når det har gått betydelig tid fra selskapet har fått opplysning om muligheten og ikke har benyttet seg av den vil styremedlemmet trygt og lojalt kunne benytte seg av muligheten. ²⁰² Hensynet bak en slik streng regel for styremedlemmer finner sin begrunnelse i at « [directors] have an absolute power to do all things other than those expressly to be done by the company». ²⁰³

Det fremholdes i juridisk litteratur at informasjon som er bredt tilgjengelig for markedet neppe kan omfattes av en regel om «corporate opportunities». ²⁰⁴ Dette er logisk da styremedlemmene ikke kan sies å ha oppdaget muligheten utelukkende på bakgrunn av deres posisjon som styremedlem. Dette utgangspunktet følger av den strenge regelen fra *Regal*-dommen som nærmest utelukkende legger et strengt årsaksperspektiv til grunn. På den andre siden kan det tenkes tilfeller det er det er grunn til å se ulikt på det. Tenker man seg for eksempel en offentlig anbudskonkurranse hvor styremedlemmet vet at selskapet er interessert men likevel med egne midler legger inn et tilbud. I et slikt tilfelle er det ikke i strid med regelen oppstilt i *Regal*-dommen da styremedlemmet ikke har oppdaget muligheten som følge av styrevervet. Likevel oppstår det en interessekonflikt mellom selskapet og styremedlemmet. Dette tyder på at det er flere ulike regelsett som kan få anvendelse på tilfeller som tilsynelatende dreier seg om «corporate opportunity». ²⁰⁵

7.3 Styremedlemmers plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet i norsk rett.

7.3.1 Rettslig grunnlag

I norsk rett har det som nevnt innledningsvis ikke utviklet seg noen lære som tilsvarende «corporate opportunities» reglene i amerikansk og britisk rett. ²⁰⁶ Utgangspunktet må derfor tas i styremedlemmenes ulovfestede lojalitetsplikt med grunnlag i engasjementsavtalen. Som nevnt er et viktig element i lojalitetsplikten at styremedlemmer er avskåret fra å sette sine egne interesser foran selskapets. ²⁰⁷ Spørsmålet blir dermed hvorvidt lojalitetsplikten krever at styremedlemmer lar forretningsmuligheter tilflyte selskapet. Deretter blir spørsmålet i så fall hvilke forretningsmuligheter lojalitetsplikten krever at styremedlemmer forelegger selskapet.

²⁰¹ *Guth v Loft Inc.*-dommen viser hvor langt man strekker “line of business” vurderingen, se også Koh (2003) s. 412

²⁰² Andenas og Wooldridge (2009) s. 273 om rettsstilstanden i britisk rett.

²⁰³ *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cunningham*

²⁰⁴ Andenas og Wooldridge (2009) s. 272

²⁰⁵ Koh (2003) s. 406-407

²⁰⁶ Andenæs (2006) s. 360 og tilsvarende i svensk rett Östberg (2016) s. 377

²⁰⁷ Tilsvarende i tysk aksjeselskapsrett, Dotevall (2015) s. 291

Avgjørelsen fra Rt. 1932 s. 951 bærer preg av en tankegang beslektet med «corporate opportunities». I denne avgjørelsen uttales fra annenvoterende dommer Rivertz med tilslutning fra flertallet at

«[d]et er visstnok saa at et styremedlem i et aktieselskap i almindelighet maa ansees forpliktet til paa forhaand at forelegge for selskapet spørsmålet om en transaksjon som den i saken omhandlede».

Uttalelsen bærer preg av en tilsvarende tilnærming til spørsmålet om styremedlemmers utnyttelse av forretningsmuligheter som flere av de overfor nevnte britiske og amerikanske «corporate opportunities»-regler. Andenæs slutter seg tilsynelatende til en slik regel når han sier at «[d]ette synspunktet [den foran siterte uttalelse fra Høyesterett] synes å fortjene tilslutning».²⁰⁸ Uansett plikter styremedlemmet å forelegge muligheten for styret i kollektiv forstand da disse samlet handler på vegne av selskapet og ikke forelegge muligheten for en enkeltstående aksjeeier, uavhengig av størrelsen på aksjeposten.²⁰⁹

I en rettskildemessig kontekst kan det hevdes at den overfor nevnte avgjørelse er blitt gammel og derfor mangler rettskildemessig vekt. Dette er nok noe unyansert. Et utgangspunkt i den alminnelige prejudikatslære er at en avgjørelse vil miste sin vekt når den når en viss alder, men dette beror på at det i mellomtiden har vært en samfunnsutvikling som har dannet grunnlag for nye oppfatninger.²¹⁰ Hva gjelder lojalitetsplikten generelt er det klart skjedd en utvikling, men denne er i all hovedsak gått ut på at lojalitetsplikten selv på kommersielle områder er blitt styrket. Dette kommer tydelig til uttrykk i dommen inntatt i Rt. 2005 s. 268 «Panfish», blant annet på bakgrunn av dommene Rt. 1984 s. 28 «Tromsø sparebank», Rt. 1988 s. 1078 «Skipsgaranti» og Rt. 1995 s. 1460 «Haughom». Disse dommene dreide seg om kommersielle forhold hvor partene i utgangspunktet har til dels motstridende interesser. Likevel går Høyesterett nokså langt i å statuere lojalitetsplikt mellom partene, altså en plikt til, til en viss grad, å ta hensyn til hverandres interesser. Enda lenger går Høyesterett i å statuere lojalitetsplikt mellom konkurrerende panthavere i saken inntatt i Rt. 1994 s. 775 «Yousuf». Når lojalitetsplikten mellom kontraktsparter og andre i alminnelighet har blitt såpass styrket som den er blitt de siste 30 årene i norsk rettspraksis kan mye tyde på at det har skjedd en utvikling. Utviklingen er imidlertid gått retning av å styrke lojalitetsplikten. Dette tyder på at om noe så vil dommens

²⁰⁸ Andenæs (2006) s. 360

²⁰⁹ Dette blir således et eksempel på at en aksjeeiers interesse må vike for selskapets økonomiske interesse og støtter således det overfor nevnte om at selskapets interesse er mer enn bare aksjeeiernes interesser.

²¹⁰ Eckhoff (2001) s. 183

premisser stå seg om tilsvarende sak kommer opp i dag. Rettsutviklingen av lojalitetskravet i alminnelighet tyder til og med på det må stilles strengere krav enn man gjorde tidligere.

Kontraktsforholdets art tyder også på at styremedlemmer plikter å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet. Engasjementsavtalen innebærer at styremedlemmet skal forvalte selskapets penger og handle på vegne av selskapet. Det ville harmonert dårlig med denne forpliktelsen om det ikke finnes begrensninger i styremedlemmenes mulighet til å benytte seg av forretningsmuligheter.²¹¹

Utviklingen på aksjelovgivningens område hvor aksjelovene fra 1997 har konkretisert og utvidet en del av styrets plikter tyder også på at man går i retning av et strengere ansvarsområde for styremedlemmer.²¹² Nyere gjennomgang av rettspraksis synes å bekrefte at dette er blitt en realitet.²¹³ Det følger av forarbeidene at det var bevisst fra lovgiverens side å konkretisere og utvide styrets plikter med en skjerpelse av styrets ansvarsområde som følge.²¹⁴ Dog ikke slik at skjerpelsen av styreansvaret var en målsetning i seg selv.²¹⁵ Det er altså slik jeg tolker dagens rettskildebilde lite som tyder på at uttalelsene i dommen fra 1932 ikke vil stå seg i dag. Dommen må tas til inntekt for at det i norsk rett gjelder en regel om at styremedlemmer til en viss grad plikter å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet.

Aarum slutter seg til en lære om «corporate opportunities» når hun uttaler at «[I]lojalitetsplikten innebærer at styremedlemmene i prinsippet har plikt til å sørge for at forretningsmessige muligheter og fordeler tilflyter selskapet, og kan ikke tilegne seg disse til egen fordel».²¹⁶ Denne uttalelsen er sentral om man skal sammenlikne det norske lojalitetsprinsippet med de angloamerikanske lærene om «corporate opportunities». Uttalelsen gir imidlertid ikke noen nærmere indikasjon på hvilke forretningsmuligheter som styremedlemmet plikter å la tilflyte selskapet.

Spørsmålet blir dermed hvor streng en plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet er eller bør være. Spørsmålet kan like gjerne formuleres som hvilke forretningsmuligheter lojalitetsplikten krever at skal komme selskapet til gode.

²¹¹ I tilfeller hvor det ikke kan forventes at medkontrahenten (selskapet) ivaretar sine egne interesser oppstår det en forventning om at lojalitetssubjektet (styremedlemmet) gjør det. Se. Rt 1988 s. 1078 og Nazarian (2007) s. 280

²¹² Perland (1999) s. 127, NOU 1996:3 s. 127

²¹³ Perland (2013) s. 22, LF-2015-78067, LB-2015-17110, LB-2013-170795

²¹⁴ NOU 1996:3 s. 127, Ot.prp nr. 36 (1993-1994) s. 83, NOU 1992:29 s. 211

²¹⁵ Perland (1999) s. 128

²¹⁶ Aarum (1994) s. 351

7.3.2 Momenter i vurderingen av pliktens innhold

7.3.2.1 Innledning

Det utpregede tillitsforholdet styremedlemskapet representerer begrunner som tidligere lagt til grunn en strengere lojalitetsplikt enn den som gjelder i alminnelighet mellom kontraktsparter.²¹⁷ Aksjeeiernes mulighet for innsyn og kontroll er praktisk sett begrenset, særlig i aksjeselskap hvor aksjene er spredt.²¹⁸ Dersom en legger en for fleksibel regel til grunn kan dette gå på bekostning av lojalitetsplikten ved at rettsanvendere muligens vil vike tilbake fra å bedømme et forhold med et så belastet uttrykk som illojal. Tilsvarende vil en klar og stringent regel slik som den tradisjonelle britiske kunne fange opp for mange forhold og gjøre det svært ansvarsfullt å sitte i styrer.²¹⁹ En helhetsvurdering slik som den amerikanske vil kunne avhjelpe denne risikoen. Likevel strekker den britiske regelen seg lenger enn at styremedlemmet plikter å opplyse om at denne ønsker å benytte seg av forretningsmuligheten.

Samtidig kan det spørres om det er så betenkelig at når man påtar seg å være et ledende organ i et selskap plikter å la selskapet få mulighet til å benytte seg av flest mulig forretningsmuligheter. Når man er valgt som styremedlem for en juridisk person slik som et aksjeselskap fungerer man i stor grad som dennes hode. Dersom man ved siden oppdager muligheter bør man nok kunne forvente at denne gir selskapet mulighet til å benytte seg av den. En slik streng regel har også en fordel i den forstand at den virker forutberegning, noe den alminnelige lojalitetsplikten lett kan kritiseres for ikke å være.²²⁰ Hensynet til åpenhet og transparens i forholdet mellom selskap og styremedlem vil ivaretas med en slik regel.²²¹ I tillegg er de årsaksorienterte regler, som kjent fra blant annet *Regal*-dommen, rettsteknisk enkle å forholde seg til.

Et helt sentralt hensyn i vurderingen av rekkevidden av en slik regel er hensynet til at lojalitetsplikten styremedlemmet har overfor selskapets interesser er effektiv. En slik stringent og streng regel slik som den britiske regel oppstiller kan ha flere gode grunner for seg. Den er derimot inngripende i den forstand at den legger et veldig strengt ansvar på styremedlemmer. Likevel må det også ses i lys av at et styremedlem sjeldent binder hundre prosent av sin tid, energi, kunnskap og talent til forvaltningen av selskapet og kan ikke forventes å være tilgjengelige hele døgnet med unntak av i krisetilfeller mv.²²² Helt uavhengig av hvilken regel

²¹⁷ Tilsvarende i svensk rett Dotevall (2015) s.284

²¹⁸ Östberg (2016) s. 378

²¹⁹ Se *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*. Den britiske regelen er imidlertid strengere enn de fleste andre jurisdiksjoner jf. Grossfeld (2006) s. 63

²²⁰ Östberg (2016) s. 381

²²¹ Östberg (2016) s. 381

²²² Koh (2003) s. 409

som utvikler seg eller legges til grunn må et grunnleggende hensyn være å verne om integriteten i tillitsforholdet mellom selskapet og det enkelte styremedlem.

En plikt til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet forhindrer også opportuniste fra styremedlemmer.²²³ Det kan føre til for selskapet uønskede kostnader og bortkastet tid om de øvrige styremedlemmer og andre må bruke tid og ressurser på å passe på at styremedlemmene ikke benytter seg av muligheter som lojalt burde ha kommet selskapet til gode. Hele poenget med et tillitsforhold er at prinsipalen ikke trenger å bekymre seg for at tillitspersonen opptrer opportunistisk.

I svensk og tysk rett er en regel med likhetstrekk med den amerikanske læren lagt til grunn.²²⁴ Det er på bakgrunn av foreliggende rettskildemateriale ikke lett å fastslå hvilke av reglene i britisk og amerikansk rett som skal legges til grunn for norsk rett. Det er nok ikke grunnlag for, og heller er det ikke nødvendigvis hensiktsmessig, å operere kategorisk med enten den ene eller den andre regelen.

I vurderingen av om styret har brutt sin plikt til å la en forretningsmulighet tilflyte selskapet er det nødvendig å foreta en konkret helhetsvurdering av de relevante momenter for å avgjøre hvorvidt styremedlemmet har handlet illojalt. For å finne noen argumenter i en slik retning blir det nødvendig å tolke uttalelsen fra Rt. 1932 s.951 og holde dette opp mot plikten til å opptre lojalt overfor selskapsinteressen. Samtidig kan momenter fra de britiske og amerikanske reglene være relevante under vurderingen av om et styremedlem har handlet illojalt ved ikke å la en forretningsmulighet tilflyte selskapet.

7.3.2.2 Selskapets formål

Hvorvidt det er illojalt av styremedlemmet å benytte seg av en forretningsmulighet heller enn å la denne komme selskapet til gode er et utgangspunkt å sammenlikne selskapets formål og aktivitet med den aktuelle forretningsmulighet.²²⁵ En slik vurdering fremgår også av dommen i Rt. 1932 s. 951 hvor det følger at det må legges en skjerpet aktsomhetsvurdering til grunn der det foreligger mulig konflikt «mellem selskapets og hans egne interesser».

²²³ Östberg (2016) s. 333

²²⁴ Dotevall (2015) s. 236, særlig tysk rett har gjennom konkurranseforbudet i Aktiengesetz § 88 utviklet seg i retning av den amerikanske modellen og antas å gjelde også for GmbHG se s.312

²²⁵ Dotevall (2015) s. 311

Denne sammenlikningen må først knytte seg til forretningsmulighetens anvendelighet i selskapets nåværende og nært forestående drift.²²⁶ Dersom selskapets virksomhetsområde rent logisk hindrer selskapet i å utnytte muligheten vil det ikke være i strid med plikten til å la en slik mulighet tilflyte selskapet.²²⁷ Det kan for eksempel neppe være i strid med plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet at styremedlemmet i et miljøforetak oppdager en forretningsmulighet i oljeboringsvirksomhet og benytter seg denne.²²⁸ En forutsetning må også være at motparten er villig til å inngå en slik kontrakt med selskapet og at det ikke er rettslige hinder for at selskapet kan benytte forretningsmuligheten.

Desto mer avledet forretningsmuligheten er fra selskapets drift desto mindre taler for at styremedlemmet ikke er illojal ved å benytte seg av muligheten på egenhånd. Enkelt sagt vil selskapet som hovedregel ikke ha noen berettiget forventning om å motta en forretningsmulighet som ligger utenfor dens formål og virksomhetsområde.²²⁹ Likevel må det være slik at selskapet har adgang til å kaste seg rundt etter potensielle muligheter, særlig om selskapet går dårlig og er nødt til å se seg rundt etter mulige alternativer for å overleve. Utfordringen med selskapers formål er at disse ofte er vagt formulert og således ikke gir rettsanvendere eller det aktuelle styremedlemmet noen særlig veiledning.²³⁰

Motsatt kan selskapets formål være for snevert utformet slik at selskapet går glipp av verdifulle muligheter de kanskje ville hatt god nytte av.²³¹ En målestokk i en slik situasjon vil være om forretningsmuligheten er helt nødvendig, svært viktig eller bare ønskelig for å vareta selskapets interesser.²³² Desto mer illojalt vil det være om styremedlemmet setter seg i en posisjon hvor han ved å benytte seg av forretningsmuligheten påfører selskapet tap som følge av konkurransemessig skade.²³³

²²⁶ Brudney (1981) s. 1012 benytter i amerikansk rett begrepet «functional relationship» for vurderingen av forretningsmulighetens nærhet til selskapets drift og formål.

²²⁷ NUES pkt.2 anbefaler at selskapets virksomhetsparagraf i vedtektene bør tydeliggjøre selskapets virksomhetsområde.

²²⁸ I et slikt tilfelle vil miljøelskapet utad kunne identifiseres med styremedlemmet som driver virksomhet i strid med selskapets formål på en slik måte at denne vil måtte avsettes.

²²⁹ Tilsvarende Lane (2015) pkt. 5-14 i amerikansk rett

²³⁰ Bergström (2015) s. 97

²³¹ Dotevall (1989) s. 325

²³² Slik også i USA. Se *Guth v. Loft Inc*

²³³ Se pkt.8 om konkurranseforbud.

7.3.2.3 Økonomisk evne til å benytte seg av forretningsmuligheten

Den nevnte dom i Rt. 1932 s. 951 tolker jeg slik at lojalitetsplikten i utgangspunktet krever at styremedlemmet forelegger selskapet spørsmålet om en forretningsmessig mulighet.²³⁴ Likevel finner Høyesterett at lojalitetsplikten ikke er brutt, selv om forretningsmuligheten ikke er forelagt selskapet. Det legges særlig vekt på at hverken selskapet eller aksjonærene hadde økonomiske muligheter til å benytte seg av den forretningsmessige muligheten som forelå, nemlig å kjøpe en fordring mot selskapet til en betydelig redusert pris. Et tilsvarende moment stod sentralt i den amerikanske *Digex*-dommen gjennomgått under pkt. 7.2.2.2.

Størrelsen av og den økonomiske evnen hos noterte selskaper vil ofte innebære en stor grad av fleksibilitet.²³⁵ Dette innebærer at nærmest enhver mulighet vil kunne benyttes, gitt at selskapet er villig til å ta den aktuelle risiko. Motsatt vil det i alminnelighet være en smalere mulighet til å benytte seg av forretningsmuligheter i mindre aksjeselskaper. Like gjerne kan dette ses under synsvinkelen om hvorvidt selskapet har en berettiget forventning om at forretningsmuligheten skal tilflyte dem.

Der selskapet har svært god økonomisk evne og kan ta på seg et omfattende spekter av muligheter vil selskapets formål og vedtekter for øvrig gi en føring for omfanget av styremedlemmenes plikt til å la en mulighet tilflyte selskapet. Dersom en forretningsmulighet ligger innenfor den virksomhet selskapet driver vil den ha en forventning om at styremedlemmet opptrer lojalt med hensyn til denne, og motsatt om forretningsmuligheten ikke er forenlig med eller er for avledet fra disse formål.

Graden av økonomisk risiko vil også begrunne en strengere lojalitetsplikt for styremedlemmer. Særlig om konsekvensene av illojalitet er betydelige for selskapet. I mindre selskap vil ofte virksomheten være konsentrert på et snevrere område og flyten av midler til derfor være tilsvarende mindre. Om styremedlemmet i et slikt tilfelle unnlater å la en relevant mulighet komme selskapet til gode kan dette i mange tilfeller ha større konsekvenser for det lille selskapet enn det store.²³⁶ Det vil imidlertid vanskelig å være kategorisk hva gjelder et slikt moment i og med at aksjeselskaper kommer i nærmest alle mulige størrelser og fasonger.

Selv om det vil være et argument mot illojalitet at selskapet ikke hadde økonomisk mulighet til å benytte seg av muligheten bør det utvises forsiktighet med et slikt resonnement.²³⁷ Det

²³⁴ Rt. 1932 s. 951

²³⁵ Brudney (1981) s. 1004 om amerikansk rett

²³⁶ Tilsvarende ved konkurrerende virksomhet. Se pkt 8.2 flg.

²³⁷ Britisk rett aksepterer ikke argumentet at selskapet ikke hadde økonomisk mulighet til å benytte muligheten se *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*. Tilsvarende i CA 175.2

kan være vanskelig for styremedlemmet å vite om selskapet kan oppnå finansiering til en forretningsmulighet uten å forhøre seg med styret i sin helhet eller generalforsamlingen. Det kan for eksempel tenkes at muligheten er så god at aksjeeierne velger å gjøre ytterligere innskudd eller ta opp lån dersom de finner ut av forretningsmuligheten. Dessuten er det nok ikke rimelig å legge til grunn at styremedlemmers lojalitetsplikt avhenger av den økonomiske evnen da det er de tilfellene hvor selskapet går dårlig at selskapet avhenger aller mest av aktuelle forretningsmuligheter.

7.3.2.4 Årsaken til at styremedlemmet er kommet over forretningsmuligheten

Et neste moment er hvordan styremedlemmet er kommet over forretningsmuligheten.²³⁸ Dersom styremedlemmet er kommet over muligheten som følge av sitt sete i styret må styremedlemmet i et slikt tilfelle utvise særlig aktsomhet for å unngå lojalitetsbrudd.²³⁹ For eksempel om styremedlemmet av selskapet har blitt sendt på et eksternt arrangement eller til forhandlinger i offisiell kapasitet og på denne måten oppdaget muligheten vil dette være et sterkt argument for illojalitet dersom styremedlemmet i privat kapasitet benytter seg av muligheten.²⁴⁰ På den andre siden vil det være et argument mot illojalitet dersom styremedlemmet som privatperson oppdaget muligheten fordi denne var allment tilgjengelig.

I denne anledning vil det også være relevant om selskapet har vurdert eller uttalt seg om en slik forespørsel tidligere. Selv om selskapet har uttalt at de ikke er interessert av en mulighet av en slik art som den foreliggende bør man ikke vektlegge dette for mye da det enkelt kan tenkes at selskapet vil snu om de blir forelagt den aktuelle muligheten.²⁴¹

Dersom styremedlemmet har benyttet seg av selskapets nettverk, eiendeler eller personell for å få fatt i eller utnytte muligheten vil dette også tale for at styremedlemmet har handlet illojalt overfor selskapet.²⁴² Tilsvarende dersom selskapet tar en forretningsmulighet som legger bånd på, eller begrenser, aktivitet selskapet har tilstrekkelig kompetanse, erfaring, utstyr og personell til å påta seg. Dersom selskapet for eksempel har kjøpt produksjonsanlegg, opprettet en særskilt avdeling eller innrettet seg på annen måte i påvente av en slik forretningsmulighet vil ofte styremedlemmet ha brutt sin lojalitetsplikt om denne benytter seg av en forretningsmulighet selskapet på denne måten på forhånd har tilpasset seg etter.

²³⁸ Dotevall (2015) s. 285 tilsvarende

²³⁹ For en streng vurdering av et slikt årsaksperspektiv se *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others* fra britisk rett

²⁴⁰ Se Rt. 1990 s. 607 «Viking» for et beslektet tilfelle. Dommen gjennomgås nærmere under pkt.8 om konkurranseforbud.

²⁴¹ Se den britiske dommen *Bhullar v. Bhullar*

²⁴² Lane (2015) 5-15 for tilsvarende i amerikansk rett

I visse jurisdiksjoner, slik som i USA regner forretningsmuligheter for å være selskapets eien- del, altså en del av selskapets midler.²⁴³ Når styremedlemmer i alminnelighet ikke kan benytte selskapets midler til sine egne formål blir det klart at tilsvarende gjelder for forretningsmulig- heter om man ser det på denne måten. Alminnelige rettferdighetsbetraktninger taler også for at styremedlemmer må forelegge selskapet forretningsmuligheter.²⁴⁴ Kjernen i lojalitetsprinsip- pet er som nevnt at styremedlemmer ikke kan sette sine egne interesser foran selskapets.

