



**”En presentasjon av aksjelovens § 3-8”.
Livets rett eller overflødig papirarbeid.**

av Magnus Nordøy Snellingen

17.372 ord

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Tema og rettslig plassering	4
1.2 Videre fremstilling	6
2. De relevante rettskildefaktorer for § 3-8.....	7
2.1 Forarbeider	7
2.2 Rettspraksis	7
2.3 Sentrale hensyn	8
2.4 Teori	8
2.5 Corporate Governance.....	8
3. EU retten	9
3.1 Norges forhold til EU retten.....	9
3.2 EUs andre selskapsdirektiv - Kapitaldirektivet	9
4. Utviklingen av § 3-8	11
4.1 Den historiske utviklingen av § 3-8	11
4.2 Bakgrunnen for endringene av 1. januar 2007.	12
5. Nærmere om aksjelovens § 3-8 – vilkår.	13
5.1 ”Avtale”	13
5.1.1 Avtaler som er regulert i øvrige deler av aksjelovgivningen	14
5.1.2 Gaver	14
5.1.3 Selskapets erverv av egne aksjer	16
5.1.4 Fusjon	18
5.2 Utvidelsen av personkretsen ved etterkontrollen.	19
5.2.1 Aksjeeier.....	19
5.2.2 Aksjeeiers morselskap.....	20
5.2.3 Styremedlem og daglig leder.....	22
5.3 Unntakene.....	23
5.3.1 Nr. 1 – Avtaler inngått i samsvar med reglene i §§ 2-4, 2-6 og 10-2.....	23
5.3.2 Nr. 2 - Avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder og styremedlem.....	24
5.3.3 Nr. 3 - Avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering.	25
5.3.4 Nr. 4 – Selskapets ”vanlige” avtaler.....	26
5.3.5 Nr. 5 - Økningen til 50.000 som minste sum.	27

5.4	Presiseringen i henvisning til § 2-6 i § 3-8 2.ledd.....	29
5.5	Utvidelsen av personkretsen i 4.ledd.....	30
5.5.1	”nærstående”	30
5.5.2	”handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd”	30
6.	Nærmere om § 3-8 – saksbehandlingen.....	32
6.1	Styrets saksbehandling	32
6.2	Generalforsamlingens behandling av avtalen	33
6.3	Meldingen til foretaksregisteret.	33
7.	Nærmere om § 3-8 – konsekvenser av brudd på regelen.....	34
7.1.1	Tilbakeføringsplikt ved manglende godkjenning på generalforsamling.....	34
7.1.2	Tredjemenn.....	35
7.2	Ansvar etter § 3-7 andre ledd.	35
7.3	Finnes det en tidsbegrensning for tilbakesøkningskravet?.....	35
8.	Endring av EUs andre selskapsdirektiv.	38
8.1	Unntakene fra artikkel 10.....	38
8.2	Implementering av endringene i Norge.....	39
9.	Behovet for § 3-8	40
9.1	Hindre etterstiftelse	41
9.2	Vern av aksjeminoriteten.	41
9.2.1	Likhetsgrunnsetningen	42
9.2.2	Myndighetsmisbruk.....	42
9.2.3	Habilitetsreglene.....	44
9.3	I hvilken grad ivaretas aksjeminoriteten gjennom andre regler?	45
9.4	Kreditorvern	46
9.4.1	Krav til forsvarlig egenkapital.....	46
9.4.2	Utdelingsreglene.....	47
9.4.3	Styret og daglig leders plikt til en forsvarlig selskapsforvaltning.....	47
9.4.4	Selskapets vedtektsbestemte formål.....	48
10.	Sammenfatning – livets rett, kritikken til tross.	48
11.	Litteraturliste:	52

1. Innledning

1.1 Tema og rettslig plassering

Som større aksjeeier i et aksjeselskap kan man lett havne i en interessekonflikt. Konflikten innebærer typisk at aksjeeieren har en sterk posisjon i forhold til selskapet, og derfor vil kunne tappe det for verdier. De aller fleste avtaler selskapet inngår er som ledd i dets næringsvirksomhet der det konkurrerer på et marked som regulerer prisen på selskapets varer og tjenester, avhengig av tilbud og etterspørsel. I de tilfellene der det er aksjeeier som inngår slike avtaler vil disse markedskreftene bli tilsidesatt siden aksjeeieren sitter på begge sider av bordet. Aksjeeieren vil, beroende på graden av selskapsinnflytelse, kunne fastsette prisen på den aktuelle ytelsen mellom han og selskapet. Dersom aksjeeieren betaler selskapet mindre for ytelsen enn hva den er verdt, eller selger noe til selskapet til overpris, vil dette innebære en forringelse av selskapets kapital til fordel for aksjeeieren.

Dersom man bare ser på selskapet og den aktuelle aksjeeier, er dette uproblematisk. Men det er langt flere personer, fysiske og juridiske, som har interesser i selskapet. Selskap har ofte mange aksjeeiere som ved slik tapping vil oppleve at selskapets verdi reduseres, og eventuelt at selskapet går konkurs. Dette innebærer at deres investeringer synker i verdi eller går tapt. Videre vil selskapet ha kreditorer som har utestående krav på selskapet. For kreditorene er det derfor viktig at ikke selskapets dekningsmulighet forringes. I tillegg vil ansatte i selskapet ha en sterk interesse i at selskapet går bra slik at deres arbeidsplasser sikres.

For å sikre at slik tapping av selskapet ikke forekommer, har lovgiver oppstilt regler for hvordan avtaler mellom selskapet og visse nærmere angitte personer skal foregå. I aksjeloven og allmennaksjelovens § 3-8 er det krav til saksbehandlingen for at slike avtaler skal være bindende for selskapet. I tillegg til saksbehandlingsregler stilles det også et materielt krav om at det må være "rimelig samsvar" mellom ytelsene.

Det er tre formål som særlig søkes oppnådd i bestemmelsen. For det første skal den hindre omgåelse av de strenge reglene i aksjelovens kapittel 2 om redegjørelse og revisorgodkjennelse for innskudd med andre verdier enn norske penger (tingsinnskudd). Regelen omtales som et forbud mot "etterstiftelse" og har sin bakgrunn i EU-retten. For det andre skal bestemmelsen sikre minoritetsaksjeeierne, gjennom krav om behandling på

generalforsamling, og derigjennom tilrettelegge for likebehandling av aksjeeierne. For det tredje skal regelen bidra til å verne kreditorene gjennom et krav om melding til foretaksregisteret, slik at det oppnås publisitet rundt avtaler som kan føre til at selskapet blir mindre søkegod.

Paragraf 3-8 er interessant litt atypisk som saksbehandlingsregel siden det avgjørende er å sikre åpenhet. Det materielle, å sikre en riktig beslutning, er mindre sentralt enn hva som oppbærer saksbehandlingsreglene i forvaltningsretten og prosesslovene. At åpenhet også er viktig i denne sammenheng er noe annet.

Temaet for oppgaven er aksjelovens § 3-8 og de endringer som er foretatt av bestemmelsen. Regelen er interessant da den er en meget sentral bestemmelse som i utgangspunktet omhandler alle avtaler som inngås mellom selskapet og dem som er angitt i § 3-8, 1.ledd. Den har derfor stor praktisk betydning i næringslivet, og både styremedlemmer og advokater må regelmessig ta stilling til om bestemmelsen omfatter den aktuelle avtale. Videre har regelen vidtrekkende konsekvenser dersom den ikke blir fulgt. I verste fall kan brudd føre til at inngått avtale blir ansett ikke bindende i ettertid. For både selskapet og medkontrahenten kan dette ha store følger blant annet gjennom at ytelsene vil måtte tilbakeføres. Den som ulovlig har utdelt ytelsen vil kunne oppleve å bli holdt erstatningsansvarlig overfor selskapet, kreditorene eller aksjeeierne. Dette erstatningsansvaret kan bli omfattende.

Paragraf 3-8 har, siden den kom inn ved de nye aksjelovene, blitt endret flere ganger. Fra først å være en ren regel om etterstiftelse som nevnt over, omfatter den nå alle avtaler gjennom hele selskapets levetid. Selv om regelen ble endret med virkning fra 1. januar 2007 er det allerede visse mindre endringer på trappene, spesielt med tanke på § 2-6 som har direkte betydning for § 3-8. Så langt har ikke de siste endringene av § 3-8 i særlig grad vært behandlet i juridisk teori.

Rettskildemessig har også § 3-8 interesse fordi denne er et resultat av at Norge i 1994 inngikk EØS-avtalen. Med avtalen fulgte en forpliktelse for Norge til å innta store deler av EUs omfattende regelverk. Med dette regelverket fulgte også EU sine selskapsdirektiver som medførte at Norge måtte foreta justeringer i aksjelovene. Under disse justeringene ble også regelen om etterstiftelse innført. EU-retten er i stadig forandring, og også disse endringene vil ha betydning for hvordan norsk aksjelovgivning vil se ut i fremtiden.