7.3.2.5 *Nærhet mellom selskapets organer*

I mindre selskaper vil det generelt sett være et tettere bånd mellom de ulike interessentene i selskapet og styremedlemmene, da særlig aksjeeierne. I mindre selskap vil derfor muligheten til tilsyn og kontroll av styremedlemmenes forvaltning være desto større. Motsetningsvis vil denne muligheten ofte være mindre i større selskap. Denne passive rollen legger opp til økt aktivitet og selvstendighet fra styremedlemmene og medfører i praksis en større grad av tillit til styremedlemmenes atferd. På denne måten kan dette tyde på en strengere plikt til å la for- retningsmuligheter tilflyte selskapet i større selskap enn de mindre.

På den andre siden kan et tettere samarbeid i selskapet lede til en økt forventning om lojali- tet.²⁴⁵ Dette vil i første rekke materialisere seg som en personlig forventning om lojalitet som med tiden blir styrket til en rettslig forventning om lojalitet. I kontraktsretten legges det til grunn at hyppigere og tettere samarbeid mellom partene innebærer økte lojalitetsplikter.²⁴⁶ Dette kan tale for sterkere lojalitetsplikt i mindre selskaper.

7.3.2.6 *Betydningen av styremedlemmers godtgjørelse*

Styremedlemmets godtgjørelse for engasjementet som styremedlem kan også ses som veder- lag for at styremedlemmet ikke utnytter forretningsmuligheter denne måtte oppdage i styrepe- rioden.²⁴⁷ Omfanget av engasjementet kan innebære en viss forutsetning om større grad av utvist lojalitet fra styremedlemmet overfor selskapets interesser. I mindre selskap kan det ha formodningen for seg at styremedlemmene har annen virksomhet ved siden av. Dette er gjel- dende syn i amerikansk rett.²⁴⁸ I svensk aksjeselskapsrett er det uenighet hvorvidt engasje- mentets omfang utgjør forskjell for lojalitetsplikten.²⁴⁹

²⁴³ Se pkt 7.2.2 flg.

²⁴⁴ Östberg (2016) s. 334

²⁴⁵ Haaskjold (2013) s. 77 og Nazarian (2007) s. 297

²⁴⁶ Haaskjold (2013) s. 77 og Nazarian (2007) s. 297

²⁴⁷ Östberg (2016) s. 334

²⁴⁸ ALI Principles vol 1 s. 287

²⁴⁹ Bergström (2015) s. 97 og Dotevall (2015) s. 310

Det er imidlertid grunn til å være forsiktig med å vektlegge et slikt hensyn for mye i det vederlagets størrelse ikke bør kunne påvirke hvilken grad av lojalitet som kreves fra styremedlemmer.

7.3.3 Oppsummering

Oppsummeringsvis konstateres det at styremedlemmers lojalitetsplikt innebærer en plikt til å la forretningsmuligheter komme selskapet til gode. Hvilke forretningsmuligheter dette gjelder beror på en vurdering av hvorvidt det er *illojalt* av styremedlemmet for egen vinning å benytte seg av muligheten. Vurderingen av hvorvidt det er illojalt beror på en konkret vurdering, hvor de foran nevnte momentene gir veiledning. I alminnelighet er illojalitet et begrep forbeholdt kvalifiserte og grovere tilfeller av klanderverdig opptreden, slik at det som utgangspunkt skal mye til for at plikten er brutt. Likevel må det foretas en streng vurdering av lojaliteten i de tilfeller hvor styremedlemmet har interesser som kan komme i konflikt med selskapets.²⁵⁰

²⁵⁰ Rt. 1932 s. 951 og Aarum (1994) s. 352

8 Plikt til å avstå fra illojal konkurranse

8.1 Innledning

Det finnes ingen konkret bestemmelse i aksjelovene som forbyr eller setter grenser for styremedlemmers deltakelse i konkurrerende virksomhet. Habilitetsregelen i asl./asal. § 6-27 setter en begrensning for mange problemer som oppstår i forbindelse med konkurrerende virksomhet, idet bestemmelsen forbyr at styremedlemmene deltar i behandlingen når det foreligger interessekonflikt mellom styremedlemmets økonomiske interesser og selskapets. Bestemmelsen fanger dermed opp mange praktiske tilfeller, hvor styremedlemmets deltakelse i konkurrerende virksomhet kan være problematisk, ved at styremedlemmet ikke får delta i behandlingen av slike saker. Dermed varetas selskapets krav på lojalitet selv om styremedlemmet deltar i konkurrerende virksomhet, på grunn av habilitetsregelens forebyggende virkning. Habilitetsbestemmelsen er nærmere redegjort for i oppgavens pkt.5.1

Styremedlemmers lojalitetsplikt setter som et utgangspunkt ikke noe absolutt forbud mot at styremedlemmer driver eller sitter i styret i konkurrerende virksomhet.²⁵¹ I dansk og svensk rett følger imidlertid av lojalitetsplikten et forbud mot at styremedlemmer engasjerer seg i konkurrerende virksomhet.²⁵² Lojalitetsplikten innbyr imidlertid, som nevnt, til at styremedlemmene må utvise forsiktighet når det kommer til mulige tilfeller av interessekonflikt mellom selskapets og styremedlemmets interesser, for eksempel ved deltakelse i konkurrerende virksomhet. Hvorvidt det er i strid med styremedlemmenes lojalitetsplikt å sitte i styret eller delta i konkurrerende virksomhet må avgjøres ut i fra styremedlemmenes alminnelige lojalitetsplikt overfor selskapsinteressen.²⁵³

Videre setter også markedsføringsloven begrensninger for slik atferd i generalklausulen i mfl. § 25 om «god forretningsskikk» mellom næringsdrivende. Denne bestemmelsen vil drøftes under for å belyse dens forhold til lojalitetsplikten for styremedlemmer, men oppgaven gir ikke anledning til fullt ut å gjøre rede for alle sider av denne lovbestemmelsen.

I det følgende vil det først drøftes hvorvidt og i hvilke tilfeller lojalitetsplikten setter skranke for at styremedlemmer deltar i konkurrerende virksomhet. Deretter vil den nevnte bestemmelse i markedsføringslovens drøftes i forhold til lojalitetsplikten.

²⁵¹ Aarum (1994) s. 64, Taxell (1983) s. 60 i finsk rett og Bergström (2015) s. 97 tilsvarende i svensk rett. Forutsetningsvis også Andenæs (2006) s. 362

²⁵² Dotevall (2015) s. 286 og 309 hvor det legges til grunn at å påføre selskapet formuestap som følge av konkurrerende virksomhet *klart* er i strid med styremedlemmers lojalitetsplikt i svensk aksjeselskapsrett.

²⁵³ Aarum (1994) s. 64 og Dotevall (2015) s. 236

8.2 Nærmere om det rettslige grunnlaget

Det er ikke noe i veien for at det fastsettes rammer for konkurrerende virksomhet i styremedlemmenes engasjementsavtale. En slik bestemmelse er i medhold av avtl. § 38 underlagt begrensninger i den forstand at bestemmelsen ikke kan være mer omfattende enn «nødvendig for å verne mot konkurranse» eller «urimelig innskrenker vedkommendes adgang til erverv». Bestemmelsens ordlyd er streng og hensynet til partenes avtalefrihet må strekke seg langt. Interessant for styremedlemmers alminnelige lojalitetsplikt er at denne uansett ikke kan gå lenger enn rammene som følger av avtalelovens bestemmelse. Et problem med slike konkurranseklausuler er ofte at de er så vagt formulert at det ikke alltid er klart hvilke tilfeller som omfattes. Om et problem så kommer på spissen kan dette føre til at de ikke gir domstolen noen særlig veiledning.²⁵⁴

Selskapsloven har, i motsetning til aksjelovene, et absolutt forbud mot å utøve eller være deltaker i konkurrerende virksomhet jf. § 2-23. Et slikt strengt forbud er begrunnet i det ubegrensede personlige ansvar for deltakere i slike foretak.

Avgjørende for bestemmelsens anvendelsesområde er hvorvidt virksomheten er «konkurrerende». Ordlyden gir ikke noe klart svar på hva som nærmere ligger i uttrykket ut over at det må være en virksomhet som ligger i samme forretningsområde og må kunne være skadelig for selskapet. Forarbeidene gir heller ikke noe klart svar på hva som ligger i konkurransebegrepet ut over at det gis anvisning på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.²⁵⁵

Konkurransevilkåret knytter seg til å «utøve eller være personlig ansvarlig» i den konkurrerende virksomheten. Å «utøve» er et nokså omfattende begrep. Ordlyden krever imidlertid et visst aktivitetsnivå og i forarbeidene fremgår det uttrykkelig at deltakelse i form av å være aksjeeier i konkurrerende virksomhet ikke er tilstrekkelig for å anses som en som utøver konkurranse.²⁵⁶ Videre slås det i forarbeidene fast at å være deltaker i virksomhet som omfattes av selskapsloven så vel som enkeltpersonsforetak, med unntak for stille deltaker jf. § 2-23.1.2, er tilstrekkelig for å oppfylle konkurransevilkåret.²⁵⁷ Hvorvidt det å være styremedlem i konkurrerende aksjeselskap er tilstrekkelig gir forarbeidene imidlertid ikke svar på. Den strenge lojalitetsplikten som gjelder mellom deltakere i selskaper med ubegrenset personlig ansvar taler

²⁵⁴ Bergström (2015) s. 97

²⁵⁵ Ot.prp nr. 47 (1984-1985) s.48 jf. NOU 1980:19 s. 123

²⁵⁶ NOU 1980:19 s. 123

²⁵⁷ NOU 1980:19 s. 123

imidlertid for at styreverv i konkurrerende virksomhet er tilstrekkelig til å oppfylle kravet om å «utøve[...]virksomhet».²⁵⁸

I tysk aksjeselskapsrett finnes i Atktiengesetz § 88 et forbud mot at styremedlemmer i forvaltningsstyret engasjerer seg i konkurrerende virksomhet uten samtykke fra det styret som skal føre tilsyn med styret som tar seg av forvaltningen.²⁵⁹ Motsetningsvis gjelder ikke noe slikt konkurransforbud for tilsynsstyret.²⁶⁰ Uten samtykke krever bestemmelsen at styremedlemmet ikke sitter i styret eller er partner i et selskap med kommersiell drift i selskapets virksomhetsområde.²⁶¹

Tilsvarende i amerikansk rett krever lojalitetsplikten at styremedlemmer ikke er engasjert i konkurrerende virksomhet, unntatt dersom den konkurrerende driften skjer i «good faith».²⁶² Det legges til grunn at kravet om «good faith» ikke kan være oppfylt med mindre selskapet er klar over at styremedlemmets konkurrerende virksomhet.²⁶³ Dette kan skje ved opplysning fra styremedlemmet dersom dette ikke er klart ved styremedlemmets tiltreden i selskapet. Selv om konstruksjonene for konkurransforbud er ulikt i tysk og amerikansk rett hviler begge på styremedlemmers plikt til å unngå interessekonflikt med selskapet.

I britisk rett har det i teorien lenge vært fremholdt at det ikke kan gjelde noe forbud mot at styremedlemmer sitter i styret i rivaliserende selskap, dette er i nyere teori blitt kritisert og underretten har etteryst rettsendring.²⁶⁴ CA s. 175 medfører imidlertid at styremedlemmer er fri til slik virksomhet dersom tillatelse gis.²⁶⁵

Frostating lagmannsretts dom i LF-2004-3404 dreide seg om et selskap med to aksjeeiere med en halvpart hver av aksjene. Disse to satt også i styret sammen med selskapets advokat. Samarbeidsforholdet mellom dem surnet og det ble ikke oppnådd enighet om at den ene aksjeeier skulle overta den andres aksjer i selskapet. Mye på grunn av det særdeles dårlige arbeidsklima i selskapet gikk etter hvert selskapet dårlig og halvannen måned før konkurs ble åpnet startet, det ene styremedlemmet sammen med selskapets selger virksomhet i direkte konkurranse med selskapet. Den gjenstående aksjeeier gikk til erstatningssøksmål på grunn av tap i selskapets

²⁵⁸ Andenæs (2007) s. 111

²⁵⁹ «Vorstand» jf. Aktiengesetz § 30 se også Atktiengesetz fjerde del første underkapittel. For mer om «dual board system» i tysk rett se Andenas og Wooldridge (2009) s.307-314

²⁶⁰ «Aufsichtsrat» jf. Aktiengesetz § 30 se også Atktiengesetz fjerde del andre underkapittel

²⁶¹ «Geschäftszweig» jf. Aktiengesetz § 88

²⁶² Dotevall (2015) s. 308

²⁶³ ALI Principles Vol 1 s. 300, Dotevall (2015) s. 308

²⁶⁴ Davies og Worthington (2012) s. 605-606 og *In Plus Group Ltd. v. Pyke*

²⁶⁵ Davies og Worthington (2012) s. 605-606 og *In Plus Group Ltd. v. Pyke*

verdi med grunnlag i påstått illojalitet. Retten slo fast at et konkurranseforbud følger av «alminnelige regler om lojalitetsplikt for [...] medlemmer i styre». Retten kom til at de ikke var grunnlag for å stemple forholdet som illojalt.

Slik jeg leser dommen legger i utgangspunktet retten til grunn at det å starte konkurrerende virksomhet på en slik måte er illojalt. Likevel slik at de konkrete omstendigheter førte til at det som i utgangspunktet var klanderverdig opptreden ved oppstarten av den konkurrerende virksomhet ikke var alvorlig nok til å være illojal.

Et annet tilfelle av oppstart av konkurrerende virksomhet i LA-2013-32986 ble løst ut i fra asl. § 6-28. Her hadde også forholdet mellom styremedlemmene (som også var aksjeeiere med en halvpart hver) surnet på grunn av uenighet om salg av virksomheten. Retten kom til at oppstarten av konkurrerende virksomhet og tapping av selskapets kundeportefølje mv. var erstatningsbetingende. I dette tilfellet la lagmannsretten, i motsetning til LF-2004-3404, til grunn at et slikt motsetningsforhold mellom styremedlemmene ikke kunne tillegges betydning for utfallet.

8.3 Innholdet i plikten til å avstå fra illojal konkurranse

8.3.1 Innledning

Lojalitetsplikten gir anvisning på en skjønsmessig standard av hva som er lojalt i det enkelte tilfellet. Som nevnt skjerpes plikten i de tilfellene hvor styremedlemmet har interesser i strid med selskapets interesser jf. Rt. 1932 s. 951. Lagmannsrettens dom fra LF-2004-3404 ble det som nevnt foretatt en konkret vurdering av om deltakelse i den konkurrerende virksomhet var illojalt.

Når styremedlemmer skal velges vil det i mange tilfeller være gunstig å engasjere styremedlemmer som har en bakgrunn eller særlig kompetanse på det aktuelle forretningsfeltet selskapet skal operere i. Slik kompetanse kan finnes hos dem som allerede driver tilsvarende virksomhet.

I utgangspunktet vil slik kompetanse og erfaring hos et styremedlem være i selskapets interesse, og om selskapet så velger å engasjere en slik person vil det ikke være i strid med kravet til lojalitet om denne fortsetter i virksomheten. Dette vil, basert på de øvrige forutsetningene i forbindelse med engasjementet, betraktes som et samtykke til at styremedlemmet er engasjert i konkurrerende virksomhet.

8.3.2 Momenter i vurderingen

8.3.2.1 Nærhet mellom de to virksomheter

For å ta stilling til hvilke tilfeller styremedlemmet opptrer illojalt overfor selskapets interesser i forbindelse med konkurrerende virksomhet er det naturlig å ta utgangspunkt i de to virksomheter det dreier seg om og sammenlikne dem for å avgjøre hvorvidt disse står i interessekonflikt med hverandre. Det blir således synlig at vurderingen likner på «line of business»-vurderingen under læren om «corporate opportunities», altså plikten til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet.²⁶⁶

En slik fremgangsmåte stod sentralt i dommen i Rt. 1996 s. 1401, som dreide seg om påstått urettmessig oppsigelse av en ansatt under henvisning til illojalitet, fordi hun var daglig leder i ektemannens firma uten å ha opplyst selskapet om dette. Retten vurderte de to alarmvirksomhetene opp mot hverandre og flertallet fant at «produktene i alle fall ligger så nær hverandre både i bruk og mulig kundegruppe at Autronica hadde grunn til å oppfatte Shipguard som et konkurrerende produkt. Dette burde også være nærliggende for Torgunn Thomassen».

Mindretallet la i dissensen avgjørende vekt på at likheten mellom en brannalarm som kunne tilkobles tyverialarm og en tyverialarm med røykdetektor som tilleggsutstyr, ikke var tilstrekkelig til å kunne konstatere tilstrekkelig konkurranse for illojalitet. At de to firmaene til dels hadde forskjellig kundegruppe ble også vektlagt i vurderingen. Uten hensyn til den konkrete vurderingen var det enighet om at «[e]t eventuelt illojalitetsforhold må derfor søkes i firmaets utvikling og nærmere virksomhet». En utfordring med å vurdere lojalitet utelukkende ved å sammenlikne selskapets formål og virksomhetsområde er at disse, i likhet med konkurranseklausuler, ofte er vagt formulert og ikke gir noen særlig veiledning.²⁶⁷

Et problem som oppstår i forbindelse med nærheten mellom de to virksomheter er de tilfellene hvor det ene selskapet utvider driften slik at de to selskapene kommer i en posisjon hvor de står i konkurranse med hverandre. Som eksempel kan vi igjen se for oss selskap A som driver med utvikling av fast eiendom i Lilleviks bydel, Gründerløkka. På grunn av hennes særlige kompetanse i lokalområdet har selskapet engasjert X som er megler i selskap B som driver med tilsvarende virksomhet i nabobydelen, Fredensgård. Generalforsamlingen i selskap A bestemmer seg for å utvide virksomheten ved å starte virksomhet i Fredensgård. Følgen av dette er at styremedlem X kommer i en posisjon hvor hun plutselig konkurrerer med selskapet hun sitter i styret i.

²⁶⁶ I britisk rett brukes de to regelsett både i tilfellet av illojal konkurranse og «corporate opportunities». Jf *CMS Dolphin Ltd v Simonet*

²⁶⁷ Bergström (2015) s. 97

I dette tilfellet er styremedlemmet engasjert av selskapet som er vel vitende om at hun driver tilsvarende virksomhet i naboområdet. Selskapet har således godtatt styremedlemmets drift ved siden av. Dette kompliseres øyeblikket selskap A utvider driften til også å omfatte naboområdet og konkurrere med selskap B. Styremedlem og megler, X, blir stående i en situasjon hvor det blir nærmest umulig for henne å oppfylle sin lojalitetsplikt som styremedlem da den konkurrerende driften innebærer at hun for eksempel ikke vil la enhver relevant forretningsmulighet tilflyte selskapet. Det at selskapet vel vitende om As konkurrerende virksomhet likevel velger å utvide driften har A nok ikke brutt sin lojalitetsplikt ved å delta den konkurrerende virksomhet. Likevel vil det være lojalt om X opplyser selskapet når det oppstår slike mulige interessekonflikter, selv om samtykke har blitt gitt og hun isolert sett ikke er illojal ved ikke å informere om forholdet som oppstår i dette tilfellet.

8.3.2.2 Styremedlemmets rolle og interesse i det konkurrerende selskap

Ved den videre vurdering er rollen styremedlemmet har i den konkurrerende virksomhet relevant. Denne kan for eksempel være aksjeeier, deltaker, styremedlem eller ansatt i det konkurrerende firma. Desto større økonomisk interesse styremedlemmet har i den konkurrerende virksomhet desto større grunn er det til å utvise varsomhet ved å engasjere seg hos konkurrenten.²⁶⁸ Spørsmålet om hvilken rolle styremedlemmet har er heller spørsmål om graden av interesser heller enn rollen i seg selv.²⁶⁹

Til det overfor nevnte momentet om grad av økonomisk interesse kommer også personlige interesser inn. Styremedlemmet kan ha en personlig interesse i den konkurrerende virksomhet om denne for eksempel har arbeidet hardt med et prosjekt eller en idé til virksomheten og således kan bli blendet av muligheten for suksess. Dette kan for eksempel gjelde om et forslag eller idé først er blitt drøftet i styret og blitt nedstemt med den følge at stemningen blant styremedlemmene surner. Ved et slikt tilfelle er det viktig at styremedlemmet på bakgrunn av lojalitetsplikten ikke lar personlige særinteresser virke inn ved at den konkurrerende virksomheten favoriseres. På den andre siden så har selskapet tatt stilling til muligheten eller ideen som taler for at styremedlemmet kan benytte seg av muligheten i sin konkurrerende virksomhet.²⁷⁰ Problematisk i denne forbindelse er at slik favorisering av personlige egeninteresser kan foregå i det skjulte. Graden av personlig egeninteresse blir dermed et moment i vurderingen av hvorvidt det er illojalt å være engasjert i konkurrerende virksomhet, men også for interessekonflikter generelt.

²⁶⁸ Tilsvarende for ansatte i Rt. 1996 s. 1401

²⁶⁹ Dotevall (2015) s. 309

²⁷⁰ Se særlig om å benytte seg av forretningsmuligheter i pkt.7

8.3.2.3 Deltakelse i virksomhet som er uforenlig med selskapets drift

I tilfeller av interessekonflikt ut over konkurransetilfellene finnes de hvor styremedlemmet sitter i styret eller deltar i virksomhet som er i direkte strid med selskapets formål. Isolert sett er dette ikke deltakelse i konkurrerende virksomhet, men prinsippet må gjelde tilsvarende i disse tilfellene.

Det kan i et slikt tilfelle oppstå identifisering som kan sette selskapet og dets troverdighet utad i dårlig lys. Som eksempel kan vi tenke oss at den som er styremedlem i Miljøbevegelsen AS enten finner en forretningsmulighet om oljeboring i Lofoten og benytter seg av denne eller sitter i styret i Engelsk Petroleum Norge ASA, et selskap som tidligere har stått for betydelige oljeutslipp. Vurderingen av om dette skal tillates må løses etter styremedlemmets plikt til å opptre lojalt overfor selskapets interesser. Et slikt identifiseringstilfelle kan ha betydelige skadevirkninger for selskapet, og lojalitetsplikten kan tale for at slikt bør være forbudt. Det går imidlertid ikke an å være helt bastant i et slikt tilfelle. Sentralt vil være graden av identifisering som oppstår mellom de to selskapene på grunn av at styremedlemmet er engasjert i virksomhet i strid med selskapets formål.

8.3.2.4 Tid og synbarhet

Et viktig moment blir således når den konkurrerende driften oppstår og om denne er synbar for selskapet.²⁷¹ Tillitsforholdet mellom selskapet og styremedlemmet innebærer at styremedlemmet ikke kan sette sine egne interesser foran selskapets ved å delta i konkurrerende virksomhet så lenge styrevervet består. Mer problematisk i et slikt tidsperspektiv er imidlertid når styremedlemmet forbereder eller planlegger konkurrerende drift samtidig som denne sitter i styret da dette sjeldent er synbart for selskapet. Dette var også oppe i LF-2004-3404 hvor styremedlemmet gikk for fort frem ved å sette i gang den konkurrerende drift halvannen måned før selskapets konkurs, men på grunn av konkrete omstendigheter var ikke dette lang nok tid for å kunne konstatere illojal oppreden.²⁷² Slik jeg tolker avgjørelsen har vi å gjøre med et oppstartstidspunkt som typisk kunne vært illojalt, men ikke på grunn av øvrige konkrete omstendighetene i saken.