Det er i juridisk teori fremsatt til dels omfattende kritikk av regelen. Kritikken går i hovedsak ut på at § 3-8 går for langt, og at denne medfører unødvendig mye ekstraarbeid og kostnader. Det er fra flere hold hevdet at de øvrige reglene i aksjelovene i tilstrekkelig grad ivaretar de formål § 3-8 vil fremme. Dette er de spesifikke reglene for transaksjoner slik som gaver, utdeling og kapitalforhøyelse. I tillegg til disse vil de mer generelle reglene om forbud mot myndighetsmisbruk og krav til forsvarlig egenkapital langt på vei ivareta de samme formål som § 3-8. Lovgiver på sin side anser § 3-8 nødvendig for å oppnå åpenhet rundt transaksjoner der partene kan ha kryssende interesser. Uenigheten gjelder ikke bestemmelsens intensjon om åpenhet, men snarere om middelet for å oppnå dette formål.

Konklusjonen av denne fremstillingen er at de øvrige reglene på mange måter ivaretar § 3-8 sitt formål, men at disse reglene alene ikke oppnår tilstrekkelig åpenhet rundt de mulige tvilsomme transaksjoner slik at de kan angripes. Derfor har § 3-8, etter min mening, fortsatt livets rett.

1.2 Videre fremstilling

Nedenfor i punkt 2 vil jeg først ta for meg de relevante rettskildefaktorene for § 3-8. I en forlengelse av dette vil så EU-retten betydning for norsk selskapsrett bli behandlet i punkt 3, og da med særlig tanke på § 3-8. Normalt ville det muligens ha vært hensiktsmessig å behandle EU-retten parallelt med § 3-8. Imidlertid går den norske regelen mye lenger enn EU sine krav, og da EU sitt regelverk er grunnen til at nåværende § 3-8 ble innført i norsk rett, er det naturlig å behandle dette først. I punkt 4 i fremstillingen vil først den historiske utviklingen av § 3-8 bli gjennomgått før bakgrunnen for de siste endringene blir presentert.

Under behandlingen av § 3-8 vil alle de sentrale delene av bestemmelsen bli behandlet. Først vil vilkårene i § 3-8 bli gjort rede for i fremstillingens punkt 5. Deretter vil saksbehandlingsreglene for styrets og generalforsamlingens behandling av § 3-8 bli fremstilt i punkt 6. I oppgavens punkt 7 vil konsekvensene av brudd på regelen bli gjennomgått.

EU har gjennom flere år arbeidet med en forenkling av selskapsdirektivene. Blant annet en forenkling av reglene om tingsinnskudd. Disse endringene er i ferd med å bli innført i norsk rett og disse vil derfor bli presentert i punkt 8 da de har betydning for § 3-8.

Avslutningsvis vil behovet for § 3-8 ved siden av aksjelovens øvrige regler drøftes i punkt 9. Kritikken går særlig på dette og det er derfor interessant å se om de øvrige reglene i aksjeloven i tilstrekkelig grad ivaretar de samme hensynene som § 3-8.

Oppgaven er begrenset til å behandle aksjelovens regel, men denne er identisk i allmennaksjeloven med unntak av beløpsbegrensningen for når § 3-8 kommer til anvendelse. For aksjeselskaper er denne grensen en tiendedel av aksjekapitalen, mens den for allmennaksjeselskaper er en tjuendedel. Denne forskjellen er i praksis også forsvunnet med økningen av beløpsgrensen til 50.000 i aksjeloven. Den eneste umiddelbare forskjellen mellom bestemmelsene er derfor at det kreves styregodkjennelse for avtaler mellom en tiendedel av aksjekapitalen og opp til 50.000 for aksjeselskaper.

2. De relevante rettskildefaktorer for § 3-8.

Utover lovtekst finnes det en rekke rettskildefaktorer som er relevant ved tolkningen av § 3-8.

2.1 Forarbeider

Av forarbeider er NOU 1992: 29 og Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) aktuelle da disse omhandler en del endringer til aksjeloven av 1976. Stortinget sendte Ot.prp.nr.36 tilbake til regjeringen og ba om at det ble utarbeidet forslag til to nye lover for henholdsvis aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.¹ Under utarbeidelsen av det nye lovverket for aksjeselskaper kom NOU 1996: 3 og Ot.prp. nr. 23 (1996-1997). Med etterkontrollen av aksjelovene ble § 3-8 endret igjen. De siste endringene er behandlet i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006).

2.2 Rettspraksis

Det er lite rettspraksis rundt § 3-8. Spørsmål rundt bestemmelsen har ikke vært behandlet av Høyesterett, og det finnes kun et titalls dommer fra lagmannsrettene som enten har angått § 3-8 direkte, eller der paragrafen har vært drøftet. Begrunnelsen for at problemstillingen ikke i større grad har vært oppe for domstolene er uvisst. I næringslivet er spørsmål om § 3-8 en gjenganger som med jevne mellomrom må tas stilling til. Den begrensede rettspraksis kan derfor tyde på at § 3-8 er uproblematisk for de parter som må ta stilling til bestemmelsen. En alternativ forklaring kan være at omgåelser av § 3-8 ikke blir oppdaget eller at det ikke blir tatt ut søksmål for brudd på bestemmelsen.