Hvorvidt den konkurrerende virksomhet er synbar for selskapet er relevant fordi det gir selskapet anledning til å ta stilling til hvorvidt styremedlemmets konkurrerende virksomhet er akseptabel. Som ved forretningsmuligheter så er det sentrale at styret eller generalforsamlingen gir sin godkjennelse til forholdet. Desto mer åpenbar deltakelsen i konkurrerende virksomheten er desto større mulighet har selskapet til å fremme innsigelse mot dette. Dette innebærer

²⁷¹ Tilsvarende i tysk og amerikansk rett, se over.

²⁷² LF-2004-3404

at det skal mer til for at forholdet er illojalt om det skjer i all åpenhet. Som nevnt vil tidsaspektet og synbarheten ha en praktisk nær sammenheng fordi konkurrerende virksomhet som for eksempel allerede foreligger ved tiltredelsen i de fleste tilfeller bør være synbar. Motsatt vil forberedelse av og deltakelse i konkurrerende virksomhet mot slutten av styrevervet lettere kunne tale for illojalitet.

8.3.3 Forholdet til plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet

Den ulovfestede lojalitetsplikten har gitt opphav til plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet.²⁷³ Denne plikten er mer utførlig drøftet overfor, i sentrum står at styremedlemmer må unngå å sette sine egne interesser i konflikt med selskapets interesser. Sentralt i denne vurderingen er hvorvidt muligheten er innenfor selskapets typiske forretningsområde.²⁷⁴ Jo nærmere selskapets forretningsområde styremedlemmet engasjerer seg i ved siden av desto mer taler for at slik konkurrerende virksomhet er i strid med lojalitetsplikten. I angloamerikansk, svensk og tysk rett er plikten til å la forretningsmuligheter og forbud mot å delta i konkurrerende virksomhet begge omfattet av læren om «corporate opportunities» som har hjemmel i lojalitetsplikten.²⁷⁵

Konkurransforbudet går imidlertid lenger enn plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet i tilfellet hvor selskapet avslår en slik mulighet. Lojalitetsplikten innebærer i et slikt tilfelle at styremedlemmet ikke kan benytte seg av muligheten dersom den innebærer konkurranse med selskapets drift.²⁷⁶ Tilsvarende gjelder dette i tilfeller hvor selskapet ikke har økonomisk kapasitet til å benytte seg av muligheten.²⁷⁷

8.3.4 Sammenlikning med ansattes lojalitetsplikt

På tross av at det er sikker rett at styremedlemmer ikke rettslig sett er ansatt i selskapet er det her naturlig å sammenlikne styremedlemmers lojalitetsplikt med ansattes lojalitetsplikt i forbindelse med deltakelse i konkurrerende virksomhet. Dommen inntatt i Rt. 1990 s. 607 «Viking» dro administrerende direktør og en ansatt (systemsjefen) som var sentral i dataselskapet Viking Mikrosystemer A/S på tur til USA for å møte en av Vikings leverandører, Tele Video Systems Inc. Forut for reisen hadde de to ansatte stiftet selskapet Saga Data A/S. I møte med

²⁷³ Se pkt. 7

²⁷⁴ Se mer om «line of business» pkt.7.2.2flg.

²⁷⁵ Dotevall (2015) s. 236 og Bergström (2015) s. 97, *CMS Dolphin Ltd v. Simonet* belyser at den britiske lærene om interessekonflikt og corporate opportunity også omfatter konkurranseforbud. Duty of loyalty springer igjen ut av det overhengende prinsippet om at styremedlemmer er bundet av «fiduciary duties».

²⁷⁶ Tilsvarende i amerikansk rett. Se ALI Principles Vol 1 s. 289

²⁷⁷ Dotevall (2015) s. 309

Tele Video inngikk de to en forhandlerkontrakt på vegne av deres nye selskap, Saga. Retten kom til at de to hadde

«opptrådt illojalt overfor sin arbeidsgiver og på denne måte krenket de plikter de hadde som arbeidstakere hos Viking. Den aktivitet Gruer og Fongaard har utvist i denne sak og deres fortielser, har slik jeg ser det, klart gått ut over den ramme som her må gjelde for en arbeidstakers adgang til å forberede overgang til annen virksomhet etter sin fratreden.»

Dommen viser at den arbeidsrettslige lojalitetsplikten var brutt ved at daglig leder og systemsjefen forberedte sin nye konkurrerende virksomhet mens ansettelsen enda bestod.

I likhet med selskapets styremedlemmer står ledende ansatte slik som daglig leder og andre sentrale sjefer i et tillitsforhold til selskapet. Ledende ansatte står i motsetning til alminnelig ansatte i et forhold til selskapet som innebærer en større grad av tillit da sentrale arbeids og forvaltningsoppgaver påligger dem.²⁷⁸ Dette er altså i likhet med selskapets styremedlemmer som har det overordnede forvalter- og tilsynsansvar. Tilsynsplikten gjelder for øvrig også eksplisitt overfor den daglige leder jf. asl/asal. § 6-13.1. Bestemmelsens annet ledd gir også direkte uttrykk for styremedlemmers overordnede forhold overfor daglig leder ved at styret også har instruksjonsmyndighet overfor denne.

8.3.5 Oppsummering

I motsetning til det som gjelder for ansvarlige selskap gjelder ikke noe absolutt forbud mot at styremedlemmer engasjerer seg i konkurrerende virksomhet. Derimot setter styremedlemmers lojalitetsplikt noen skranker for deltakelse i slik virksomhet dersom dette er egnet til å gå på bekostning av tillitsbåndet mellom styremedlemmet og selskapet. Hvorvidt det er illojalt av styremedlemmet å engasjere seg i konkurrerende virksomhet beror først og fremst på en vurdering av hvorvidt forholdet er av konkurrerende art. Deretter må det foretas en sammensatt og konkret vurdering av de overfor nevnte momenter for å avgjøre hvorvidt forholdet er av illojal karakter.

²⁷⁸ Eriksen (2016) s. 366. Tilsvarende i amerikansk rett. Se ALI principles vol 1 s. 291

8.4 Kort om markedsføringslovens generalklausul sitt forhold til lojalitetspliktens konkurranseforbud

Lojalitetspliktens forhold til markedsføringslovens bestemmelser byr på problemer da generalklausulen i § 25 er svært generelt utformet ved at den krever «god forretningsskikk» fra dem som «utøver næringsvirksomhet».²⁷⁹

Ordlyden «god forretningsskikk» gir anvisning på en bred helhetsvurdering hvor en lang rekke momenter kan være relevante avhengig av den konkrete sak. Bestemmelsen kalles ofte generalklausulen siden den ofte fungerer slik at den er et sikkerhetsnett for de tilfeller som faller utenfor de mer spesielle bestemmelsene i mfl. kapittel 6.²⁸⁰ Et spørsmål som kan reises er imidlertid hvilken betydning denne bestemmelsen har i praksis, da de øvrige spesialreglene i mfl. kapittel 6 også er skjønnsmessig utformet.²⁸¹ Dette spørsmålet vil ikke gis noen videre oppmerksomhet ut over å belyse at ordlyden har et vagt og skjønnspreget innhold.²⁸² Problemstillingen som vil drøftes i det følgende er hvilken plass den ulovfestede lojalitetsplikten har ved siden av generalklausulen i mfl. § 25.

Førstvoterende i *Viking*-dommen, med tilslutning fra de øvrige dommerne, legger til grunn at «den nevnte lovbestemmelse [§ 1(§ 25)] vil imidlertid for forhold i ansettelsestiden, sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne tid vil være sterkt begrenset av hans lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren».²⁸³ Premissene legger til grunn at daglig leders og ledende ansattes lojalitetsplikt, i alle fall så lenge ansettelsen består, går lenger enn mfl. § 25 (§ 1). Begrunnelsen for dette finnes i opphavet til de to «lojalitetsplikter» i den forstand at «lojalitetsplikt» mellom næringslivets konkurrenter er mindre enn lojalitetsplikten for ledende ansatte.

Tilfeller av illojal konkurranse fra styremedlemmer vil gradvis overlappes av markedsføringslovens bestemmelser. Særlig § 25 om handlinger som strider mot «god forretningsskikk» er relevante i sammenheng med lojalitetsplikten. *Viking*-dommen er egnet til å belyse dette da det var brudd på lojalitetsplikten i ansettelsesperioden som gav det nystartede selskapet en konkurransefordel som stred mot generalklausulen i tidligere lovs § 1, nåværende § 25. På bakgrunn av dette kom retten til at de to ansatte hadde brutt den arbeidsrettslige ulovfestede

²⁷⁹ Mfl. § 5.b

²⁸⁰ Irgens-Jensen (2010) s. 83

²⁸¹ Irgens-Jensen (2010) s. 84. Mindretallet i Rt. 1997 s. 199 synes å legge til grunn at om en part går fri av en av spesialbestemmelsene (tilsvarende någjeldende lovs § 28) kommer ikke generalklausulen til anvendelse.

²⁸² Rt. 1997 s. 199 er et eksempel hvor § 1 og § 7 i tidligere lov (nåværende mfl. §§ 25 og 28) ble anvendt samtidig.

²⁸³ Rt. 1990 s. 607

lojalitets og troskapsplikten, mens det nystartede selskapet Saga hadde brutt markedsføringslovens bestemmelse. Om dette uttaler Høyesterett: «Når det gjelder Saga Data A/S, anser jeg det i strid med markedsføringsloven § 1 at det er utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor arbeidsgiver fra selskapets majoritetsaksjonærer.»

Den juridiske litteratur synes også å legge til grunn at den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikten går lenger enn markedsføringsloven. Det legges til grunn at den konkurranserettslige plikten er en forlengelse av den kontraktsrettslige standard.²⁸⁴ Hensyn bak de to rettsgrunnlagene skiller dem fra hverandre ved at markedsføringslovens kapittel seks tar sikte på å verne om lojaliteten i næringslivet, mens styremedlemmenes lojalitetsplikt skal verne om tilliten mellom selskapet og det enkelte styremedlem.²⁸⁵ Selv om de to standardene begge viser til lojalitetsbegrepet er ikke innholdet av disse begrepene nødvendigvis det samme siden de ivaretar ulike hensyn.

8.5 Oppsummering

Styremedlemmers konkurranseforbud i perioden som styremedlem kan utledes av to ulike rettsgrunnlag, styremedlemmets ulovfestede lojalitetsplikt med grunnlag i engasjementsavtalen og markedsføringslovens generalklausul.

Styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapets interesser innebærer at styremedlemmet som utgangspunkt må avstå fra å delta i virksomhet som innebærer interessekonflikt mellom styremedlemmets og selskapets interesser. Konkurrerende virksomhet er et slikt tilfelle. Likevel er det ikke all virksomhet som er tilstrekkelig kvalifisert til å regnes som illojale. Hvorvidt illojalitet foreligger beror på en konkret vurdering hvor de ovenfor nevnte momenter gir veiledning.

Det kan hevdes at markedsføringslovens generelt utformede regel konsumerer den ulovfestede lojalitetsplikten.²⁸⁶ Slik sett inngår lojalitetsbetraktninger omkring styremedlemmets tillitsforhold i den generelle helhetsvurderingen som foretas for å avgjøre hvorvidt noe er i strid med standarden om «god forretningsskikk».

Rettspraksis, særlig i *Viking*-dommen, viser imidlertid at for ansatte går lojalitetsplikten lenger enn markedsføringsloven så lenge ansettelsen består. Da det ikke finnes noen fullstendig avklarende rettskilder er det ikke sikkert om dette gjelder tilsvarende for styremedlemmer, på

²⁸⁴ Bjørnebye (2008) s. 30, Christiansen (1999) s. 43

²⁸⁵ Rt. 1998 s. 1315 «Norges-Is»

²⁸⁶ Andenæs (2006) s. 362

tross av at gode grunner kan tilsi en slik løsning. Juridisk teori synes å legge til grunn at den kontraktuelle lojalitetsplikt i alminnelighet går lenger enn markedsføringslovens regler. Det imidlertid *Viking*-dommen viser, ved at Høyesterett benytter lojalitetsplikten i slike tilfeller på tross av den muligens også ville omfattes av generalklausulen, er at den finner det formålstjenlig å ha flere regelsett til disposisjon for å løse tvister.

9 Styremedlemmers taushetsplikt

9.1 Innledning

Styremedlemmers taushetsplikt har det siste året vært hyppig omtalt i mediene og i den juridiske debatten.²⁸⁷ Særlig Telenor-saken høsten 2015 har bidratt til å aktualisere tema vedrørende styremedlemmers taushetsplikt.²⁸⁸

Spørsmålet for denne delen av oppgaven er hvorvidt og i hvilken grad styremedlemmer har taushetsplikt om opplysninger de har mottatt i forbindelse med styrevervet.

Fremstillingen av taushetsplikten vil først gjennomgå de ulike rettslige grunnlag og konkrete hensyn som gjør seg gjeldende, så vil det gis en systematisk gjennomgang av det materielle innholdet av en slik taushetsplikt. Deretter vil taushetspliktens forhold til ytringsfriheten i Grl. § 100 drøftes, hvor varsling av kritikkverdige forhold, «whistleblowing», behandles særskilt. Avslutningsvis vil det foretas noen rettslige vurderinger i forbindelse med styremedlemmers taushetsplikt.

9.2 Rettslig grunnlag

9.2.1 Utgangspunktet

Rettslig sett gjelder som utgangspunkt fullstendig handle- og ytringsfrihet i norsk rett jf. Grl. § 100. Som fremstillingen under pkt. 9.5 vil vise så må taushetsplikten tilpasses og avbalanseres mot dette utgangspunktet.

Styremedlemmers taushetsplikt kan forankres i *tre ulike rettslige grunnlag*.

9.2.2 Taushetsplikt som følge av lov

Det er ingen bestemmelser i aksjelovene som direkte inneholder en generell bestemmelse om styremedlemmers taushetsplikt, men noen bestemmelser vil likevel kunne komme inn slik som reglene om likebehandling av aksjeeiere og minoritetsbeskyttelse jf. henholdsvis asl./asal §§ 4-1, 5-21 og 6-28.²⁸⁹

²⁸⁷ Knudsen (2015) s. 363 flg.

²⁸⁸ For en innføring i saken se: <http://www.aftenposten.no/okonomi/Dette-er-Telenor-saken-pa-to-minutter-8230844.html> . 27.5.2016 ble det også gjennomført en høring i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité, denne er tilgjengelig via <http://www.vgtv.no/#/live/128184/vimpelcom-hoering-i-kontroll-og-konstitusjonskomiteen>

²⁸⁹ Knudsen (2015) s. 364, Andenæs (2006) s. 360. I dansk rett finnes en generell taushetsregel i Selskabsloven § 132. I tysk rett er det i Aktiengesetz §§ 93 og 116 inntatt regler om taushetsplikt for styremedlemmer (for henholdsvis medlemmer av forvaltningsstyret eller tilsynsstyret). Derimot finnes ingen slik regel for GmbH med den følge at taushetsplikt følger av lojalitetsplikten se Dotevall (2015) s. 318 I britisk rett følger

Derimot finnes det konkrete lovbestemmelser som pålegger styremedlemmer taushetsplikt vedrørende innsideinformasjon og informasjon egnet til markedsmanipulasjon i vphl. Mfl. § 28 etablerer også taushetsplikt for styremedlemmer vedrørende selskapets bedriftshemmeligheter. Disse bestemmelsene vil kort omtales under, men oppgaves omfang gir ikke anledning til å redegjøre fullt ut for disse.

Aksjelovene oppstiller imidlertid regler om styremedlemmers opplysningsplikt på generalforsamling jf. asl./asal. § 5-15 hvor særlig første ledd nr.3 er av interesse, da det her gjelder en begrensning i styremedlemmenes opplysningsplikt for opplysninger angående selskapets økonomiske stilling mv. dersom det innebærer «uforholdsmessig skade» for selskapet om opplysningen gis. Bestemmelsens forarbeider kan forstås på en slik måte at de legger til grunn at ordlyden bør tolkes restriktivt slik at det ikke stilles særlig strenge krav for at noe skal innebære «uforholdsmessig skade», kun «helt ubetydelige skadevirkninger» faller utenfor.²⁹⁰ Forhold som kan føre til konkurransemessig skade for selskapet er et typisk eksempel på informasjon som kan hemmeligholdes.²⁹¹

Aksjeselskapsrettens likhetsgrunnsetning i asl./asal. § 4-1 et viktig hensyn å ta i betraktning hva gjelder opplysninger fra styremedlemmer til selskapets aksjeeiere. Fravikelse eller brudd på likhetsgrunnsetningen er særlig problematisk i de tilfellene hvor et styremedlem har en særlig tilknytning til en aksjeeier ved at denne har sørget for at styremedlemmet har fått sitt sete i styret. Dersom et styremedlem er mer generøs enn et annet i deling av opplysninger om selskapet, herunder forretningshemmeligheter og liknende, til en aksjeeier kan dette komme i strid med prinsippet om likhet mellom aksjeeiere.²⁹² Dette hensynet tilsier at de individuelle styremedlemmene bør utvise forsiktighet med å gi opplysninger uavhengig av eventuell taushetsplikt. Videre vil likhetshensynet også tale for en taushetsplikt i konkrete tilfeller.

Likevel setter ikke likhetsprinsippet en skranke for forskjellsbehandling av aksjeeiere dersom dette er i selskapets interesse.²⁹³ Her må det ses til de ulike interessesubjektene som gjør seg gjeldende under selskapsinteressen og balansere lojalitetsplikten overfor disse for å avgjøre om hvorvidt det er i selskapets interesse å fravike likhetsgrunnsetningen. Som redegjort for i pkt. 4 er selskapets økonomiske interesse det primære under selskapsinteressen.

en taushetsplikt av den generelle regelen om avståelse fra å sette seg i interessekonflikt med selskapet se CA s. 175.2.

²⁹⁰ NOU 1996 nr. 3 s.132 og 133 hvor det vises til Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 199

²⁹¹ NUT 1970:1

²⁹² Knudsen (2015) s. 375

²⁹³ Aarbakke (2012) s. 227

9.2.3 Styreinstruks og generalforsamlingsvedtak som grunnlag for taushetsplikt

Videre vil taushetsplikten kunne forsterkes, innskrenkes eller presiseres i styreinstruks jf. asl./asal § 6-23, alminnelig styrevedtak eller ved instruks gjennom vedtak i generalforsamlingen.²⁹⁴ I selskaper hvor ansatte har representasjonsrett plikter selskapet å utarbeide en styreinstruks. Denne skal inneholde bestemmelser om styrets arbeid og fremgangsmåte for vedtak mv. At loven krever styreinstruks i tilfeller med ansatterepresentanter i styret innebærer ikke selskapet er avskåret fra å gi slike instruks i andre tilfeller.²⁹⁵

I forarbeidene heter det at styreinstruks «vil kunne ha bestemmelser om taushetsplikt og inhabilitet som gjengir hva som følger av ellers gjeldende rettsregler».²⁹⁶ Forarbeidene gir her uttrykk for at taushetsplikten i likhet med habilitetsregelen følger av *ellers gjeldende rettsregler*. Noe som tilsier at taushetsplikten for styremedlemmer er en etablert rettsregel i aksjeselskapsretten.

Det er heller ikke uvanlig for enkelte selskaper, særlig større internasjonale børsnoterte selskaper, å legge ut slike styreinstruks og retningslinjer på selskapets nettsider og således gjøre styrets taushetsplikter allment kjent.²⁹⁷ I NUES anbefalingen pkt.13 heter det at selskapet bør fastsette retningslinjer for styrets kontakt med aksjeeiere utenfor generalforsamlingen.²⁹⁸

Adgangen til å fastsette taushetsplikt for styremedlemmer i styreinstruks mv. begrenses av myndighetsmisbruksregelen jf. asl./asal. § 6-28. Dette blir særlig aktuelt dersom taushetsplikten blir så streng at styremedlemmene ikke lenger kan foreta konsultasjoner med eksterne parter for å vareta selskapets interesser. Advokater og rådgivere er her aktuelle for slik konsultasjon. Likevel kan det tenkes at styremedlemmene og særlig de styremedlemmene med tilknytning til en aksjeeier føler et behov for å forhøre seg med aksjeeierne, eller «deres» aksjeeier, om kommende avgjørelser som kan være av betydning for disse under henvisning til at dette er i «selskapets interesse». Som fremholdt over så er aksjeeiere en svært sentral del av selskapsinteressen, men ikke den eneste relevante interessenten. Hva lojalitetsplikten, og den taushetsplikt som herav følger, angår må det foretas en helhetsvurdering av hva som er i sel-

²⁹⁴ Knudsen (2015) s. 365 og Aarbakke (2012) s. 510 legger til grunn at alminnelige styrevedtak ikke kan statuere generell og vedvarende taushetsplikt. Som lagt til grunn i pkt. 3.3 så kan generalforsamlingen på grunn av den overordnede stilling gi styret og de individuelle styremedlemmene bindende instruks også hva gjelder taushetsplikt.

²⁹⁵ Bråthen (2015) note 1197

²⁹⁶ NOU 1996:3 s. 57-58

²⁹⁷ Knudsen (2015) s. 365, Nathan (2010) s.6 (i USA) fremholder at det ikke er uvanlig med styreinstruks eller «policies» om taushetsplikt hvor disse ofte gjøres offentlig på for eksempel selskapets nettsider, men at langt i fra alle praktiserer en slik ordning.

²⁹⁸ NUES pkt 13 s. 44 og 45

skapets interesse i en videre forstand enn utelukkende aksjeeiernes interesse. Dette fører til en høy terskel for at styreinstrukser om taushetsplikt rammes av misbruksbestemmelsen i asl./asal. § 6-28.

9.2.4 Kontraktuelle forbindelser som grunnlag for taushetsplikt

9.2.4.1 Med tredjemann

Et grunnlag for taushetsplikt er kontraktuelle forbindelser med kontraktsparter. I styrets kontrahering med tredjemenn vil taushetsplikter kunne være kontraktsfestet og således kunne føre til at selskapet som entitet begår kontraktsbrudd om styremedlemmer gir slike opplysninger. Styremedlemmene som selskapets permanente forvaltningsorgan blir således forpliktet til taushet som følge av selskapets avtale med tredjemann.²⁹⁹ Taushetsplikt som følge av avtale med tredjemenn vil ikke forfølges videre i denne oppgaven.

9.2.4.2 Engasjementsavtalen

En taushetsplikt må også kunne følge av styremedlemmets engasjementsavtale med selskapet hvor taushetsplikten kan være uttrykkelig regulert. I begge tilfeller må disse avtaler tolkes for å kartlegge omfanget av taushetsplikten. I alminnelighet er det nok ingen grunn til å fravike alminnelige avtalerettslige prinsipper for å fastslå innholdet av en taushetsplikt, men i likhet med andre lojalitetsplikter med utgangspunkt i engasjementsavtalen må disse tolkes i lys av at engasjementsavtalen statuerer et utpreget tillitsforhold.³⁰⁰

Av engasjementsavtalen mellom selskapet og styremedlemmet følger det, på grunn av tillitsforholdet med den tilhørende lojalitetsplikten, plikt til taushet.³⁰¹ Samtidig kan taushetsplikten nærmere presiseres, innskrenkes eller utvides i engasjementsavtalen eller i særskilt avtale med den følge at lojalitetsplikten styrkes.³⁰² Andenæs synes kritisk til å legge til grunn en generell regel om taushetsplikt for styremedlemmer aksjeselskapsretten.³⁰³ Han legger til grunn at lojalitetsplikten under visse omstendigheter kan innebære en taushetsplikt for styremedlemmer,

²⁹⁹ Knudsen (2015) s. 367, Aarbakke (2012) s. 510

³⁰⁰ Se pkt. 3 flg. for nærmere drøftelse av dette.

³⁰¹ Eriksen (2016) s. 364, Knudsen (2015) s.364 og Ulseth (2014) s. 52 legger til grunn en taushetsplikt med grunnlag i lojalitetsplikten for styremedlemmer uten å gå nærmere inn på dennes opphav. Dotevall (2015) s. 318 og Taxell (1983) s. 59 legger derimot uttrykkelig til grunn at taushetsplikten springer ut av tillitsforholdet mellom selskap og styremedlem. Tilsvarende følger av «fiduciary duties» i angloamerikansk rett se Bayness (2002) s. 883

Simonsen (1997) s. 91 tar til ordet for at lojalitetsprinsippet i utgangspunktet medfører at partene skal være fortrolige om følsomme opplysninger som kommer til overflaten i den prekontraktuelle fase. En mer-til-detmindre betraktning innebærer at det i den kontraktuelle fase, slik engasjementsavtalen er for styremedlemmene, skjerpes plikten til fortrolighet.

³⁰² Tilsvarende i angloamerikansk rett se Bayness (2002) s. 884

³⁰³ Andenæs (2006) s. 361

men at det gjelder en hovedregel om taushetsplikt som krever hjemmel for å fravike, aksepterer han imidlertid ikke.³⁰⁴ Som fremholdt over vil imidlertid engasjementsavtalen og lojalitetsplikten som følger av denne i visse tilfeller kunne statuere taushetsplikt. Eckhoff legger derimot til grunn at styret har en alminnelig taushetsplikt om alt som behandles i styret.³⁰⁵ Dette harmonerer godt med forarbeidenes forutsetning om at styremøter i utgangspunktet er lukket.³⁰⁶ Normen og vurderingstema som legges til grunn for styremedlemmers taushetsplikt er styremedlemmers plikt til *forsvarlig og lojal opptreden* hvor det må bero på en konkret vurdering i det aktuelle tilfelle hvor langt taushetsplikten rekker.³⁰⁷ At det av Andenæs legges til grunn et krav om «forsvarlig og lojal opptreden» sammenfaller med den norm som er lagt til grunn i kontraktsretten for øvrig og underbygger at engasjementsavtalen er det aktuelle rettslige grunnlaget for taushets- og lojalitetsplikt.³⁰⁸ Det nærmere innholdet og relevante momenter i en slik konkret vurdering kommer jeg tilbake til under.

Disse tre rettslige grunnlagene er i utgangspunktet alternative, men de vil samtidig kunne supplere og utfylle hverandre. Dette gjelder særlig for styreinstruksene og generalforsamlingsvedtakene.³⁰⁹ For den videre fremstilling av taushetspliktens materielle innhold vil jeg skille mellom to hovedgrupper av informasjon. Da det rettslige grunnlaget for disse gruppene er ulikt og ulike hensyn gjør seg gjeldende finner jeg det hensiktsmessig å skille. Disse to hovedkategoriene knytter seg til beskyttelse av forretningshemmeligheter mv. (pkt. 9.3) og beskyttelse av informasjon fra styremøte (pkt. 9.4).

9.3 Beskyttelse av forretningshemmeligheter mv.

9.3.1 Innledning

Den som sitter som styremedlem i et selskap vil vanligvis ha oversikt over selskapets drift og virksomhet. Dermed vil styremedlemmene vite om eventuelle forretningshemmeligheter slik som for eksempel produksjonsmetoder, kontraktsforhold, unike selskapsstrukturer, fremtidige investeringsplaner, forutsette nedgangstider, planer om forslag angående utbytte og liknende.³¹⁰ Dette er informasjon som naturlig nok er i selskapets interesse at ikke blir kjent av for eksempel konkurrenter, men også fremtidige investorer er det farlig om får vite om dette da dette muligens vil påvirke deres eventuelle investeringer i selskapet. Videre vil det også kunne være ugunstig for selskapet om nåværende aksjeeiere trekker seg ut av selskapet på grunn

³⁰⁴ Tilsvarende Aarbakke (2012) s. 510

³⁰⁵ Eckhoff (1976) s. 94-95

³⁰⁶ Ot.prp. nr.7 (1971-1972) s. 44

³⁰⁷ Andenæs (2006) s. 361

³⁰⁸ Se pkt. 2.3

³⁰⁹ NOU 1996:3 s. 57-58

³¹⁰ Aarbakke (2012) s. 510

av opplysninger fra et styremedlem om eventuell forutsett nedgangstid. Flere av disse tilfellene vil kunne rammes av Straffelovens §§ 207 og 208 om henholdsvis krenkelse av forretningshemmeligheter og rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter. Det er imidlertid generelt akseptert i juridisk litteratur at taushetsplikten for styremedlemmer går lenger enn straffebestemmelsene.³¹¹

9.3.2 Taushetsplikt med grunnlag i lojalitetsplikten

9.3.2.1 Innledning

I tilfellene hvor det ikke dreier seg om innsideinformasjon eller som for øvrig ikke rammes av bestemmelsene i verdipapirhandelloven må en eventuell taushetsplikt følge av annet rettsgrunnlag. Ett slikt grunnlag finnes lojalitetskravet som følge av engasjementsavtalen, hvor det oppstilles et krav om aktsom og lojal oppreden.³¹² Tolkning av den lovfestede regelen om forsvarlig forvaltning kan også føre til en tilsvarende plikt jf. asl./asal. § 6-12 første ledd.³¹³ For å unngå forretningsmessig skade må styremedlemmene forholde seg tause vedrørende opplysninger som kan påføre selskapet tap dersom disse opplysningene blir tilgjengelige for offentligheten eller konkurrerende virksomheter.³¹⁴ Opplysninger av denne art er mangfoldig. Som eksempel kan nevnes organisatoriske løsninger, produksjonsløsninger og – mekanismer, oppskrifter og teknologiske fremskritt mv.³¹⁵

I vurderingen av hvorvidt opplysninger rammes av styremedlemmenes taushetsplikt er det sentralt hvorvidt, og i hvilken grad, styremedlemmet opptrer på en aktsom og lojal måte overfor selskapsinteressen.³¹⁶ Krav til aktsomhet og lojalitet sier dessverre ikke så mye i seg selv og situasjonen må dermed bero på en konkret helhetsvurdering hvor en rekke momenter kan være relevante.³¹⁷

9.3.2.2 Opplysningens art og skadeomfang

Et utgangspunkt for denne vurderingen kan være opplysningens art og hvilket skadeomfang den konkrete opplysningen har dersom denne blir kjent av konkurrerende virksomheter eller liknende.³¹⁸ Dersom det dreier seg om en forretningshemmelighet de konkurrerende virksom-

³¹¹ Aarbakke (2012) s. 510 og Aarum (1994) s. 64. Se også pkt. 5.2 for tilsvarende om økonomisk utroskap.

³¹² Andenæs (2012) s. 361 og Knudsen (2015) s. 364

³¹³ Aarbakke (2012) s. 510, Skåre (1987) s. 156

³¹⁴ Knudsen (2015) s. 364, Ulseth (2014) s. 52, Aarbakke (2012) s. 510 og Andenæs (2006) s. 360, Aarum (1994) s. 64

³¹⁵ Enkelte av disse løsningene vil kunne tas patent i og dermed unngå de eventuelle konkurransemessige skadene av at informasjonen blir tilgjengelig for andre.

³¹⁶ Andenæs (2006) s. 361, Skåre (1987) s. 156

³¹⁷ Ulseth (2014) s. 53, Andenæs (2006) s. 361

³¹⁸ Knudsen (2015) s. 364, Ulseth (2014) s.54

heter kunne hatt god nytte av eller om det fører til en stor ulempe for selskapet om andre også benytter seg av den konkrete hemmeligheten taler dette for taushetsplikt.³¹⁹ Opplysninger som kan skade selskapet økonomisk tjener som et utgangspunkt for styremedlemmenes taushetsplikt.³²⁰ På denne måten omfatter taushetsplikten mer enn bare forretningshemmeligheter, og omfatter for eksempel også opplysninger om kontraheringer med andre selskap og opplysninger om overtakelse av kontrollen i selskapet.³²¹ Dette er i tråd med hensynet til selskapets økonomiske kjerne som det sentrale under selskapsinteressen.

Motsatt vil en bagatellmessig funksjon eller en hemmelighet konkurrentene neppe har interesse av å benytte seg av tale mot taushetsplikt i et konkret tilfelle. Opplysninger om for eksempel «arbeidsmiljø, helseforhold, bruk av bedriftens midler, personalforvaltning m.m» faller utenfor de opplysningene styret plikter å forholde seg tause om i medhold av lojalitetsplikten.³²² Lojalitetsplikten tilsier at opplysninger som har et åpenbart stort økonomisk skadepotensiale for selskapet og dets omdømme omfattes av styremedlemmenes taushetsplikt da dette stort sett vil være skadelig for, i alle fall store deler av, selskapsinteressen.³²³ Det kan imidlertid spørres om riktigheten av dette. Dersom en for eksempel tenker seg at ett eller flere styremedlemmer vet om korrupsjonsvirksomhet i styret eller ellers i selskapet. Om slik informasjon kommer ut vil det ikke direkte dreie seg om forretningshemmeligheter slik en vanligvis benytter begrepet. Lojalitetsprinsippets regel om at styremedlemmers taushetsplikt gjelder opplysninger som kan skade selskapsinteressen innebærer således at styremedlemmene er forpliktet til å forholde seg tause om slik informasjon.³²⁴

9.3.2.3 *Formålet med å gi informasjonen*

På den andre siden er det en forutsetning at det er i selskapets interesse at virksomheten drives på mest mulig ryddig måte. På denne måten er det ikke utenkelig at styremedlemmer plikter å varsle om ugunstige forhold i virksomheten de oppdager for eksempel i kraft av sin tilsynsplikt jf. asl./asal. § 6-13. Dette kan for eksempel gjøres skånsomt ved å opplyse aksjeeierne slik at de kan treffe de nødvendige tiltak i kraft av generalforsamlingens overordnede myndighet. Mer indirekte kan selskapet i det lange løp rammes hardere av at kritikkverdige forhold avdekkes av utenforstående slik som pressen enn om styremedlemmene tidlig «tar tyren ved hornene», og iverksetter tiltak umiddelbart etter at forholdene er blitt oppdaget. Som

³¹⁹ I tysk rett er styremedlemmenes taushetsplikt særlig streng med hensyn til forretningshemmeligheter jf. Aktiengesetz §§ 93 og 116

³²⁰ Knudsen (2015) s. 364, Taxell (1983) s. 59 i finsk rett og Dotevall (2015) s. 318 i svensk rett.

³²¹ Dotevall (2015) s. 318

³²² Skåre (1987) s. 156 og 157

³²³ Taxell (1983) s. 59

³²⁴ Knudsen (2015) s. 364, Ulseth (2014) s. 52, Aarbakke (2012) s. 510

fremholdt over så er det i tråd med selskapsinteressen i den brede forstand å forvalte selskapet på en slik måte at en best mulig økonomisk langsiktig levedyktighet sikres.

Samtidig vil styremedlemmet kunne bli strafferettslig ansvarlig for korrupsjon eller medvirkning til korrupsjon jf. strl. § 387 jf. § 15. Det rent strafferettslige ansvaret for korrupsjon og medvirkning til dette avgrenser jeg mot i denne oppgaven.

Dersom det her også anses som i tråd med selskapsinteressen og de her tilhørende rettighetssubjekter å gi opplysningen kan det ikke heller ikke være brudd på en taushetsplikt med grunnlag i lojalitetsplikten. Som fremholdt flere steder i fremstillingen er det ikke tilstrekkelig å se til om det er i den konkrete aksjeeiers interesse at opplysningen gis. Imidlertid er det ikke utenkelig om det er en særlig stor aksjeeier, eller denne aksjeeieren har spesialkompetanse på det aktuelle området slik at opplysningen er verdifull for styrets saksbehandling. I denne forbindelse vil også formålet med å gi opplysningen komme inn som et moment i tilknytning til opplysningens art.³²⁵ Styremedlemmene kan ha et særlig behov for å konsultere rådgivere, advokater, revisorer samt innhente råd og meninger fra aksjeeiere som nevnt tidligere.³²⁶ Forutsetningen for slik kontakt både ved uformell kontakt med aksjeeiere eller konsulenter mv. må være at hensikten med kontakten er i selskapets interesse.

9.3.2.4 *Hvem opplysningen gis til*

Momentet angående formålet med å gi den konkrete opplysningen har igjen sammenheng med hvem opplysningen gis til.

I prinsippet gjelder taushetsplikten overfor aksjeeiere, ansatte, medkontrahenter, offentlig myndighet og andre, men ikke overfor styret.³²⁷ Som fremholdt over vil taushetsplikten i visse tilfeller måtte vike overfor generalforsamlingen jf. asl./asal. § 5-15. Tilsvarende i konsernforhold må taushetsplikten stå tilbake for styrets opplysningsplikt overfor morselskapet vedrørende «opplysninger som er nødvendige for å kunne vurdere konsernets stilling og resultatet av konsernets virksomhet» jf. asl./asal § 6-16. De to bestemmelsene knytter seg imidlertid til «styret» i kollektiv forstand og ikke de individuelle styremedlemmer. Vurderingen av til hvem opplysninger kan ikke besvares helt generelt, og det beror på en konkret vurdering av de øvrige momenter hvorvidt styremedlemmet kan gi opplysningen til vedkommende.

³²⁵ Knudsen (2015) s. 364, Ulseth (2014) s. 53

³²⁶ Aarbakke (2012) s. 511, Andenæs (2006) s. 361

³²⁷ Taxell (1983) s. 60

I forarbeidene argumenteres det for at for å unngå konkurransemessig skade må slike opplysninger ikke gis til «uvedkommende».³²⁸ Hva gjelder forretningsmessige hemmeligheter eller opplysninger som kan sette selskapet i et dårlig lys vil for eksempel pressen være «uvedkommende».³²⁹ Dette er et eksempel på at den ulovfestede lojalitetsplikten gir selskapet et større vern enn mfl. § 28.³³⁰

Forarbeidenes uttalelse er avgitt i forbindelse med drøftelsen av ansattevalgte styremedlemmer.³³¹ Utgangspunktet er likevel at alle styremedlemmer ar det samme ansvar og plikter, nemlig at de i første rekke må utvise lojalitet overfor selskapet og selskapsinteressen.³³² Ansattevalgte står imidlertid i en særstilling da disse er engasjert av de ansatte og kan avsettes av de ansatte i motsetning til aksjeeiervalgte styremedlemmer jf. asl./asal. § 6-7.2. Ansatte kan ha et behov for informasjon om selskapets framtidsutsikter for å kunne forutberegne sine posisjoner ved for eksempel mulige oppsigelser, selv om dette ville vært rammet av taushetsplikt overfor for eksempel pressen. Ansatte er som nevnt en interessegruppe under selskapsinteressen og ethvert styremedlem bør ta hensyn til dette og slik sett under visse omstendigheter vil taushetsplikten stå tilbake for ansattes interesser. De kan være problematisk å statuere lojalitetsplikter, eller gi opplysningsrett, avhengig av hvem som har valgt styremedlemmet da det som fremholdt er selskapets interesser styremedlemmer skal ivareta.³³³

I mange tilfeller vil et styremedlem være nominert av en aksjeeier med den følge at styremedlemmet føler en lojalitetsplikt overfor denne på tilsvarende måte som den ansattevalgte. En utfordring med å skille mellom hvilken aksjeeier som får opplysningene er likebehandlingsprinsippet i aksjeselskapsretten jf. asl./asal. § 4-1. Det kan fort komme i strid med denne likhetsgrunnsetningen om opplysninger for eksempel gis til én aksjeeier, men ikke til andre. Likebehandlingsregelen slår imidlertid ikke inn om opplysningen gis for eksempel til en tillitsperson eller en konsulent, som påtar seg en særskilt taushetsplikt. Videre står likebehandlingsprinsippet tilbake når det er i selskapets interesse at opplysningen gis.³³⁴ Nok en gang blir man henvist til det bredere spekter av interessenter hvis interesser styremedlemmene til en-

³²⁸ Ot.prp. nr. 7 (1971-1972) s. 44

³²⁹ Irgens-Jensen (2010) s. 105

³³⁰ Denne regelen blir drøftet i avsnittet under. Det er særlig i forbindelse med vilkåret om «næringsvirksomhet» i mfl. § 28 at lojalitetsregelen har et bredere nedslagsfelt. Se også Taxell (1983) s. 59

³³¹ Ot.prp. nr. 7 (1971-1972) s. 44

³³² Ulseth (2014) s. 59

³³³ Tilsvarende utfordring gjelder dersom en kreditor har stilt som vilkår at de har en representant i styret for å få innvilget søknad om kreditt jf. Östberg (2016) s. 281. Et belysende eksempel fra norsk rett er den overfor nevnte dommen i Rt. 1973 s. 821 hvor en som i realiteten hadde et styremedlems stilling i selskapet motarbeidet selskapets lånesøknad ved å gi graverende informasjon til banken.

³³⁴ Knudsen (2015) s. 371, Aarbakke (2012) s. 227. Se også pkt. 9.2.2

hver tid må tilgodese. Det holder ikke at det er i den konkrete aksjeeiers interesse at opplysningen gis, det må være en interesseovervekt hos de ulike interessesubjektene for at opplysningen gis en aksjeeier.

9.3.2.5 Spredningsrisiko

I forbindelse med momentene overfor er det i tillegg nødvendig å se på hvilken spredningsrisiko man står overfor ved å gi opplysningen til en person utenfor styret.³³⁵ Den mottakende part kan selv ha eller pålegges taushetsplikt i tillegg kan denne ha en egeninteresse i at opplysningen ikke spres.³³⁶ Som eksempel kan nevnes en advokats eller en ansatts taushetsplikt.³³⁷ En aksjeeier har for eksempel ofte en vesentlig interesse i at forretningshemmeligheter ikke spres da dette ofte vil kunne påvirke dennes mulighet for utbytte i fremtiden. Dersom det dreier seg om en aksjeeier som representerer en rekke andre, for eksempel i et investeringsfond er spredningsrisikoen særlig høy. Tilsvarende dersom opplysningen lekkes til pressen. I tilfeller med høy spredningsrisiko bør styret være særlig forsiktig med å dele opplysninger.

9.3.2.6 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan det være grunn til å nevne at lojalitetsplikten for styret preges av å være et tillitsforhold. Dette kan tale for at man ved den konkrete avveiningen er ganske streng. Samtidig bør nok styremedlemmene uansett utvise særlig varsomhet, selv om opplysningene muligens ikke omfattes av taushetsplikten.

9.3.3 Taushetsplikt med grunnlag i verdipapirhandelloven

Verdipapirhandelloven har en rekke bestemmelser som skal verne verdipapirmarkedet og sikre at operatører i markedet opererer på like vilkår og forutsetninger for suksess og har på denne måten et annet formål enn lojalitetsplikten for styremedlemmer da denne skal beskytte selskapet mot skade.³³⁸ Likevel vil det være en viss grad av overlapping mellom de to regelsett i den forstand spredning av innsideinformasjon med et negativt innhold kan påvirke markedets investeringsvilje i det aktuelle selskapet.

Hva gjelder styremedlemmers taushetsplikt i børsnoterte selskaper er særlig bestemmelsen i vphl. § 3-4 første ledd relevant. Denne oppstiller et forbud mot å dele «innsideinformasjon» til «uvedkommende». «Innsideinformasjon» er i korthet definert som presis informasjon som

³³⁵ Knudsen (2015) s. 365

³³⁶ Ulseth (2014) s. 55

³³⁷ Ulseth (2014) s. 55

³³⁸ Knudsen (2015) s. 367

ikke er offentlig tilgjengelig eller kjent i markedet. Disse opplysningene må videre være egnet til å påvirke kursen vphl. § 3-2 første ledd.

At opplysningene ikke kan gis til «uvedkommende» innebærer at dersom generalforsamlingen benytter seg av sin rett til å kreve opplysninger fra styret, enten ved generalforsamlingsinstruks eller fra en enkelt aksjeeier på generalforsamlingen i medhold av asl./asal. § 5-15, kan ingen av aksjeeierne anses som «uvedkommende» for at styret kan utlevere slik informasjon.³³⁹ Dette innebærer at det i de aller fleste praktiske tilfeller ikke kommer på tale å dele slik informasjon med aksjeeiere på generalforsamling i børsnoterte selskaper. Grunnen til dette er at det lett kan dreie seg om et stort antall aksjeeiere. Særlig i tilfellet med investeringsfond som opptrer som aksjeeiere og proxy-shareholders vil dette bli ytterligere forsterket.

9.3.4 Taushetsplikt med grunnlag i markedsføringsloven

Annet rettsgrunnlag for styremedlemmers taushetsplikt finnes i mfl. kapittel seks. Her er det flere bestemmelser som omhandler forretningshemmeligheter.

Paragraf 28 setter forbud mot å «utnytte» en «bedriftshemmelighet» i «næringsvirksomhet». Spørsmålet blir her i hvilken grad denne lovbestemmelsen kan medføre taushetsplikt for styremedlemmer.

Bestemmelsen retter seg blant annet mot en som står i et «tillitsvervsforhold» til bedriften hemmeligheten stammer fra. Da styremedlemmer innehar et slikt tillitsverv dekkes dette av ordlyden og har støtte i lovforarbeidene.³⁴⁰

Forbudet i mfl. § 28 rammer «bedriftshemmeligheter». Etter ordlyden stilles det her krav til opplysningens art. Innenfor ordlydens språklige ramme omfattes opplysninger slik som sensitive opplysninger angående produksjonsmetoder, oppskrifter teknologiske løsninger og annet som konkurrerende virksomheter kan bruke til sin fordel.³⁴¹ At det må være en hemmelighet innebærer at ikke enhver slik opplysning kvalifiserer som «bedriftshemmelighet». Opplysninger som konkurrenter kan finne ut av ved å undersøke en vare som selges på det åpne markedet eller alminnelig kjente metoder og midler, faller utenfor hemmelighetskriteriet.³⁴² Vide-

³³⁹ Knudsen (2015) s. 369

³⁴⁰ Irgens-Jensen (2010) s.56 (med henvisning til Innstilling fra konkurranselovskomiteén 1966 s. 52), Lunde (2015) s. 241

³⁴¹ Tilsvarende i Rt. 2003 s. 825

³⁴² Lunde (2015) s. 227, Irgens-Jensen (2010) s. 52

re stilles også krav om at opplysningen må være av en viss betydning for selskapet og at det må ha vært utført tiltak for å hemmeligholde opplysningene.³⁴³

Mest relevant for taushetsplikten er imidlertid vilkåret om at styremedlemmet ikke må «rettsstridig utnytte» hemmeligheten. Å «utnytte» innebærer etter ordlyden et krav om at styremedlemmet må oppnå en vinning av å lekke opplysningen. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom styremedlemmet for eksempel selger opplysningen til et konkurrerende selskap. Det er her mfl. § 28 skiller seg fra taushetsplikten med hjemmel i lojalitetsprinsippet, idet lojalitetsprinsippet ikke krever at styremedlemmet oppnår noen vinning ved å være slepphendt med opplysningene. Om det oppnås en eller annen vinning vil imidlertid være et moment i vurderingen av om noe er illojalt.

Bestemmelsen krever videre at utnyttelsen må være «rettsstridig». Det stilles altså opp en rettsstridsreservasjon for utnyttelsen av hemmeligheten. Et tilfelle hvor dette ikke slår inn er hvor generalforsamlingen har samtykket i at styremedlemmet utnytter opplysningen til egen vinning. Hvor den nærmere grensen går er dog ikke lett å lese ut i fra ordlyden. Rettspraksis har lagt til grunn at det hele beror på en konkret helhetsvurdering av situasjonen.³⁴⁴

En vesentlig begrensning i mfl. § 28 ligger i at styremedlemmet må benytte bedriftshemmeligheten i «næringsvirksomhet». Dette innebærer etter ordlyden at styremedlemmet må ha en næringsvirksomhet hvor bedriftshemmeligheten utnyttes. I forarbeidene heter det at med uttrykket «næringsvirksomhet» menes en vedvarende virksomhet eller virksomhet av et visst omfang.³⁴⁵ Slik sett blir anvendelsesområdet for mfl. § 28 begrenset for styremedlemmer da de må ha næringsvirksomhet som begunstiges av at bedriftshemmeligheten blir kjent.

Denne avhandlingen gir imidlertid ikke anledning til å gå nærmere inn på disse vilkårene og hvor langt de strekker seg. Konklusjonen blir imidlertid at det i tillegg til lojalitetsplikten taushetsplikt så statueres det en særskilt taushetsplikt i markedsføringslovens bestemmelse til vern om rettfærdig konkurranse i markedet mellom næringsdrivende. Taushetsplikten med grunnlag i styrets lojalitetsplikt strekker seg imidlertid lenger, og har et bredere anvendelsesområde sammenliknet med § 28.³⁴⁶

Avslutningsvis er det også et poeng å si noen ord om bestemmelsen i strl. § 207. Denne tilsva-
rer i stor grad bestemmelsen i mfl. § 28 jf. strl. § 207.1.a. Straffebestemmelsens første ledd

³⁴³ Irgens-Jensen (2010) s. 52

³⁴⁴ Rt. 1997 s. 199

³⁴⁵ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s.190

³⁴⁶ Irgens-Jensen (2010) s. 105

bokstav b går imidlertid lenger ved at den ikke krever utnyttelse i næringsvirksomhet slik som mfl. § 28 da denne bare krever at styremedlemmet («tillitsvervet») gjør opplysningen kjent for andre «med forsett om å sette noen i stand til å dra nytte av den». Dermed går straffebestemmelsen lenger enn det mfl. § 28 gjør, og rammer for eksempel lekkasje av informasjon til pressen. Dette innebærer at brudd på lojalitetsplikten kan føre til straffansvar for styremedlemmet gitt at de øvrige vilkår for straff er oppfylt. Bestemmelsen krever imidlertid i tillegg til alminnelig forsett til deling av informasjonen også forsett om at den som mottar informasjonen settes i en posisjon at denne kan utnytte. Lærene om sannsynlighetsforsett og dolus eventualis innebærer imidlertid at i praktiske tilfeller dette ofte vil være oppfylt. Lojalitetsplikten går således lenger enn både markedsføringslovens og straffelovens bestemmelser.³⁴⁷

9.4 Beskyttelse av informasjon fra styremøte

Den andre hovedgruppen av informasjon styremedlemmer kan ha taushetsplikt om er opplysninger om vurderinger og diskusjoner i styremøte. Taushetsplikt om slike opplysninger vil ivareta hensynet til tillit mellom styremedlemmene.

Aksjelovene har heller ikke her noen konkrete bestemmelser om taushetsplikt om styrteintern informasjon. I forarbeidene heter det imidlertid at styremøter i utgangspunktet er lukket, og bygger således på den forutsetning at opplysninger om styrets vurderinger og diskusjoner ikke skal spres.³⁴⁸ Taushetsplikt for slik informasjon følger i så fall også av lojalitetsplikten. Hvorvidt informasjonen rammes av taushetsplikten med hjemmel i lojalitetsplikten beror også på en konkret avveining hvor de overfor nevnte momentene er sentrale.

Dersom man ikke verner om styrets interne diskusjoner og vurderinger i styrerommet, vil dette kunne føre til at de individuelle styremedlemmer mister sin tillit til hverandre, og samarbeidsklimate surne internt i styret. Dette kan igjen føre til at effektiviteten og beslutningsevnen til styret som helhet blir svekket, og dermed være til skade for selskapet.³⁴⁹ Et handlingslammet styre er neppe i selskapets interesse.

9.5 Taushetspliktens forhold til yringsfriheten

9.5.1 Avbalansering av lojalitetsplikten og yringsfriheten

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet så er utgangspunktet etter norsk rett at enhver har fullstendig yringsfrihet. Det er imidlertid sikker rett at yringsfriheten ikke er absolutt. Spørsmålet denne delen av oppgaven reiser er hvordan styremedlemmers taushetsplikt med grunnlag i lojalitetsplikten forholder seg til Grunnloven § 100 sitt vern av yringsfriheten.

³⁴⁷ Tilsvarende Taxell (1983) s. 59

³⁴⁸ Ot.prp. nr. 7 (1971-1972) s. 44

³⁴⁹ Ulseth (2014) s. 54

I utgangspunktet gir Grunnlovens § 100 vern mot inngrep fra offentlige myndigheter, men også inngrep fra private, slik som arbeidsgivere, vil kunne rammes.³⁵⁰ I forarbeidene til revisjonen av Grl. § 100 i 2004 legges det til grunn at arbeidstakers yringsfrihet kan begrenses av lojalitetsplikten.³⁵¹ Arbeidstakers lojalitetsplikt omfatter blant annet å avstå fra å røpe interne forhold som kan skade arbeidsgiverens økonomiske interesser eller arbeidsgiverens omdømme.³⁵²

Forholdet mellom yringsfriheten og lojalitetsplikten for ansatte har vært diskutert i norsk rett, men det er likevel alminnelig akseptert at ulovfestet lojalitetsplikt kan begrense yringsfriheten.³⁵³ Rollen som styremedlem og ansettelse er derimot ikke det samme. Riktignok er begge engasjert med grunnlag i avtale, men et styremedlem har ikke status som ansatt med den følge at de særlige reglene som gjelder for ansatte ikke uten videre kan overføres til styreforholdet. Likhetene mellom de to forholdene gir imidlertid mulighet for å sammenlikne lojalitetspliktene og deres forhold til Grunnlovens vern av yringsfriheten.

Samtidig finnes i tilsetteskontraktene og deres alminnelige innhold viktige forskjeller mellom styremedlemmer og ansatte. Ansatte skal utføre sin arbeidsplikt, men plikter samtidig å utvise lojalitet overfor sin arbeidsgiver.³⁵⁴ Forarbeidene til Grl. § 100 legger til grunn at det skal mye til for at en arbeidstaker har handlet illojalt, og taushetsplikten strekker seg bare til de opplysninger som «påviselig kan skade arbeidsgivers interesser på en unødvendig måte».³⁵⁵ På den andre siden innebærer styreforholdet, i motsetning til den alminnelige ansettelsen, en betydelig grad av tillit i det styremedlemmene skal forvalte hele selskapets interesser. Dette tilsier at lojalitetsplikten for styremedlemmene er større enn arbeidstakers, med den følge at taushetsplikten utvides.³⁵⁶

Da lojalitetsplikten er en dynamisk størrelse som må tilpasses den aktuelle situasjon og tid må den også tilpasses yringsfriheten, og yringsfriheten blir dermed bestemmende for rekkevidden av lojalitetspliktens taushetsplikt.³⁵⁷

³⁵⁰ Fliflet (2014) note 229, Eggen (2002) s. 134

³⁵¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 7, St.meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100

³⁵² St.meld. nr. 26 (2003-2004) s. 100

³⁵³ Eriksen (2016) s 55, Elvestad (2011) s. 130 flg., Nazarian (2007) s. 417flg., Eggen (2004) s. 2 flg.

³⁵⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 128

³⁵⁵ St.meld. nr 26 (2003-2004) s. 110

³⁵⁶ Tilsvarande gjelder generelt i amerikansk rett se ALI Principles vol. 1 s. 291

³⁵⁷ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 15 og Irgens-Jensen (2010) s. 104

Likevel er det slik at lojalitetsplikten og yringsfriheten ikke har samme rettslige status da yringsfriheten hjemlet i EMK art. 10 har forrang annen lov jf. menneskerettsloven § 3 og yringsfriheten har særlig høy rang da denne følger av Grunnloven selv.³⁵⁸ Når så taushetsplikten omfang skal avgjøres innebærer dette at det må foretas en avbalansering mellom vernet av yringsfriheten på den ene siden og behovet for lojal taushetsplikt på den andre.³⁵⁹ Lojalitetsplikten dynamiske karakter innebærer at denne, i likhet med andre rettsnormer, må tilpasses i lys av «[...] Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor» og yringsfriheten blir således en vesentlig tolkningsfaktor for taushetsplikten rekkevidde jf. plenumskjennelsen i Rt. 1997 s.1821 «Kjuus».³⁶⁰

Yringsfrihetens rettslige status innebærer dermed at det er denne som gjør innhugg i lojalitetsplikten, og ikke motsatt, slik at terskelen for hva som anses for å være illojalt heves.

Hva gjelder yringsfriheten er utgangspunktet at enhver har total handlefrihet i denne forstand og det er begrensninger i denne som krever særskilt grunnlag.³⁶¹ Styremedlemmers ulovfestede lojalitetsplikt er et slikt særskilt grunnlag og det må dermed foretas en forholdsmessighetsvurdering av taushetsplikten styrke og styremedlemmets yringsfrihet.³⁶² På grunn av yringsfrihetens særlige rettskildemessige status vil yringsfriheten være en bestemmende faktor for taushetsplikten omfang. Begrensningene i yringsfriheten kan ikke gå lenger enn det som er saklig og nødvendig for å oppfylle det aktuelle lojalitetskravet.³⁶³ Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering av interessene for taushetsplikten og yringsfriheten. Her er utgangspunktet at yringsfriheten veier tyngst og derfor kreves det sterkere interesser for å begrense denne enn motsatt.³⁶⁴

9.5.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Den private autonomi er her et hensyn som også må tas i betraktning i vurderingen.³⁶⁵ Både styremedlemmer og ansatte har frivillig påtatt seg den aktuelle taushetsforpliktelse ved engasjementsavtalen, eller ansettelsesavtalen, uavhengig av om dette følger uttrykkelig av avtalen eller mer forutsetningsvis.³⁶⁶ Dette tilsier at det ikke reelt sett foreligger noe inngrep i yrings-

³⁵⁸ Ot.prp nr. 84 (2005-2006) s. 15-16

³⁵⁹ Rt. 1997 s. 1821

³⁶⁰ Denne dommen dreide seg imidlertid om yringsfrihetens forhold til en straffebestemmelse om krenkende yringer. Uttalelsene er imidlertid et generelt uttrykk for den alminnelige

³⁶¹ Ot.prp. nr. 84 s. 14

³⁶² Eggen (2002) s. 134

³⁶³ Sivilombudsmannen (2015/940)

³⁶⁴ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 14

³⁶⁵ St.meld nr. 26 (2003-2004) pkt. 4.2.3

³⁶⁶ Nazarian (2007) s. 420

frihetens forstand fordi man til en viss grad har gitt avkall på den ved å la seg engasjere av selskapet. Autonomihensynet kan tenkes å stå sterkere for styremedlemmer enn for ansatte i selskapet. Ansettelse er for de aller fleste helt nødvendig for å kunne leve og bærer slik sett en lavere grad av frivillighet. På denne måten bør ikke autonomihensynet gis særlig stor vekt i et slikt tilfelle. Hva gjelder styremedlemmer må det vanligvis kunne presumeres en høyere grad av kommersiell forståelse og på den måten skal det nok mer til for at taushetsplikten i et slikt forhold innebærer et inngrep i ytringsfriheten.

Hva slags opplysninger det er snakk om å la taushetsplikten omfatte er også et moment av betydning.³⁶⁷ Inngrepet i ytringsfriheten må kunne forsvares ut i fra hensynene til «sannhets-søken, demokrati og individets frie meningsdannelse». Forarbeidene legger til grunn at det var meningen at taushetsplikt angående «sensitive personopplysninger, forhold knyttet til rikets sikkerhet eller *forretningshemmeligheter* [min kursivering]» skulle kunne hjemles i disse hensynene.³⁶⁸

I § 100 tredje ledd er politiske ytringer gitt et særlig vern ved at det kreves «særlig tungtveiende hensyn» for å begrense slike ytringer, noe som medfører at det kreves en særlig streng forholdsmessighetsvurdering på dette området.³⁶⁹ Betydningen av at politiske ytringer og ytringer med en allmenn interesse er gitt særlig vern innebærer at ytringsfriheten vil trumfe styremedlemmers taushetsplikt hva gjelder slike opplysninger.³⁷⁰ For selskapet kan det være spesielt skadelig om forretningshemmeligheter kommer på avveie og eventuelt havner hos konkurrenter. For forretningshemmeligheter og liknende vil lojalitetsplikten dermed stå særlig sterkt og således vil ikke ytringsfriheten være til hinder for en slik ytring. Likevel slik at forretningshemmeligheten er av en slik karakter at det foreligger en «åpenbar» risiko for skade.³⁷¹

Opplysninger som er egnet til å sette selskapet i et dårlig lys ved for eksempel uttalelser til pressen vil etter mitt skjønn havne i en posisjon mellom de tilfellene som klart er vernet av ytringsfriheten, slik som rent personlige ytringer og politiske ytringer på den ene siden og bedriftshemmeligheter og andre opplysninger som sikkert vil skade selskapet forretningsmessig på den andre. Hva gjelder for arbeidstakere i en slik situasjon fremholdes det at det må vektlegges hvilken fare det er for at selskapet identifiseres med ytringen.³⁷² For arbeidstakere

³⁶⁷ Eggen (2004) s. 12-15

³⁶⁸ Innst.S.nr.75 (2005-2006) s. 2

³⁶⁹ Andenæs og Bjørge (2012) s. 43

³⁷⁰ Dette er særlig interessant i forbindelse med «whistleblowing» se pkt. 9.6

³⁷¹ Sivilombudsmannen (2007) s. 112

³⁷² Elvestad (2011) s. 136

vil identifikasjonsfaren knytte seg til hvilken posisjon den ansatte har. Styremedlemmer er et aksjeselskaps styrende organ og identifikasjonsfaren er dermed veldig stor, som igjen tilsier en strengere lojalitets- og taushetsplikt enn for øvrige ansatte. Dette må igjen ses i sammenheng med om den aktuelle opplysningen har sammenheng med selskapets drift, skadepotensial og omstendighetene for øvrig.

Det kan imidlertid være grunn til å legge en strengere norm til grunn for styremedlemmer en for ansatte i selskapet selv på området for politiske ytringer og ytringer av allmenn interesse. Lojalitetsplikten som nevnt må være sterkere for styremedlemmer og selskapets ledelse for øvrig og må tåle en strengere taushetsplikt for opplysninger som er til skade for selskapets interesser om kommer ut, uten at dette kommer i strid med deres ytringsfrihet.³⁷³ For eksempel vil det være illojalt av et styremedlem i et oljeselskap å gå ut i media og kritisere selskapets oljeutvinningsteknikker fordi denne har en miljømessig overbevisning som ikke stemmer overens med selskapets drift. I et slikt tilfelle må styremedlemmet på grunn av sin posisjon i selskapets øverste permanente organ sette selskapets interesse foran sin egen. Alternativt kan denne si opp sin posisjon som styremedlem for igjen å kunne benytte sin ytringsfrihet til det fulle.

9.6 Særlig om «whistleblowers»

9.6.1 Introduksjon

Det har de siste år vært økt fokus på såkalte «whistleblowers», altså varsling fra en person tilknyttet en bedrift på en slik måte at denne har tilgang til opplysninger om selskapet.³⁷⁴ «Whistleblowing», eller varsling, innebærer at denne personen varsler samfunnet eller andre om graverende og kritikkverdige forhold ved selskapets drift slik som for eksempel økonomisk kriminalitet, farlige produkter, miljøskadelig drift eller brudd på selskapets etiske retningslinjer mv. Den strenge lojalitetsplikten for styremedlemmer kan tyde på at slik informasjon rammes av styremedlemmenes taushetsplikt, da disse opplysningene utvilsomt er egnet til å skade selskapets interesser. Likevel vil bredere samfunnsinteresser på den andre siden tilsi at slike opplysninger bør komme til overflaten, med den følge at ytringsfriheten styrkes. Grl. § 100.3 sitt sterke vern av politiske og samfunnsmessige ytringer innebærer at desto sterkere samfunnsinteresser det dreier seg om desto sterkere vil ytringsfriheten stå i balanseringen med selskapsinteressens lojalitetsplikt.³⁷⁵

³⁷³ Eggen (2004) s. 16

³⁷⁴ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 8 og Eriksen (2016) s. 368

³⁷⁵ St.meld nr. 26 (2003-2004) pkt. 4.2.3

9.6.2 Operasjonalisering av regelen

I aml. § 2-4 er en bestemmelse som omhandler ansattes rett til varsling. Som tidligere nevnt så er det ikke grunnlag for å gi slike bestemmelser direkte anvendelse på styreforholdet da dette vervet ikke er en ansettelse. Likevel er det visse likhetstrekk mellom de to stillingene.

Likheten mellom disse to forholdene er at begge har en kontraktuell forbindelse til selskapet. En forskjell ligger i arbeidsoppgavene. Styret skal forvalte selskapets anliggende og den ansatte skal utføre sin arbeidsplikt. Begge deler involverer lojalitetsplikt, og som fremholdt ovenfor vil styremedlemmets lojalitetsplikt overfor selskapet være sterkere enn den ansattes da styremedlemmet står i et særlig tillitsforhold til selskapet. Disse betraktningene trekker litt i begge retninger, men etter mitt skjønn er det mer som taler for likhet enn ulikhet mellom de to forholdene.

Grunnloven § 100 tredje ledd etablerer et sterkt vern for ytringer av politisk og samfunnsmessig interesse, og i disse tilfellene kreves det en særlig streng forholdsmessighetsvurdering.³⁷⁶ Forarbeidene til Grl. § 100 ved revisjonen i 2004 la til grunn en uttalt målsetning om å utforme bestemmelsen slik at den legger til rette for «whistleblowing».³⁷⁷ Hensynet til allmennheten ved varsling av kritikkverdige forhold i selskapet taler for at det ikke er grunn til å skille mellom hvilken rolle en har i selskapet.

Da det er en uttalt målsetning at den som varsler om kritikkverdige forhold skal ha et særlig vern etter både i aml. § 2-4 og Grunnloven § 100, vil denne målsetningen oppnås ved styremedlemmers varsling så vel som varsling fra ansatte. Videre må det også fremheves at den lovfestede bestemmelsen i aml. § 2-4 tok sikte på å balansere lojalitetsplikten og ytringsfriheten ved å kodifisere det som allerede fulgte av ulovfestet rett, og var ikke en nyvinning da bestemmelsen trådte i kraft i 2006.³⁷⁸

Tidligere rettspraksis belyser dette særlig i Rt. 2003 s. 1614. Saken dreide seg om krav om erstatning på grunn av urettmessig avskjedigelse av en ansatt på grunn av dennes graverende uttalelser om en av bedriftens kunder. Retten uttalte seg prinsipielt om varsling sett i lys av arbeidstakers lojalitetsplikt at «whistleblowing» fra våkne ansatte representerer en verdi for både bedriften og samfunnet.³⁷⁹ Likevel slo ikke dette til da den ansattes påstand om alvorlige straffbare forhold savnet grunnlag i realiteten.³⁸⁰ At tilsvarende varslingsregler ble lagt til

³⁷⁶ Andenæs og Bjørge (2012) s. 43

³⁷⁷ Innst.S nr. 75 (2005-2006) s. 2

³⁷⁸ Innst. O. nr. 6 (2006-2007) s. 2, Ytre-Arna (2015) note 58

³⁷⁹ Rt. 2003 s. 1614

³⁸⁰ Rt. 2003 s. 1614

grunn i tidligere rettspraksis innebærer at regelen springer ut av et overhengende prinsipp som kan gis anvendelse på sammenliknbare tilfeller.

Av forarbeidene til arbeidsmiljølovens bestemmelse lest i sammenheng med Grunnlovsrevisjonens forarbeider fremgår det at den spesifikke varslingsregelen innebærer en operasjonalisering av Grunnlovens vern av ytringer av allmenn interesse.³⁸¹ Det er altså Grunnloven selv som verner om «whistleblowing» som innebærer at arbeidsmiljølovens bestemmelse vil gi de relevante vurderingstema, selv om resultatet av den konkrete avveiningen kan bli en annen for styremedlemmer. Den konkrete avveiningen som må foretas etter arbeidsmiljølovens bestemmelse vil på flere måter være tilsvarende den for styremedlemmer fordi ansattes lojalitetsplikt også springer ut av et ulovfestet prinsipp.³⁸² Arbeidstakers lojalitetsplikt innebærer i likhet med styremedlemmers lojalitetsplikt som utgangspunkt at arbeidstakeren ikke må foreta seg noe som kan skade arbeidsgiveren økonomisk.³⁸³

9.6.3 Kritikkverdige forhold

Aml. § 2-4.1 fastsetter at arbeidstakere har «rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten». Etter ordlyden kreves det at forholdet er av en viss styrke slik at det er grunnlag for publikum til å rette kritikk mot den. Forarbeidene presiserer at med «kritikkverdige forhold» siktes det til lovbrudd (både kriminelle og andre), uetiske- og samfunnsskadelige forhold.³⁸⁴ En pekepinn for hva som omfattes av «kritikkverdige forhold» er om opplysningene har en viss allmenn interesse og ikke utelukkende er kritikkverdige etter personlig etisk eller politisk overbevisning.³⁸⁵ Desto større allmenn interesse opplysningene har, desto sterkere vil varslingsretten stå.³⁸⁶ Momentet vedrørende opplysningens art er drøftet over, men hva gjelder varslingen vil dette typisk være opplysninger som kan være særlig skadelige for selskapet om kommer ut.

Den overfor nevnte dom inntatt i Rt. 2003 s. 1614 illustrerer også at ikke en hvilken som helst varsling vernes av prinsippene om varsling. Varsling om kritikkverdige forhold varslingsreglene knytter seg til vil ofte innebære at svært graverende forhold kommer til syne i samfunnet, ofte med den følge at selskapet settes i dårlig lys og kan ramme selskapet økonomisk. Dess mer graverende og skadelig for selskapet, dess strengere vil kravet til sannhet være. Om det

³⁸¹ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 50-51, NOU 1999:27 s. 132 og St.meld. nr. 26 (2003-2004) pkt. 4.11. Se også Wik (2013) s. 55

³⁸² Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s 15

³⁸³ Knudsen (2015) s. 364 for styremedlemmer og Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s 15 for ansatte

³⁸⁴ Ot.prp nr 84 (2005-2006) s. 50

³⁸⁵ Ot.prp. Nr 84 (2005-2006) s 50

³⁸⁶ Tilsvarende Wik (2013) s. 53

ikke kreves fullstendig sannhet må i alle fall varslingen fremsettes på en slik måte at det er rom for tvil og på en måte som gjør at andre selskapsorganer kan komme med innsigelser som avkrefter påstandene. Da styret er selskapets øverste permanente organ vil være problematisk for andre å komme med troverdige avkreftende innsigelser om styremedlemmer varsler allmennheten om usanne kritikkverdige forhold. Generalforsamlingen vil sjeldent ha like god oversikt over selskapets anliggende da det er styret som er pålagt tilsynsplikt jf. asl/asal. § 6-13 med den følge at det er vanskelig for dem å fremme troverdig motinnsigelse dersom et styremedlem "varsler" om et usant forhold. Dermed følger et visst krav om overbevisende dokumentasjon for det kritikkverdige forhold før styremedlemmet varsler.³⁸⁷ Styremedlemmets tilsynsplikt vil her stå sentralt om styremedlemmet har mistanke om graverende forhold slik at denne kan undersøke og dermed dokumentere påstandene før en eventuell varsling.

9.6.4 Krav til forsvarlig fremgangsmåte

Bestemmelsen i aml. § 2-4.2 stiller videre et vilkår om at varslingen må være «forsvarlig». Forsvarlighetskravet gir etter ordlyden krav om at den ansatte må vurdere hvordan varslingen skal utføres og velge den mest skånsomme måten overfor arbeidsgiver, men uten at dette går på bekostning av varslingens effekt. Kravet om forsvarlig varsling er et utslag av lojalitetsplikten og ivaretar hensynet til ansattes lojalitet overfor sin arbeidsgiver.³⁸⁸ Det er nettopp kravet til fremgangsmåte for varslingen som er det sentrale under lojalitetsplikten.³⁸⁹ Fremgangsmåten må også ses i sammenheng med hvem opplysningen gis til. Sett i sammenheng med utgangspunktet om full ytringsfrihet innebærer dette at det skal mye til for at forsvarlighetskravet er brutt. Kravet om forsvarlig fremgangsmåte for ansatte er en sikkerhetsventil for å unngå unødig skade på selskapets interesser.³⁹⁰ Grunnlovens forarbeider forutsetter at den det varsles til på ett eller annet vis har mulighet til å ta tak i problemet eller «sette i gang en opprydningsprosess».³⁹¹

For arbeidstakere vil intern varsling som utgangspunkt være i orden, og det må forutsettes at intern varsling er forsøkt før personer uten tilknytning til selskapet varsles.³⁹² I arbeidsforhold vil dette være en gunstig måte for arbeidstakeren å opptre lojalt overfor sin arbeidsgiver slik at denne har mulighet til å ta de nødvendige grep for å rette opp i problemene. For styremedlemmer stiller dette seg annerledes. Styret er selskapets øverste permanente organ og svarer til

³⁸⁷ NOU 1999:27 s. 132

³⁸⁸ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 133

³⁸⁹ Eriksen (2016) s. 57, Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 113

³⁹⁰ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51

³⁹¹ NOU 1999:27 s. 132

³⁹² Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51 og NOU 1999:27 s. 132

generalforsamlingen, og har derfor en begrenset mulighet til intern varsling i forhold til ansatte fordi generalforsamlingen er et periodisk organ.

Intern varsling innebærer således at styremedlemmet som besitter den kritikkverdige informasjonen samler styret i møte og eventuelt innkaller til ekstraordinær generalforsamling dersom styremøtet ikke finner noe egnet måte å håndtere situasjonen på.

Som fremholdt i delen om den alminnelige taushetsplikten er spredningsrisikoen noe styremedlemmene må ta i betraktning ved å gi opplysninger. Særlig i store selskap vil det kunne være en utfordring med å gi informasjon om graverende forhold på generalforsamlingen da spredningsrisikoen kan være særlig høy. Aksjeeiere med særinteresser kan på grunn av dette kunne benytte de graverende forhold som pressmiddel for å få gjennomslag for sin vilje. Likevel bør nok generalforsamlingen på grunn av forsvarlighetskravet ha en forventning om å motta opplysninger om disse forholdene så de kan bidra til å unngå skade på selskapets interesser. Dersom styremedlemmet ønsker å benytte sin varslingsrett og spre informasjonen til allmennheten, via for eksempel pressen, er det naturlig at det oppstår en opplysningsplikt overfor generalforsamlingen før informasjonen gis til allmennheten.³⁹³ Spredningsrisikoen er som nevnt til stedet ved å gi informasjon på generalforsamling, men denne er naturligvis mindre enn å gå direkte til pressen. Forutsetningen er imidlertid at styremedlemmet ønsker å benytte sin varslingsrett etter Grunnloven.

Dreier det seg om alvorlige eller grove kriminelle tilfeller vil ikke styremedlemmet ha plikt til først å varsle internt.³⁹⁴ I slike tilfeller vil ikke en intern varsling kunne ha noen gjenopprettende effekt da handlingen allerede er begått. Eventuelt kan den uønskede driften opphøre, men like fullt vil ikke dette være tilfredsstillende. Varsling til politiet slik at disse kan sette i gang etterforskning vil her være den korrekte fremgangsmåte for varsling om alvorlige eller grove kriminelle tilfeller.

Dersom styremedlemmet ønsker å varsle allmennheten via sosiale medier, blogger og pressen for øvrig styrkes kravet til de øvrige momentene i varslingsvurderingen. Ved slik ekstern varsling vil styremedlemmets lojalitetsplikt stå særlig sterkt og kravet til sannhet og dokumentasjon innebærer at det skal mye til for at styremedlemmet har handlet i aktsom god tro om ikke han har sikret overbevisende grunnlag for det påståtte forholdet.³⁹⁵ Samtidig kreves det en større grad av offentlig interesse før det er rettmessig å sette selskapets interesser til

³⁹³ Tilsvarende Eriksen (2016) s. 367

³⁹⁴ Eriksen (2016) s. 365, Wik (2013) s. 36

³⁹⁵ Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) s. 51

side for å varsle om kritikkverdige forhold. Dersom det er forsøkt intern varsling, men uten at dette har ført til noen ending må ekstern varsling i alminnelighet være i orden.

9.7 Vurderinger og betraktninger omkring styremedlemmers taushetsplikt

Slik fremstillingen over har vist oppstilles det en nokså streng taushetsplikt for styremedlemmer i aksjeselskapsretten. Det kan neppe være urimelig at styremedlemmer som et utgangspunkt må forholde seg tause vedrørende opplysninger som kan skade selskapet. Slik jeg tolker taushetsplikten som begrenser seg til opplysninger som kan skade selskapet er ikke dette ikke annet enn en henvisning til den alminnelige culpanormen. Da styreforholdet innebærer et særlig tillitsforhold mellom selskapet og styremedlemmet traler dette nokså sterkt for at taushetsplikten innebærer mer enn det som allerede følger av den alminnelige aktsomhetsregelen, nemlig opplysninger som kan skade selskapet. Til sammenlikning bygger profesjonsansvaret i norsk rett på en særlig streng aktsomhetsvurdering jf. blant annet Rt. 2014 s. 422. Styremedlemmenes engasjementsavtale hjemler neppe noe profesjonsansvar, men tillitshensynet taler for at man i alle fall legger en noe skjerpet aktsomhetsvurdering til grunn.³⁹⁶ Særlig når lojalitetsprinsippet har hatt en nokså sterk fremvekst i norsk rett mellom kommersielle, ofte konkurrerende, parter taler dette for at styremedlemmer som forvalter penger som ikke tilhører dem selv er bundet av en særlig streng taushetsplikt. Følgen av dette blir i så fall at styremedlemmenes taushetsplikt er strengere enn for de opplysninger som kan skade selskapet.

På den andre siden kan en spørre seg om ikke styremedlemmer bør kunne snakke relativt fritt med dem som har investert i selskapet, aksjeeierne. Her må det fastholdes at det er selskapsinteressen som er det sentrale, og om de øvrige lojalitetssubjekter lider tap som følge av at opplysninger blir kjent tilsier lojalitetsregelen at styremedlemmene har plikt til å opptre konfidensielt med den følge at opplysningsretten overfor ansatte, kreditorer eller aksjeeiere mv. er avskåret.

I alle fall må taushetsplikten ses i sammenheng med Grunnlovens og EMK art. 10 sitt vern av ytringsfrihet. Særlig gjelder dette i forbindelse med varsling om kritikkverdige forhold. Som nevnt kan det også være i selskapets interesse at slike forhold kommer til overflaten. Som fremholdt over kan eventuelle økonomiske skader som følge av styremedlemmers varsling avhjelpes ved at det for eksempel i første omgang kun varsles overfor aksjeeiere slik at disse på generalforsamlingen kan ta stilling til det aktuelle problemet.

Ved å legge en så streng norm til grunn vil dette kunne føre til uønskede tilstander. Det må i alminnelighet, og særlig i de små selskapene kunne være et behov for å utveksle informasjon

³⁹⁶ Aarum (1994) s. 91 også Rt. 1932 s. 951

og erfaringer med selskapets aksjeeiere, særlig i mindre selskaper med få aksjeeiere med nær tilknytning til selskapets drift. Desto mer taler det mot en vidtgående taushetsplikt at styremedlemmer kan gjemme seg bak en taushetsplikt i selskaper hvor staten har investert og det foregår uetisk drift som Stortinget eller allmennheten burde fått innsyn i. Dersom en aksjeeier får mer informasjon enn en annen går dette på bekostning av likhetsprinsippet i aksjeselskapsretten jf. asl/asal. § 4-1. I denne forbindelse må det fremmes at staten bør være i næringslivet på like vilkår som andre aktører. Likevel melder det seg demokratihensyn i den forstand at folket, Stortinget, bør ha en viss grad av innsyn i de selskaper staten investerer i.

Stortingets mulighet til å kreve informasjon av «enhver» jf. Grl. § 75.h går foran både kontrakts- og lovfestede taushetsplikter.³⁹⁷ Problemet i et slikt tilfelle er at Stortinget ikke har noe insentiv eller noen grunn til å innkalle noen med mindre det finnes noen mistanke om uønsket drift av et selskap hvor staten er aksjeeier. Videre kan det være i det offentliges interesser at et styremedlem ytrer seg angående et alvorlig problem i bedriften som har eller kan få samfunnsmessige konsekvenser eller strider mot en samfunnets rettsfølelse. Dette hensyn taler mot at styremedlemmer har mulighet til å gjemme seg bak taushetsplikten.³⁹⁸

Dersom taushetsplikten er så streng som den som blir fremstilt her kan en spørre seg om det er på tide med en særskilt lovregulering om styremedlemmers taushetsplikt. Dette er blitt gjort for eksempel i dansk rett hvor det i SL. § 132 finnes en vidtgående taushetsplikt vedrørende all informasjon styremedlemmet har mottatt som følge av sitt styreverv. Lovregulering kunne løst mange problemer, særlig i forbindelse med staten som aksjeeier, men også i alminnelige selskaper med utelukkende private aksjeeiere. En slik lovregulering kunne samtidig være egnet til å avklare forholdet til ytringsfriheten, da ulovfestet rett i alminnelighet vil være mer problematisk for styremedlemmer å forholde seg til og vurdere fortløpende i sitt virke som styremedlem. Særlig for styremedlemmer, men også for andre involverte i selskapets interesser ville en slik konkretisering av taushetsplikten kunne være en lettelse fordi det ville skapt forutberegnelighet. I tillegg ville den nok også blitt godt mottatt av dem som er kritiske til en ulovfestet lojalitetsregel som muligens har «spunnet ut av kontroll».

³⁹⁷ Innst.S.nr.210 (2002-2003) s.8-9

³⁹⁸ Nazarian (2007) s. 414-415

10 Lojalitetsplikt etter avsluttet styreverv.

10.1 Innledning

Plikten til å handle lojalt overfor selskapets interesser gjelder i utgangspunktet så lenge styrevervet består. Motsetningsvis innebærer dette at det etter fratreden ikke gjelder noen lojalitetsplikt overfor selskapets interesser, men dette forutsetter at fratredelsen er reell.³⁹⁹ En utfordring med dette er at styremedlemmet for eksempel kan oppdage en mulighet som er direkte konkurrerende med selskapets drift eller burde tilflytte selskapet, og så si opp sitt styreverv for å kunne utnytte muligheten. Videre kan det være problematisk for selskapet om styremedlemmet bryter sin lojale taushetsplikt etter at styremedlemmets engasjement som styremedlem er bragt til opphør.

10.2 Styremedlemmers postkontraktuelle lojalitetsplikt

10.2.1 Innledning

Plikter som oppstår etter at kontraktsforholdet har opphørt, enten ved tilbaketreden eller avsetning jf. asl./asal. § 6-7 første og annet ledd eller at tjenestetiden har opphørt jf. asl./asal. § 6-6, kalles de postkontraktuelle plikter.⁴⁰⁰ Det skal ikke utelukkes at det i mange tilfeller kontraktsreguleres plikter etter at styremedlemmenes hovedforpliktelse er opphørt. Både plikten til ikke å utnytte forretningsmuligheter oppdaget som følge av styrevervet, konkurransebegrensninger ved konkurranseklausuler og taushetsplikt er i så fall sentrale.⁴⁰¹ Selv om disse tilfellene dreier jeg om tiden etter endt styreverv er det ikke tale om et postkontraktuelt tilfelle da de er kontraktsregulert.⁴⁰²

Spørsmålet for denne delen er hvilke plikter som med grunnlag i styremedlemmers ulovfestede lojalitetsplikt kan oppstå eller vedvare etter at styrevervet er avviklet.

10.2.2 Det kontraktsrettslige utgangspunkt

I utgangspunktet skal avtaler mellom profesjonelle, kyndige og næringsdrivende parter som utgangspunkt tolkes objektivt.⁴⁰³ Dette har sammenheng med at det er partene som selv har ansvar, og bærer risikoen, for sine egne forventninger og om selskapet ønsker slike etterfølgende plikter bør de sørge for å innta slike bestemmelser. Ved fravær av slike uttrykkelige etterfølgende plikter kan det derfor være fristende å konkludere med at slike ikke gjelder etter

³⁹⁹ Rt. 1973 s. 821, Andenæs (2006) s. 358 også Dotevall (2015) s. 306

⁴⁰⁰ Simonsen (1997) s. 39

⁴⁰¹ Bjørnebye (2008) s.24

⁴⁰² Haaskjold (2013) s.91

⁴⁰³ Rt. 2002 s. 1155

endt styreverv.⁴⁰⁴ Dette er nok for snevert i det styremedlemmenes engasjementsavtale etablerer en lojalitetsforpliktelse overfor selskapets interesser og lojalitetsplikten ville blitt uthulet om den sluttet umiddelbart etter opphør av styrevervet.⁴⁰⁵

Høyesteretts dom i Rt. 1961 s. 965 dreide seg om kjøp av en propellaksel. Kjøperen, rederiet, hadde flere ganger mottatt akslinger fra leverandøren som stadig hadde gått i stykker. Leverandøren leverte deretter en særlig sterk aksling med store dimensjoner. Under etterfølgende tester fant leverandøren ut at akslingen med de store dimensjonene var uegnet og innebar fremdeles en risiko for skade. Leverandøren opplyste Veritas om dette, men beskjeden kom ikke frem til rederiet. Noen år etter krevde rederiet erstatning som følge av at akslingen nok en gang hadde brukket under henvisning til at leverandøren ikke hadde underrettet rederiet om resultatene av undersøkelsene. Retten la til grunn at « på grunn av det forutgående kontraktsforholdet hadde fabrikken[leverandøren] en naturlig plikt til aktsom opptreden for å hindre at det faremoment den var blitt kjent med, ble realisert». Da det ikke dreide seg om en «egentlig reklamasjons- eller meddelelsesplikt i kjøpslovens forstand» innebærer dette at plikten til aktsom og lojal opptreden gjelder også i tiden etter at kontrakten er oppfylt.⁴⁰⁶

Slik jeg leser dommen vil det i visse tilfeller oppstå berettigede forventninger hos en part at den andre part opptrer lojalt selv etter at kontraktsforpliktelsene er prestert i sin helhet. Dette må være det alminnelige utgangspunkt for postkontraktuelle plikter. Dette også når vi skal se på styremedlemmers plikter, selv om disse pliktene vil være av en annen art enn i det ovenfor nevnte kontraktsforholdet.

10.2.3 Den forutgående avtale

Utgangspunktet for vurderingen av de postkontraktuelle plikter må utledes fra den forutgående avtale mellom partene og de ulike omstendigheter i forbindelse med denne.⁴⁰⁷ I dette tilfellet må dette være styremedlemmets engasjementsavtale. Denne statuerer et som tidligere lagt til grunn et tillitsforhold mellom selskapet og styremedlemmet og innebærer således en streng lojalitetsplikt for styremedlemmer. Det er imidlertid ikke gitt at lojalitetsplikt for styremedlemmer vedvarer etter fratreden. I tillegg til at engasjementsavtalen i alminnelighet statuerer et tillitsforhold må man også se på det konkrete selskapet og styremedlemmets rolle i sin helhet for å avgjøre hvorvidt en prekontraktuell lojalitetsplikt kan legges til grunn eller ikke.

⁴⁰⁴ Bjørnebye (2008) s. 28

⁴⁰⁵ I LB-2006-157959 ble det i et kommersielt forhold om salg av virksomhet lagt til grunn et postkontraktuell konkurranseforbud selv om overdragelsesavtalen ikke hadde noen slik bestemmelse. Dommen etterlater seg imidlertid uklarhet med hensyn til om dette hadde grunnlag i en avtalerettslig lojalitetsplikt eller mfl. § 1 (nåværende § 25) se også Bjørnebye (2008) s. 30

⁴⁰⁶ Haaskjold (2013) s. 174

⁴⁰⁷ Haaskjold (2013) s. 174, Munukka (2007) s. 142 og tilsvarende Simonsen (1997) s. 39

I sin definisjon av lojalitetspliktens kjerne legger Lassen til grunn en postkontraktuell lojalitetsplikt mellom næringsdrivende og begrunner dette ut i fra hensynet til tillit mellom kontraktparter:

«Næringsdrivende som står i kontraktsforhold med hverandre, eller har gjort det, eller forhandler om å gjøre det, må vise større hensyn enn den utenforstående. Den som er blitt vist tillit, får en særlig plikt til å vise hensyn.»⁴⁰⁸

Som gjennomgått i pkt. 2 og 3 er styremedlemmers lojalitetsplikt, på grunn av tillitsforholdet til selskapet, sterkere enn i næringslivet for øvrig. Dette taler for en plikt til lojal atferd etter at styremedlemmets hovedforpliktelse, nemlig forsvarlig å forvalte selskapets interesser, er opphørt.⁴⁰⁹

Det kunne ledet til tilfeldige fordeler for styremedlemmet, og for selskapet ugunstige situasjoner, om denne var fullstendig frigjort fra sin lojalitetsplikt det øyeblikk styrevervet opphørte.⁴¹⁰ Et hovedhensyn er å unngå at styremedlemmer benytter fratreden som et verktøy for å unngå lojalitetsplikt. Dette siste hensynet møtes også av bestemmelsen i asl./asal. § 6-7 første ledd hvor det kreves «særlig grunn» for at styremedlemmer skal fratre sitt sete i styret før tjenestetiden opphører.⁴¹¹

Siden lojalitetsplikten er en skjønnspreget og elastisk standard må den også i den prekontraktuelle fasen tilpasses det konkrete forhold.⁴¹² Vurderingen av de postkontraktuelle plikter vil dermed også avhenge av den aktuelle plikt, nemlig konkurranseforbud, plikt til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet og taushetsplikt.

10.2.4 Tidsmomentet

I vurderingen av de etterfølgende plikter er det naturlig i første omgang å se på tiden som har løpt fra opphøret av styrevervet og det aktuelle tidspunkt.⁴¹³ Etter hvert som tiden går vil lojalitetsplikten minke tilsvarende. Dette gjelder for alle de tre lojalitetsplikter som her omtales, men det er noen forskjeller mellom dem. Hva gjelder konkurranseforbud og plikt til å la for-

⁴⁰⁸ Lassen (1988) s. 5 uttalelsen er senere lagt til grunn i Rt. 1997 s. 199

⁴⁰⁹ Bjørnebye (2008) s. 27

⁴¹⁰ Tilsvarende i britisk og tysk rett se henholdsvis *Island Export Finance Ltd. v. Umunna og CMS Dolphin Ltd v. Simonet* i britisk rett og Dotevall (2015) s. 307

⁴¹¹ Se asl./asal § 6-6

⁴¹² Simonsen (1997) s. 39

⁴¹³ Munukka (2007) s. 142

retningsmuligheter komme selskapet til gode må disse pliktene som et utgangspunkt avta tidlig, og i praksis ofte umiddelbart.⁴¹⁴ Som vist i pkt. 8.3 er lojalitetsplikten sterkere enn markedsføringslovens § 25 så lenge styreforholdet består, men når styrevervet har opphørt tar mfl. § 25 over.⁴¹⁵ Det må også konstateres at forretningslivets natur i alminnelighet forutsetter konkurranse og oppfordrer til forretningsmessig skade mellom de ulike aktører på markedet.

Likevel må dette nyanseres noe i forbindelse med opplysninger ervervet som følge av styrevervet. Dersom plikten til lojalt å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet avtok umiddelbart etter styrevervets opphør vil dette kunne føre til opportunistisk atferd fra styremedlemmer som oppdaget forretningsmuligheter i styreperioden, og dermed trakk seg fra sin stilling utelukkende for å benytte seg av forretningsmuligheten. I slike tilfeller er det grunn til å utvise en høyere grad av lojalitet enn ved allment tilgjengelig informasjon.⁴¹⁶ Det er nok en smakssak hvorvidt det illojale er at styremedlemmet ikke har opplyst om muligheten under styrevervet eller benyttet seg av denne til egen vinning etter opphør av styreforholdet.

Dommen fra TOSLO-2006-31826 tar utgangspunkt i tidsperspektivet og belyser spørsmålet om postkontraktuell plikt til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet for oppdragskontrakter. Saken dreide seg om en oppdragsavtale om å sikre rettighetene å utgi en bok kalt «The Hug Therapy Book». En slik avtale kom ikke i stand og kort tid etter at oppdragsforholdet var avsluttet sikret oppdragstakeren seg rettighetene i sitt eget firma. Denne avgjørelsen er interessant på to måter. Den første er tidsaspektet hva gjelder de postkontraktuelle plikter hvor tingretten uttaler at partene i et tillitsforhold vil «stå friere til å nyttiggjøre seg kunnskap fra samarbeidsforholdet etter at det er opphørt enn mens det enda består». Det andre aspektet ved dommen er at det er en glidende overgang eller et uklart skille mellom lojalitetspliktene mens forholdet består og etter.⁴¹⁷ Sist belyses det også at det heller ikke alltid er klart om man står overfor et tilfelle av plikt til å la en forretningsmessig mulighet tilflyte selskapet eller et konkurranseforbud da begge dreier seg om interessekonflikter. Hva gjelder styremedlemmer, hvis engasjementsavtale også er en oppdragskontrakt, springer begge tilfeller ut i fra lojalitetsplikten som krever at styremedlemmer setter selskapets interesser foran sine egne og unngår interessekonflikt.

⁴¹⁴ I tysk rett vedvarer ikke konkurranseforbudet i Aktiengesetz § 88 når styrevervet har opphørt se Dotevall (2015) s. 307

⁴¹⁵ Lunde (2015) s. 209 og Rt. 1990 s. 607 «Viking». Se nærmere i pkt. 8.3.1 om dette.

⁴¹⁶ Disse tilfellene vil også kunne omfattes av markedsføringslovens regler om «god forretningsskikk» som omtalt tidligere i denne oppgaven.

⁴¹⁷ Bjørnebye (2008) s. 30-31

10.2.5 Avtalefestede karensklausuler

Avtalefestede konkurranseklausuler faller som nevnt utenfor denne oppgaven. Likevel er det grunn til å nevne disse kort i den konkrete tidsvurderingen fordi partene ikke har ubegrenset frihet til å vedta varigheten av disse jf. avtl. § 38.⁴¹⁸ I den postkontraktuelle situasjonen må ikke disse «strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse». Lojalitetsplikten til å avstå fra konkurrerende atferd etter at styrevervet har opphørt kan selvsagt ikke gå lenger enn det som ville vært tillat ved en avtalefestet konkurranseklausul. Sentralt i vurderingen er hvor lenge det er nødvendig å avstå fra konkurranse for å oppfylle lojalitetsplikten. Etter hvert som tiden går vil selskapets berettigede forventning om tillit og lojalitet fra styremedlemmet bli mindre.

10.2.6 Ulike typer av opplysninger

I Rt. 1961 s. 965 ble det fremholdt at rederiet på grunn av sin kunnskap om propellakselen «en naturlig plikt til aktsom opptreden for å hindre at det faremoment den var blitt kjent med, ble realisert». Det siterte gir anvisning på at opplysningens art og dens skadepotensiale om denne ikke ble gitt er sentrale momenter. Overført på styreforholdet kan dette tilsi at lojalitetsplikten etter fratreden blir sterkere desto større skadepotensiale som følger handlingen. Dette må imidlertid bero på de øvrige nevnte momenter sammenholdt med utgangspunktet om at styrets plikter opphører samtidig med styremedlemmets fratreden.

Hva gjelder taushetsplikten vil sensitive opplysninger som, i stor grad, kan skade selskapets interesser tilsi en større grad av lojalitetsplikt etter opphør av styrevervet. I likhet med den alminnelige lojale taushetsplikten drøftet i kapittel 9 vil også den postkontraktuelle taushetsplikt i stor grad avhenge av skadepotensialet ved at opplysningen kommer på avveie. Også her vil måten opplysningen er kommet til styremedlemmets kunnskap og graden av tilgjengelighet for allmennheten kunne virke bestemmende på hvor lenge lojalitetsplikten skal vedvare. For taushetsplikten vil naturligvis denne også avta gradvis, men ikke fullt så raskt som de øvrige plikter, men selvsagt vil dette avhenge av hensynene bak taushetsplikten og omstendighetene for øvrig.

For forretningsmuligheter vil det ha betydning hvor fordelaktig forretningsmuligheten er for selskapet. Desto større grad av nødvendighet det er for selskapet å kunne utnytte forretningsmuligheten desto mer taler for en postkontraktuell plikt til å la muligheten komme selskapet til gode. Forutsetningen er imidlertid i et slikt tilfelle at muligheten er innenfor selskapets virksomhetsområde.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Haaskjold (2013) s. 470

⁴¹⁹ Dotevall (2015) s. 307

10.3 Oppsummering

Det er grunn til å konkludere med at lojalitetsplikten overfor selskapet kan vedvare etter opphør av styrevervet. Hva gjelder konkurransemessig skade og utnyttelse av forretningsmuligheter vil i lojalitetsplikten i de fleste tilfeller opphøre umiddelbart og omfattes av øvrige regler slik som mfl. § 25. Dersom forretningsmuligheten er oppdaget eller det er foretatt forberedende handlinger i styreperioden er det imidlertid grunn til, i visse tilfeller avhengig av en konkret vurdering, å gjøre unntak.⁴²⁰ Styremedlemmers lojale taushetsplikt er derimot mer praktisk enn de to ovenfor nevnte tilfeller, særlig ved sensitive opplysninger som er egnet til å skade selskapet. I alle tilfeller vil det hele måtte bero på de foreliggende omstendigheter og en helhetsvurdering av disse.

⁴²⁰ I britisk rett følger det av CA s. 170 annet ledd (a) at tidligere styremedlemmer er avskåret fra å utnytte forretningsmuligheter de har oppdaget da de var styremedlemmer. Dette er i tråd med årsaksregelen *Regal-*dommen legger til grunn.

11 Rettsvirkninger

11.1 Erstatningsansvar som følge av brudd på lojalitetsplikten

Dersom styremedlemmer har handlet i strid med sin plikt til å utvise aktsom og lojal oppførsel overfor selskapets interesser er erstatning en nærliggende sanksjon. Bestemmelsen i asl./asal § 17-1 hjemler et alminnelig erstatningsansvar for styremedlemmer ved uaktsomt brudd på sine plikter. Slikt søksmål for brudd på styremedlemmers lojalitetsplikt overfor selskapets interesser kan reises av «selskapet, aksjeeier eller andre», altså enhver som er blitt rammet økonomisk av illojaliteten.

Problemstillingen som her reises er i når styremedlemmer kan bli erstatningsansvarlige for brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten.

Etter bestemmelsens ordlyd blir styremedlemmer ansvarlige for skade de har voldt i «egenskap» av å være styremedlem gitt at dette skjer «forsettlig eller uaktsomt». At loven krever at skadeforvoldelsen må skje i «nevnte egenskap» innebærer at styremedlemmene må ha forvoldt skaden i funksjon av å være styremedlem.⁴²¹

Dette innebærer at styremedlemmers erstatningsansvar må deles inn i to deler hvor den første delen er en objektiv vurdering av hvorvidt det foreligger et pliktbrudd og deretter en vurdering av om pliktbruddet var uaktsomt.⁴²² Grunnen til at det oppstilles på en slik måte er at det foreligger en presumsjon om at styremedlemmet har handlet uaktsomt dersom det er begått pliktbrudd.⁴²³ Likevel vil ikke dette ha praktisk betydning da det er på det rene at § 17-1 vil suppleres av alminnelige erstatningsrettslige regler hvor pliktbrudd inngår som et element i den alminnelige culpavurderingen.⁴²⁴ Hvorvidt man ser det på den ene eller andre måten ser ut til å være en smakssak. I den videre fremstilling vil først nevnte fremstillingsmåte benyttes da det for denne oppgaven fremstår mer oversiktlig. I dette tilfellet er det brudd på styremedlemmens lojalitetsplikt overfor selskapets interesser og de her tilhørende pliktene som må forutsettes brutt.

Hva gjelder skyldgraden krever ordlyden at styremedlemmet har opptrådt «forsettlig eller uaktsomt», noe som innebærer at den nedre grense for ansvar er alminnelig uaktsomhet. Hva gjelder styremedlemmer står disse i en særstilling ved at de er valgt til å forvalte selskapets

⁴²¹ Ot.prp nr. 55 (2005-2006) s. 167

⁴²² Reiersen (2007) s. 23, Perland (1999) s. 127

⁴²³ Aarum (1994) s. 221

⁴²⁴ NOU 1996:3s.197 og Rt. 1993 s. 20 hvor styremedlem ble frikjent erstatningsansvar etter tidligere aksjelov § 15-1, men idømt erstatning etter den alminnelige culpaparegen. Aarbakke (2012) s. 904

penger hvor aksjeeierne har et ansvar begrenset til sine innskudd i selskapet. Rt. 1991 s. 119 tar opp denne problemstillingen. Saken dreide seg om krav fra kreditorer overfor styremedlemmer hvis selskap var insolvent. Til dette uttaler Høyesterett at kreditorene som utgangspunkt må søke dekning i selskapskapitalen og «[d]ersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning[...]hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet». Dette tilsier at skal mer til for å kunne søke erstatning fra styremedlemmer enn ellers, da de står for forvaltningen av andres penger hvor aksjeeierne er beskyttet, men får alle fordeler av vellykket drift ved utbytte. Retten finner støtte i dette syn hos Gomard, som peker på at kreditorer tar en kalkulert risiko ved å yte kreditt.

På den andre siden fremhever retten i den ovenfor nevnte dom at nettopp på grunn av ansvarsbegrensningen så vil selskapet drive svært risikofylt virksomhet i forhold til selskapskapitalen kan «styret ikke uten videre henvise en kreditor som påføres tap ved styrets uaktsomhet, til å søke dekning hos et insolvent selskap».

Den tidligere nevnte dom i Rt. 1932 s. 951 er helt klar på at det må foretas en streng aktsomhetsvurdering i tilfeller hvor styremedlemmet har en egeninteresse i konflikt med selskapets drift. Denne uttalelsen har fått tilslutning i senere rettspraksis og teori.⁴²⁵ Dette er relevant for alle utslagene av lojalitetsplikten som drøftet i denne teksten da alle tilfeller dreier seg om opptreden i strid med selskapsinteressen.

Videre er det vanskelig å se for seg tilfeller hvor styremedlemmet har brutt lojalitetsplikt og at dette ikke samtidig er uaktsomt, og da særlig etter den strenge aktsomhetsnormen. I tillegg til den strenge aktsomhetsnormen så må det også konstateres at lojalitetsplikten, på grunn av tillitsforholdet en slik kontrakt innebærer, i alminnelighet er streng for styremedlemmer i aksjeselskaper. Da både handlingsnormen og den etterfølgende aktsomhetsvurderingen er strenge vil veien til erstatning ved brudd på lojalitetsplikten være kort. Dette belyses også av at partene i TGLOM-2007-135885 var enige i at dersom illojalitet forelå var også vilkåret om ansvarsgrunnlag oppfylt.

11.2 Vinningsavståelseskrav som brudd på lojalitetsplikten

11.2.1 Innledning

En utfordring med erstatningskrav som følge av brudd på lojalitetsplikten er at det ikke er sikkert at selskapet har lidd noe økonomisk tap. Videre kan det være en utfordring å sannsynliggjøre størrelsen på et slikt tap i et årsaksperspektiv. Dette gjelder særlig tilfeller av brudd

⁴²⁵ LA-1999-1426, TGLOM-2007-135885 og Aarum (1994) s. 352

på plikten til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet.⁴²⁶ På grunn av likhetene mellom illojal utnyttelse forretningsmuligheter og konkurransetilfellene vil rettsvirkningene av brudd på disse også være sammenliknbare. Dette er tatt stilling til i profitt-regelen fra *Regal-dommen*, hvor det heter at styremedlemmer må fralegge seg «all profits made» uten hensyn til om det selskap styremedlemmet har utvist illojalitet overfor har lidd skade eller ikke.⁴²⁷

11.2.2 Rettslig grunnlag for vinningsavståelse

Spørsmålet som reises i denne delen av oppgaven er hvorvidt det er grunnlag for at selskapet har et krav om at styremedlemmet fralegger seg den fortjeneste de har oppnådd følge av brudd på de ovenfor nevnte utslagene av styremedlemmenes lojalitetsplikt overfor selskapets interesser.

Selv om selskapsloven ikke gjelder for styremedlemmer i aksjeselskaper vil rettsvirkningene av brudd på konkurranseforbudet i sel. § 2-23 være av interesse, fordi det også for styremedlemmer i aksjeselskap gjelder et forbud mot illojal konkurranse som kan skade selskapets interesser. Slik sett vil rettsvirkningssiden av regelen ha en viss overføringsverdi til det foreliggende tilfellet. Etter bestemmelsen i sel. § 2-23 plikter deltakeren å tilbakebetale selskapet sin fortjeneste ved å ha deltatt i konkurrerende virksomhet. Dette kan ses som utslag av en restitusjonsregel og kan fungere som et alternativ til krav om erstatning.⁴²⁸ Begrepet «fordeler» viser imidlertid til et krav om vinningsavståelse som følge av rettsbrudd.⁴²⁹ Vinningsavståelseskrav er igjen er en underkategori av de såkalte berikelseskrav og ikke en restitusjonsregel da sistnevnte ikke krever rettsbrudd.⁴³⁰ Det er dermed vinningsavståelse som rettsvirkning av brudd på lojalitetsplikten som vil drøftes her.⁴³¹

Selskapslovens bestemmelse om vinningsavståelseskrav ved konkurrerende virksomhet er som tidligere lagt til grunn et utslag av lojalitetskravet i selskapsforhold. Selv om det kreves en større grad av lojalitet i selskap med ubegrenset ansvar for deltakerne har rettsvirkningene ved brudd på regelen en viss overføringsverdi til aksjeselskapsrettens lojalitetsplikt for styremedlemmer. Lojalitetsplikten skal sørge for at styremedlemmer ikke setter sine egne interesser foran selskapets, men som nevnt vil ikke erstatning kunne være en egnet reaksjon mot flere av disse tilfellene. Dette taler for at det for brudd på styremedlemmers lojalitetsplikt kan

⁴²⁶ Östberg (2016) s. 457

⁴²⁷ *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*

⁴²⁸ Bråthen (2013) s. 244

⁴²⁹ Rt. 2011 s. 1168 (22) og Monsen (2007) s. 367

⁴³⁰ Monsen (2007) s. 55 og 46

⁴³¹ Aarum (1994) s. 356-359 benytter restitusjonsbegrepet i sin drøftelse av dette tema. I tråd med Monsens fremstilling vil jeg benytte begrepet «vinningsavståelseskrav» om disse tilfellene.

reises krav om at styremedlemmene må tilbakebetale den vinning de har oppnådd ved den eller de illojale disposisjoner. At regelen i § 2-23 kommer i tillegg til den generelle erstatningsregelen viser at lovgiver har hatt som formål å etablere et særlig vern mot illojal opptreden ved å lage en lovbestemmelse om gir en adekvat reaksjon i de tilfellene hvor de alminnelige erstatningsreglene ikke nødvendigvis strekker til.⁴³²

Forbudet mot at styremedlemmer mottar godtgjørelse fra tredjemann i asl./asal. § 6-17 bærer preg av en regel om vinningsavståelse. Bestemmelsens tredje ledd krever at brudd på bestemmelsens forbud innebærer at godtgjørelsen «tilfaller selskapet». Dette får praktisk betydning ved at det ikke kreves at vilkårene for erstatning må foreligge.⁴³³ Regelen innebærer at returkommisjonen styremedlemmet har mottatt skal tilfalle selskapet uavhengig av om denne ville blitt ytt selskapet om styremedlemmet hadde handlet lojalt.⁴³⁴ Dette medfører at selskapet har krav på godtgjørelsen fra det tidspunkt denne er avtalt med den følge at styremedlemmet ikke kan trekke seg fra avtalen med tredjemann for at kravet skal bortfalle.⁴³⁵ Regelen som forbyr godtgjørelse fra andre enn selskapet er en regel som ivaretar og bygger på hensynet til at styremedlemmene må handle lojalt overfor selskapet og kan ikke sette sine egne interesser foran selskapets.⁴³⁶

En dom som er av interesse i denne forstand er Rt. 1966 s. 305. Denne saken dreide seg om en avtale mellom deltaker (A) som hadde trukket seg ut av selskap (X) som innebar at A måtte avstå fra forretninger med selskapets «faste forbindelser». A brøt deretter avtalen med X ved å inngå et certeparti med selskap Y. X fikk medhold i kravet om at A skulle tilbakeføre sin for tjeneste av certepartiet. Faktum har likhetstrekk både med læren om pliktene til å la forretningsmessige muligheter tilflyte selskapet og avståelse fra illojal konkurranse. Interessant i denne forbindelse er at det var på det rene at Y ikke ville ha inngått en tilsvarende avtale om certeparti med selskapet X. Dermed var det ikke tale om et alminnelig erstatningskrav. Til dette uttaler Høyesterett at «han under de foreliggende omstendigheter må ha plikt til å avstå til Sørensen[X] den kommisjon han har oppnådd. Dette må gjelde selv om det ikke kan påvises at Solvang[Y] ville ha etterkommet en anmodning fra Lund om å la Sørensen[X] formidle det nye certeparti». Uttalelsen viser at alminnelige erstatningsregler ikke ville kunne ført frem på grunn av årsakssammenhengen da Y ikke ville ha inngått den aktuelle avtalen med X. A

⁴³² Monsen (2007) s. 367

⁴³³ Andenæs (2006) s. 367

⁴³⁴ Aarbakke (2006) s. 502 og Monsen (2007) s. 368

⁴³⁵ Aarbakke (2012) s. 502, motsatt Bråthen (2001) s. 26

⁴³⁶ I asl./asal. §§ 3-7, 3-8 og 3-9 er alle regler som gir hjemmel for tilbakeføring. Se Aarbakke (2012) s. 195 og 213.

pliktet dermed «å sørge for at Sørensen[X] fikk vanlig kommisjon av certepartiet for det tilfellet at slik overføring skulle bli foretatt».

Både den overfor nevnte dom og sel. § 2-23 er relevante i forbindelse med styremedlemmers illojalitet overfor selskapets interesser da begge, i likhet med styrevervet, bygger på kontraktuelle forbindelser.⁴³⁷ I likhet med de to tilfellene i sel. § 2-23 og Rt. 1966 s. 305 har styremedlemmet, på grunn av sin lojalitetsplikt, gjort noe han har påtatt seg ikke å gjøre – nemlig å sette sine egne interesser foran selskapets.⁴³⁸ Avgjørelsen viser samtidig at det er adgang til krav om vinningsavståelse på ulovfestet grunnlag. Særlig gjelder dette i tilfeller der det er snakk om tillitsforhold hvor lojalitetsbetraktninger utgjør et sentralt element, men likevel er det sentrale element vinningsavståelsens ivaretagelse av preventive hensyn og ikke bruddet på lojalitetsplikten i seg selv.⁴³⁹

Aarum legger også til grunn at det det kan reises vinningsavståelseskrav mot illojal opptreden fra styremedlemmer i aksjeselskaper.⁴⁴⁰ Det pekes særlig på at et slikt krav kan ha praktisk betydning i de tilfeller hvor det er vanskelig å fastsette hvilket tap et selskap er påført som følge av illojaliteten, men likevel slik at erstatning og vinningsavståelsen i mange praktiske tilfeller vil være den samme.⁴⁴¹

Konklusjonen blir således at det er adgang for selskapet til å reise krav om vinningsavståelse dersom styremedlemmet har handlet illojalt ved ikke å la en forretningsmulighet komme selskapet til gode eller drevet konkurrerende virksomhet i strid med selskapets interesser.⁴⁴²

11.2.3 Krav om skyld for vinningsavståelse

Et underspørsmål er hvorvidt og i så fall hvilken grad av skyld som kreves for at et krav om vinningsavståelse.

I ansvarlige selskap er utgangspunktet at deltakeren på objektivt grunnlag skal tilbakeføre sin fortjeneste ved illojaliteten jf. § 2-23. Bestemmelsen i § 2-43.2 gir på grunn av henvisningen i § 2-23.2 mulighet til å lempe vinningsavståelseskravet avhengig av «utvist skyld, skadens størrelse, økonomisk evne og forholdene ellers». Av forarbeidene følger det forutsetningsvis at det dreier seg om fastsettelse av vinningsavståelseskravets størrelse basert på hva som i det

⁴³⁷ Forutsetningsvis Monsen (2007) s. 378

⁴³⁸ Monsen (2007) s. 378 med henvisning til *Attorney General v. Blake*

⁴³⁹ Monsen (2007) s. 379

⁴⁴⁰ Aarum (1994) s. 358

⁴⁴¹ Aarum (1994) s. 358

⁴⁴² Tilsvarende i svensk rett jf. Östberg (2016) s. 457

konkrete tilfellet er rimelig.⁴⁴³ På denne måten kan regelen tolkes slik at det dreier seg om et rent objektivt ansvar, men med mulighet til en skjønnsmessig fastsettelse av vinningsavståelseskravets størrelse.

Hva aksjeselskapsretten angår så er det også uklart hvorvidt eller i hvilken grad det kreves skyld for å ha krav på vinningsavståelse ved lojalitetsbrudd. Aarum legger tilsynelatende til grunn at det utelukkende kreves konstatert lojalitetsbrudd for et slikt krav uten at dette uttales helt uttrykkelig.⁴⁴⁴ I svensk rett åpner Östberg for at vinningsavståelse kan være en praktisk reaksjon mot lojalitetsbrudd, særlig plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet.⁴⁴⁵ Det fremheves at dette kan være aktuelt i tilfeller hvor de øvrige krav om erstatning ikke er oppfylt, for eksempel kravet om skyld.⁴⁴⁶

I angloamerikansk rett opereres det med helt objektive vinningsavståelseskrav ved brudd på lojalitetsplikten.⁴⁴⁷ Styremedlemmene plikter å «account for all profits made», altså å fralegge seg hele sin fortjeneste. En slik regel er godt egnet til å ivareta selskapets interesser ved lojalitetsbrudd fra styremedlemmer ved at denne ikke har mulighet til å gjøre noen fortjeneste på et slikt rettsbrudd. Således vil preventive hensyn i størst grad ivaretas ved en slik løsning.

I norsk rett konkluderer imidlertid Monsen med at det ikke er grunnlag for å oppstille noen generell ulovfestet regel om vinningsavståelseskrav på objektivt grunnlag på området for etterlikningsvernet.⁴⁴⁸ Derimot konkluderes det med at det kan oppstilles en slik regel i tilfeller hvor det foreligger alminnelig uaktsomhet.⁴⁴⁹ Dette harmonerer også godt med at det som utgangspunkt krever særskilt hjemmel for å fravike den alminnelige culpanormen.

Berg synes sterkt uenig i Monsens konklusjoner og uttaler at argumentene for et slikt berikessynspunkt bærer preg av en vurdering om «konkret rimelegheit av typen: "Det er for gale at den som har tent pengar på eit vis me ikkje likar, ikkje skal gje frå seg pengane til nokon me meiner heller skulle hatt pengane"». ⁴⁵⁰ Det pekes på at å etablere et vern for den krenkede ut over den alminnelige erstatningsretten krever særskilt hjemmel og dersom det skal etable-

⁴⁴³ Ot.prp nr 47 (1984-1985) s. 48-49

⁴⁴⁴ Aarum (1994) s. 358

⁴⁴⁵ Östberg (2016) s. 457

⁴⁴⁶ Östberg (2016) s. 457

⁴⁴⁷ Se *Boardman v. Phipps* og *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others*

⁴⁴⁸ Monsen (2007) s. 408

⁴⁴⁹ Monsen (2007) s. 413

⁴⁵⁰ Berg (2007) s. 171

res på ulovfestet grunnlag må utgangspunktet være forsett da det vil være en reaksjon som for krankere vil oppleves som straff.⁴⁵¹

Høyesteretts dom i Rt. 2007 s. 817 dreide seg om brudd på en konkurranseklausul i arbeidsforhold. Dommen åpner for at det kan være grunnlag for å reise krav om vinningsavståelse etter norsk rett, men vil ikke gå inn på hva vilkårene for dette er. Tilsynelatende legger domstolen opp til at det i hvert enkelt tilfelle må vurderes hvorvidt et slikt krav kan føre frem eller ikke.⁴⁵² Likevel fremheves at graden av skyld hos krenkeren er sentralt. I den konkrete saken var imidlertid simpel uaktsomhet ikke tilstrekkelig for å godta vinningsavståelseskrav. Implisitt kan det synes som at Høyesterett krever at den nedre grensen for å kunne tillate vinningsavståelseskrav ligger omkring grov uaktsomhet.⁴⁵³

Dommen er imidlertid av Monsen blitt sterkt kritisert hvor han oppfordrer Høyesterett til å ta til seg regelen slik den praktiseres etter engelsk rett og tilsvarende etter DCFR VI.-6:101(4).⁴⁵⁴ I tradisjonell lære om berikelseskrav generelt er det heller ikke oppstilt noe krav om skyld.⁴⁵⁵ Hagstrøm legger opp til at skyld inngår i en helhetlig vurdering hvor også tidsforløpet og den konkrete rimeligheten er sentrale.⁴⁵⁶

11.2.4 Konklusjon og vurderinger

På bakgrunn av de foreliggende (sprikende) rettskilder synes det vanskelig å gi en klar og tydelig konklusjon. Litteraturen gir ikke entydige svar og det er usikkert hva Høyesteretts obiter dictum i Rt. 2007 s. 817 egentlig viser til. I tråd med Høyesteretts uttalelser vil jeg konkludere med at det kan reises krav om vinningsavståelse ved brudd på styremedlemmers lojalitetsplikt. Det beror imidlertid på en konkret helhetsvurdering hvor skyldgraden er et sentralt moment i avveiningen. Tilsynelatende kreves det etter gjeldende rett et skjerpet krav til skyld, oppunder grov uaktsomhet for å kunne reise krav om vinningsavståelse etter gjeldende rett, men likevel slik at dette inngår i en konkret helhetsvurdering.

Min mening er imidlertid at lovgiver bør komme på banen og vurdere å innføre en regel slik som i britisk og amerikansk rett da dette vil ivareta selskapets interesser fullt ut ved lojalitetsbrudd. På den andre siden vil det ved lojalitetsbrudd i mange praktiske tilfeller ikke spille

⁴⁵¹ Berg (2007) s. 173-174

⁴⁵² Hagstrøm (2011) s. 687 legger også opp til en konkret helhetsvurdering

⁴⁵³ Se Rt 2006 s. 321 for grov uaktsomhet

⁴⁵⁴ Monsen (2010) s. 4

⁴⁵⁵ Hagstrøm (2011) s. 685-686

⁴⁵⁶ Hagstrøm (2011) s. 687

noen rolle om skyldkravet settes høyt da styremedlemmer nok «måtte vite»⁴⁵⁷ at en forretningsmulighet i selskapets virksomhetsområde må tilflyte selskapet.

⁴⁵⁷ «måtte kjenne til» slik dette er formulert i blant annet kjøpsloven § 19.1.b innebærer nærmest et krav om grov uaktsomhet. Hagstrøm (2011) s.163-164

12 Avsluttende bemerkninger

Engasjementsavtalen etablerer et sterkt tillitsbånd mellom selskapet og det enkelte styremedlem. Dette fører til at det for styremedlemmer som utgangspunkt gjelder et strengt krav om lojalitet overfor selskapets interesser.

Som vist i oppgaven gir styremedlemmers ulovfestede lojalitetsplikt opphav til en rekke plikter. Blant disse er plikten til å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet, unngå illojal konkurranse med selskapet og taushetsplikt om selskapsskadelige opplysninger sentrale. Innholdet i disse pliktene beror på konkrete vurderinger av hvorvidt styremedlemmets handlinger var illojale. Oppgaven har søkt å belyse de sentrale momenter i denne vurderingen. Lojalitetsplikten som målestokk er imidlertid vag og kan for styremedlemmer by på kompliserte grensdragninger.

Som fremstillingen her også har belyst har det etter aksjelovene fra 1997 trådte i kraft vært en økning i antallet saker om styreansvar med den følge at det ofte er blitt ansvarsfullt å sitte i styret i et selskap. Da den ulovfestede lojalitetsplikten er så omfattende som beskrevet i denne oppgaven, med sammensatte og ofte kompliserte vurderingstema, vil dette ikke alltid være forutberegnlig og enkelt for styremedlemmer å forholde seg til. Mangelen på forutberegnlighet i kombinasjon med en økende tendens til styreansvar skaper etter min vurdering behov for klargjøring av hvilke rettslige krav som stilles til styremedlemmer.

Rettspraksis knyttet til styremedlemmers lojalitetsplikt er som vist i oppgaven sparsom og nokså fragmentert. Aksjelovene gir heller ingen klare føringer. NUES anbefalingen nøyer seg med å påpeke at styremedlemmer skal være uavhengige av interessegrupper internt i selskapet så vel eksterne påvirkninger og at styremedlemmer med mange styreverv må være påpasselige for ikke å komme i interessekonflikter. Ut over å advare mot interessekonflikter tar heller ikke NUES-anbefalingen for seg noen av de konkrete lojalitetspliktene slik som taushetsplikt, unnløstelse av å la forretningsmuligheter tilflyte selskapet eller deltakelse i konkurrerende virksomhet. I den amerikanske «corporate governance»-koden, ALI Principles V:1, er disse pliktene utførlig konkretisert. Selv om ikke «corporate governance»-koden er bindende rett ville man ved å gjøre oppmerksom på disse spørsmålene klargjort for styremedlemmer hvilke regler de bør forholde seg til.

I britisk rett har man gjennom praksis i flere århundre utviklet prinsippet om lojalitet for styremedlemmer og disse reglene har dannet grunnlag for tilsvarende normer over hele ver-

den.⁴⁵⁸ Alle de tidligere domstolsskapt britiske reglene ble i 2006 kodifisert i CA.⁴⁵⁹ Dette har skapt forutberegnelighet i tillegg til en opprydding i eventuelt avvikende og inkonsistent praksis. I dansk og tysk rett er også enkelte av reglene som i norsk rett må utledes fra det ulovfestede lojalitetsprinsippet inntatt i lovverket.⁴⁶⁰

Det synes ikke å være noen praktiske hindre mot at tilsvarende lovfesting gjøres i norsk rett, og som jeg har vist ville dette vært hensiktsmessig. For det første ville en lovregulering som nevnt vært egnet til å klargjøre for styremedlemmer hvilke plikter de har å forholde seg til. For det annet burde det etter mitt skjønn i den sammenheng vurderes hvorvidt det er grunnlag for vinningsavståelseskrav som følge av brudd på forbudet mot å utnytte selskapets forretningsmuligheter og illojal konkurranse.

⁴⁵⁸ Se pkt. 3.4 for en komparativ oversikt over lojalitetspliktens opphav.

⁴⁵⁹ Se pkt. 7.2 for den britiske og amerikanske lære om «corporate opportunities» og plikten til å unngå interessekonflikter.

⁴⁶⁰ Se om konkurranseforbudet i Aktiengesetz § 88 i kap. 8 og kap. 9 for taushetsplikten i Aktiengesetz § 93, § 116 og danske SL § 132.

Litteraturliste

Reglement for masteroppgaver og universitetsbibliotekets veiledning for henvisninger:
<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/Reglementmasteroppgaverrettsvitenskap.html>

<http://www.ub.uio.no/skrive-referere/fag/rettsvitenskap.html>

Litteratur

- Aarbakke (2012) Aarbakke, Magnus, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, mfl. «Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentanutgave» 3. Utgave 2012
- Aarum (1994) Aarum, Kristin Normann «Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper», 1994
- Andenas og Wooldridge (2009) Andenas, Mads T., Frank Wooldridge «European Comparative Company Law», 2009
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry «Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper» 2. utgave, 2006
- Andenæs (2007) Andenæs, Mads Henry «Selskapsrett», 2007
- Andenæs og Bjørge (2012) Andenæs, Mads og Eirik Bjørge «Menneskerettene og oss», 2012
- Andenæs, Konkursrett Andenæs, Mads Henry «Konkursrett» 3. utgave, 2006
- Bayness (2002) Bayness, Leonard M, «Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act», St. Johns Law Review, Vol 76, 2002, s. 875-896

- Berg (2007) Berg, Borgar Høgetveit, «Frålegging av vinning –eit alternative til erstatning ved brot på konkurranseklausular? Replik til Erik Monsen etter Rt-2007-817», Tidsskrift for forretningsjus, nr 3, 2007, s. 167-179
- Bergström (2015) Bergström, Clas, Per Samuelsson, «Aktiebolagets grundproblem», 2015
- Bjørnebye (2008) Bjørnebye, Andreas «Lojalitetskrav etter oppfylt kontrakt», i: «Aktuell immaterialrett», Aase Gundersen og Are Stenvik (red.) i samarbeid med BA-HR, 2008 s. 21-51
- Block (1988) Block, Dennis J., Nancy E. Barton, Stephen A. Radin, «The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers» 2. Utgave, 1988
- Brudney (1981) Brudney, Victor og Robert Charles Clark «A New Look at Corporate Opportunities», Harvard Law Review, 1981, Vol.94(5), s.997-1062
- Bråthen (2001) Bråthen, Tore «Illojale godtgjørelser» i «Moderne forretningsjus», Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red.), 2001
- Bråthen (2009) Bråthen, Tore «Styremedlem og aksjonær», 2. utgave, 2009
- Bråthen (2013) Bråthen, Tore, «Selskapsrett», 4. utgave, 2013
- Bråthen (2014) Bråthen, Gina «Kapitalforhøyelse i henhold til styrefullmakt» 2014

- Bråthen (2015) Bråthen, Tore (2015) Note 1197 til Aksjeloven 6-23 i Norsk lovkommentar nettversjon, 19.1.2015 [sist sjekket 29.5.2016]
- Christiansen (1999) Christiansen, Erik Wendelboe og Finn Schwartz «Konkurrencebælgrensningssavtaler i ansættelsesretten», 1999
- Christoffersen (2016) Christoffersen, Margrethe Buskerud «Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis» i «Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm», Erling Hjelmeng (red.), 2016
- Davies (2008) Davies, Paul L. «Gower and Davies' Principles of Modern Company Law», 8. utgave, 2008
- Davies og Worthington (2012) Davies, Paul L., Sarah Worthington «Gower & Davies Principles of modern company law» 9. Utg., 2012
- Dotevall (1989) Dotevall, Rolf «Skadeståndsansvar för styrelseledanmot och verkställande direktör», 1989
- Dotevall (2015) Dotevall, Rolf «Aktiebolagsrätt – fördjuping och komparativ belysning», 2015
- Eckhoff (1976) Eckhoff, Torstein «Medbestemmelse. Informasjon, taushetsplikt, habilitet», Lov og Rett, 1976 s. 92-99
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, «Rettskildelære» 5. utgave ved Jan E. Helgesen, 2001
- Eggen (2002) Eggen, Kyrre «Ytringsfrihet - Vernet om ytringsfriheten i norsk rett» 2002

- Eggen (2004) Eggen, Kyrre, «Ansattes ytringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldne lenker?», Arbeidsrett, 01/2004 s. 2-23
- Elvestad (2011) Elvestad, Maren «Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold», Arbeidsrett, 03-04 / 2011 s.130-142
- Eriksen (2016) Eriksen, Birthe «Arbeidstakers rett til å varsle om "kritikkverdige forhold" etter arbeidsmiljøloven § 2-4 (1) – med særlig vekt på varsling i aksjeselskap», 2016
- Fleischer (2006) Fleischer, Holger «Handbuch des Vorstandsrecht» 1. Utg, 2006 (nettutgave på www.beck-online.de)
- Fliflet (2014) Fliflet, Arne (2014) Note 229 til Grunnloven § 100 i Norsk lovkommentar nettversjon, 27.4.2014 [sist sjekket 29.5.2016]
- Graver (2006) Graver, Hans Petter «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 02-03, 2006 s. 189 - 221
- Grossfeld (2006) Grossfeld, Bernhard «Management and Control of Marketable Share Companies» i «International Encyclopedia of Comparative law: Business and Private Organizations», Conrad, Alfred (red.) og Detlev Vagts, Vol 13, Kapittel 4, 2006
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend, «Kontraktsforpliktelser» 2. utgave, 2013
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo «Obligasjonsrett», 2. utgave, 2011

- Hov (2009) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, «Alminnelig avtalerett» 1. utgave, 2009
- Irgens-Jensen (2010) Irgens-Jensen, Harald «Bedriftens hemmelighet – og rettighet?», 2010
- Jensen (1976) Jensen, Michael C. og William H. Meckling «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», Journal of Financial Economics, 1976, Vol 3, nr. 4, s. 305-360
- Jerkø (2012) Jerkø, Markus «En taksonomi over rettslige prinsipper», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 01-02, 2012, s. 1-48
- Kershaw (2005) Kershaw, David, «Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective», Oxford Journal of Legal Studies, 2005, Vol 25, Nr. 4 s. 603-627
- Kershaw (2012) Kershaw, David «Company Law in Context», 2. utgave, 2012
- Knudsen (2015) Knudsen, Gudmund, «Styremedlemmers taushetsplikt. Særlig overfor staten som aksjeeier og Stortinget», Lov og Rett vol. 54, nr 6, 2015, s 363-380
- Koh (2003) Koh, Pearlie, «Once a director, always a fiduciary? », The Cambridge Law Journal, 2003, Vol.62 (2), s.403-443
- Krüger Andersen (2013) Krüger Andersen, Paul «Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber» 12. Utg. 2013

- Lane (2015) Lane, Marc J. «Representing Corporate Officers, Directors, Managers, and Trustees» 2. utgave, 2015
- Lassen (1988) Lassen, Birger Stuevold, « Om tyveri av bygninger og anlegg – idébeskyttelse og vern mot etterlikning, Innledningsforedrag 16. oktober 1986 i Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett», 1988
- Lowry (2000) Lowry, John, Rod Edmunds, «The no conflict-no profit rules and the corporate fiduciary: challenging the orthodoxy of absolutism», Journal of Business Law, Mars, 2000, s.122-142
- Lunde (2001) Lunde, Tore «God forretningsskikk næringsdrivande imellom», 2001
- Lunde (2015) Lunde, Tore, Ingvind Mestad og Terje Lundby Michaelson, «Markedsføringsloven med kommentar» 2. utg., 2015
- Monsen (2007) Monsen, Erik «Berikelseskrav-Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav», 2007
- Monsen (2010) Monsen, Erik «Erstatningskrav, vederlagskrav og vinningsavståelseskrav – noen utviklingstrekk» Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett, 2010, s.1-4
- Munukka (2007) Munukka, Jori «Kontraktuell Lojalitetsplikt», 2007
- Munukka (2015) Munukka, Jori «The Contractual Duty of Loyalty: Good Faith in the Performance and Enforcement of Contracts», i «The Nordic Contracts Act, Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary», 2015 s. 203-217

- Mähönen (2016) Mähönen, Jukka og Seppo Villa «Aktiebolag i almäna läror», 2016
- Nathan (2010) Nathan, Charles «Maintaining Board Confidentiality», Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 23.1.2010, <https://www.lw.com/thoughtLeadership/maintaining-board-confidentiality> [sitert 29.1.2016]
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette, «Lojalitetsplikt i kontraktsforhold» 2007
- Perland (1999) Perland, Olav Fr., «Styreansvar etter de nye aksjelovene - har ansvaret blitt skjerpet?», Tidsskrift for forretningsjus 1999 – 2, s 125-159
- Perland (2013) Perland, Olav Fr. «Styremedlemmers erstatningsansvar», Praktisk økonomi & finans, 02, 2013
- Ramberg (2013) Ramberg, Christina, « Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt» Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 126, 4-6, 2013, s. 521-530
- Reiersen (2007) Reiersen, Hedvig Bugge «Ansvarsbegrensning og ansvarsfrihet i aksjeselskaper» 2007
- Reiersen (2015) Reiersen, Hedvig Bugge «Aksjelovens utdelingsbegrep», 2015
- Renshall (1990) Renshall, Michael, Keith Walmsley «Butterworths Company Law Guide» 2. Utg. 1990

- Rutledge (2010) Rutledge, Thomas E. og Geu, Thomas Earl "The analytic protocol for the duty of loyalty under the Prototype LLC Act.", *Arkansas law review*, 2010 Volum: 63 hefte: 3 s. 473
- Schans Christensen (2014) Schans Christensen, Jan. «Kapitalselskaber : aktie- og anpartsselskabsret» 2014
- Schmitthoff (1968) Schmitthoff, Clive M, Thompson, James H. «Palmer's Company Law» 21. Utg. 1968
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse «Prekontraktuelt ansvar», 1997
- Sjåfjell (2009) Sjåfjell, Beate «Towards a Sustainable European Company Law; A Normative Analysis of the Objective of EU Law, with the Takeover Directive as a Test Case», 2009
- Sjåfjell (2011) Sjåfjell, Beate «Kan aksjeselskaper sette miljøet foran gevinstkravet?», *Jussens Venner* 2011, 309-324
- Sjåfjell (2015) Sjåfjell, Beate «Sustainable Companies: Possibilities and Barriers in Norwegian Company Law», i *International and Comparative Corporate Law Journal*, Institute of Advanced Legal Studies, Mads Andenæs mfl (red.), Vol 11, 2015, Issue 1
- Skåre (1987) Skåre, Jan og Gudmund Knudsen, «Lov om aksjeselskaper : lov 4. juni 1976 nr. 59 : med kommentarer», 3. utgave 1987
- Smith (1988) Smith, Lucy «Kampen på aksjemarkedet», 1988

- Steinfeld (2007) Steinfeld, Alan, Martin Mann, Richard Richie, Elizabeth Weaver m.fl. «Blackstone's Guide to The Companies Act 2006», 2007
- Swartz (2005) Swartz, Mark S., Thomas W. Dunfee, Michael J. Kine, «Tone at the Top: An Ethics Code for Directors», Springer Journal of Business Ethics, 2005, 58: s. 79-100
- Taxell (1983) Taxell, Lars Erik, «Aktiebolagets organisation», 1983
- Told (2015) Told, Julia «Business Judgment Rule: A Generally Applicable Principle? », European Business Law Review, Volume 26 (2015) Issue 5, s. 713–732
- Truyen i JV (2004) Truyen, Filip «Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper», Jussens Venner, 05-06, 2004 s. 305-328
- Truyen (2005) Truyen, Filip «Aksjonærens myndighetsmisbruk – En studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper», 2005
- Ulseth (2014) Ulseth, Therese Smith «Taushetsplikt for ansattevalgte styremedlemmer» Lov og rett, Nr. 1, 2014 s. 45-60
- Werlauff (1991) Welauff, Erik, «Selskabsmasken: loyaltetspligt og generalklausul i selskabsretten», 1991
- Werlauff (2013) Werlauff, Erik «Selskabsret» 9. utg, 2013

- Wik (2013) Wik, Toril og Nils Sortland «Varsling – Fra problem til verdi», 2013
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir «Selskapsrett» 5. utgave, 2014
- Xu (2013) Xu, Guangdong, Tianshu Zhou, Bin Zeng og Jin Shi, «Directors' Duties in China», European Business Organization Law Review, Cambridge, Vol 14, Issue 01, 2013, s. 57-95
- Ytre-Arna (2015) Ytre-Arna,(2015) Note 58 til Arbeidsmiljøloven § 2-4 i Norsk lovkommentar nettversjon, 26.5.2015 [sist sjekket 29.5.2016]
- Zaynet (1991) Zaynet, Michael «The Delaware effect» i The ELSA law review Bryssel : ELSA 2 :1991 :1
- Östberg (2016) Östberg, Jessica «Styrelseledamöters lojalitetsplikt – särskilt om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter» 2016

Lovregister:

- Aml. LOV-2005-06-17-62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- Asal. LOV-1997-06-13-45 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
- Asl. LOV-1997-06-13-44 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)
- Grl. LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov
- Mfl. LOV-2009-01-09-2 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).
- Mnskrl. LOV-1999-05-21-30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Rskl. LOV-1998-07-17-56 Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).
- Sel. LOV-1985-06-21-83 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven)
- Strl.
2005 LOV-2005-05-20-28 Lov om straff (straffeloven).
- Strl.
1902 LOV-1902-05-22-10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).
- Vphl. LOV-2007-06-29-75 Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)

Forarbeider

Innst.S.nr.210 (2002-2003) «Stortingets kontrollfunksjon»

Innst.S nr. 75 (2005-2006) «Endring i Grunnloven § 100»

Innst. O. nr. 6 (2006-2007) «Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)»

NOU 1980: 19 «Lov om selskaper m.v.»

NOU 1992: 29 «Lov om aksjeselskaper»

NOU 1996: 3 «Ny aksjelovgivning»

NOU 1999:27 « "Ytringsfrihed bør finde Sted" Forslag til ny Grunnlov § 100»

NUT 1970:1 «Innstilling til lov om aksjeselskaper»

Ot.prp. nr. 7 (1971-1972) «Om lov om endringer i lov av 6. juli 1957 om aksjeselskaper»

Ot.prp. nr 19 (1974-1975) «Om lov om aksjeselskaper»

Ot.prp. nr. 47 (1984-1985) «Om lov om ansvarlige selskaper og komandittselskaper (selskapsloven)»

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

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

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) «Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)»

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

Ot.prp.nr.84 (2005-2006) «Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)»

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) «Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)»

St.meld. Nr. 26 (2003-2004) «Om endring av Grunnloven § 100»

Dommer

Høyesterett:

Rt. 2014 s. 422	
Rt. 2014 s. 100	
Rt. 2013 s. 241	«Stangeskovene»
Rt. 2012 s. 543	
Rt. 2012 s. 1779	
Rt. 2012 s. 1628	«Nordavis»
Rt. 2011 s. 65	
Rt. 2011 s. 257	
Rt. 2010 s. 103	
Rt. 2008 s. 385	«Arkatunet»
Rt. 2007 s. 817	
Rt. 2005 s. 268	«Panfish»
Rt. 2003 s.825	
Rt. 2003 s. 1614	
Rt. 2002 s. 1155	
Rt. 2000 s. 2033	«Sundal Collier»
Rt. 1999 s. 408	
Rt. 1998 s. 1315	«Norges is»
Rt. 1997 s. 1821	«Kjuus»
Rt. 1996 s. 742	«Minnor»
Rt. 1996 s. 1401	«Autronica»
Rt. 1995 s. 1460	«Haughom»
Rt. 1994 s. 775	«Yousuf»
Rt. 1993 s. 20	
Rt. 1993 s. 1399	«Ytternes»
Rt. 1990 s. 607	«Viking»
Rt. 1990 s. 330	
Rt. 1988 s. 1078	«Skipsgaranti»
Rt. 1984 s. 28	«Tromsø sparebank»
Rt. 1981 s. 990	
Rt. 1973 s. 821	
Rt. 1957 s. 257	
Rt. 1937 s. 931	
Rt. 1937 s. 439	
Rt. 1936 s. 909	«Gleditsch»

Rt. 1932 s. 951
Rt. 1922 s. 272 «Freia»
Rt. 1893 s. 875
Rt 2011 s. 1168
Rt 1991 s. 119
Rt 1966 s. 305
Rt 1961 s. 965

HR-2001-556

Underrettene:

LA-2013-32986

LA-1999-1426

LB-2015-17110

LB-2013-170795

LB-2012-174330

RG 2010 s. 914 (Borgarting)

LB-2006-157959

LF-2015-78067

LF-2004-3404

TOSLO-2006-31826

TGLOM-2007-135885

Utenlandsk rettspraksis:

Storbritannia:

- Aberdeen Railway Co v. Blackie Bros.* [1854] 1Macq 461
- Parker v McKenna* [1874-75] LR 10 Ch App 96
- Re Forest of Dean Coal Mining Co.* [1878] (10 C.D. 450)
- Hutton v. West Cork Railway* [1883] 23 Ch D 654
- Percival v. Wright* [1902] 2 Ch. 421
- Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cunninghame* [1906] 2 Ch 34, 42
- Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver and others* [1942] 1 All ER 378, [1942] UKHL 1
- Boardman v. Phipps* [1966] UKHL 2, [1967] 2 AC 46, [1966] 3 All ER 721
- Holder v. Holder* [1968] Ch 353
- Gaiman v. National Association for Mental Health* [1971] Ch. 317
- Industrial Development Consultants v. Cooley* [1972] 1 WLR 443

Island Export Finance Ltd. v. Island Export Finance Ltd. v. Umunna [1986]
Umunna B.C.L.C 460

West Mercia Safetywear Ltd v. Dodd *West Mercia Safetywear Ltd v. Dodd* [1988] DCLD
250

Bristol and West Building Society v. Bristol and West Building Society v. Mothew [1998]
Mothew Ch. 1, 18

Attorney General v. Blake *Attorney General v. Blake* [2001] 1 AC 268

CMS Dolphin Ltd v. Simonet *CMS Dolphin Ltd v. Simonet* [2001] 2 B.C.L.C 704

In Plus Group Ltd. v. Pyke *In Plus Group Ltd. v. Pyke*[2002] 2B.C.L.C. 201, CA

Bhullar v. Bhullar *Bhullar v. Bhullar* [2003] EWCA Civ 424, 2 BCLC
241

USA:

Guth v. Loft Inc *Guth v. Loft Inc*, 5 A2d 503 (Del Ch 1939)

Durfee v. Durfee & Canning (1948) *Durfee v. Durfee & Canning* (1948) 80 N.E. 2d 522

Miller v. Miller *Miller v. Miller* 222 N.W.2d 71 (1974)

In re Digex, Inc. Shereholders Litiga- In re Digex, Inc. Shereholders Litigation, 789 A.d
tion 1176 (Del. Ch. 2000)

New Zealand

Arklow Investment Ltd v. Maclean *Arklow Investment Ltd v. Maclean* [2000] 1 WLR
594

Vedtak og rapporter:

Sivilombudsmannen «Undersøkelse av eget tiltak - offentlig ansattes yringsfrihet», sak 2015/940, 22.12.15 [sitert 23.2.2016]

Sivilombudsmannen «Årsmelding for 2007» Dokument nr. 4 (2007-2008)

Høringsuttalelser

Bråthen (2016)

Bråthen, Tore «Vimpelcom-høring i Kontroll- og konstitusjonskomiteen» 27.5.2016 (opptak tilgjengelig via:

<http://www.vgtv.no/#!/live/128184/vimpelcom-hoering-i-kontroll-og-konstitusjonskomiteen>)

Traktater

EMK

The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950

DCFR

Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)

Utenlandske lover:

Storbritannia

CA

Companies Act 2006 (c. 46)

Tyskland

Aktiengesetz

Aktiengesetz, BGBI. I 1089, FNA 4121-1

Danmark

SL

LBK nr 1089 af 14/09/2015
(Selskabsloven)

Finland

ABL

01/09/2006; L 625/2006 (Aktiebolagslag)

Corporate governance

American Law Institute, «Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations» Volume 1, Washington D.C, 1992 (ALI Principles vol 1)

NUES anbefaling om Corporate Governance. www.nues.no
<http://www.nues.no/filestore/Dokumenter/Anbefalingene/2014/2014-10-30Anbefaling2014NORweb.pdf>