¹ NOU 1996: 3 s. 12

2.3 Sentrale hensyn

I selskapsretten generelt finnes det en rekke sentrale interesser der det viktigste er vinningsformålet til aksjonærene. Dette er begrunnelsen for at det i det hele tatt eksisterer ett næringsliv. Men det er en rekke andre aktører involvert i selskapene. Disse interessene må også ivaretas gjennom lovgivningen. For § 3-8 sitt vedkommende er det beskyttelse av selskapskapitalen, beskyttelse av mindre aksjeeiere, og vern av selskapets kreditorer som står sentralt. Måten § 3-8 søker å ivareta disse formål er gjennom saksbehandlingsregler som skal sikre åpenhet rundt transaksjoner som er egnet til å svekke disse interesser. Samtidig er det oppstilt et materielt krav om ”rimelig samsvar” mellom ytelsene slik at selskapskapitalen ikke blir tappet. Ved tolkning av § 3-8 må samtlige av disse hensyn ivaretas uten at det i for stor grad går utover vinningsformålet og aksjeselskapsformen som et næringspolitisk instrument.²

2.4 Teori

I teorien er § 3-8 behandlet i større eller mindre grad i samtlige av de sentrale selskapsrettslige fremstillingene. Både Aarbakke, Andenæs og Bråthen presenterer regelen i sine bøker. Bestemmelsen er også behandlet mer utførlig i artikler inntatt i Tidsskrift for Forretningsjus av blant annet Abrahamsen/Aase og Olav Fr. Perland i 2004. Også Bråthen har skrevet artikkel om § 3-8 inntatt i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. Den norske selskapsrettslige lovgivningen er et resultat av et nordisk samarbeid som stammer fra 1870-årene.³ Nordisk juridisk litteratur har betydning som rettskildedefaktor, for eksempel i Rt.1991 s.1194 der Høyesterett viser til dansk litteratur. Tilsvarende i Rt. 2003 s. 1501.⁵ Her presiseres det fra førstevoterende at den aktuelle bestemmelsen (asl. § 12-8) var kommet i stand som et resultat av nordisk lovgivningssamarbeid, og viser deretter til en svensk kommentarutgave til aktiebolagslagen.

2.5 Corporate Governance

I tillegg til de klassiske rettskildene finnes det innenfor selskapsretten anbefalinger om Corporate Governance. Dette er regler for eierstyring og selskapsledelse og gir uttrykk for hvordan selskaper skal forholde seg til en lang rekke ulike problemstillinger. Disse anbefalingene omtales som ”soft law”⁶ da de i motsetning til aksjelovene ikke er rettslig bindende, men vil gi uttrykk for en samlet oppfatning av hva som er ”best practice” innenfor

² Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s.14

³ Bråthen – Selskapsrett 2006 s.45.

⁴ På s.125

⁵ Pkt. 43 i dommen

⁶ Bråthen – Selskapsrett 2002 s. 53.

de ulike områder. Innenfor EU er det utviklet en rekke slike retningslinjer om Corporate Governance. Retningslinjene gjelder i utgangspunktet kun for allmennaksjeselskaper, men vil kunne ha betydning også for aksjeselskaper.

I tillegg til de ovenfor nevnte rettskilder har Norge en forpliktelse overfor EU når rettsanvendere skal tolke norsk aksjelovgivning. Der norske regler har sitt grunnlag i EF-retten vil EF-retten være en viktig tolkningsfaktor som det må tas hensyn til. Her kommer EØS avtalen, forordninger og direktiver, EF-domstolen sine avgjørelser, kommisjonen sine uttalelser og europeisk selskapsrettslig litteratur til anvendelse.

3. EU retten

3.1 Norges forhold til EU retten

EUs regelverk består av forordninger og direktiver. Selskapsretten til EU er i utgangspunktet tenkt å være subsidiær i forhold til statenes egen selskapsregulering,⁷ men det er tatt skritt for å gjøre selskapsretten i Europa mer lik for å lette etableringen av selskaper, blant annet for å forhindre at amerikansk selskapsrett blir for dominerende. Arbeidet med en harmonisering av selskapsretten i Europa startet på 60-tallet. Som nevnt består selskapsretten i EU av forordninger og direktiver. For denne fremstillingen har ingen av EUs forordninger særlig interesse. De interessante reglene fra EU som har et større praktisk anvendelsesområde er de 14 selskapsdirektivene. Disse regulerer en rekke sentrale forhold i selskapsretten herunder publisitet, selskapskapitalen, fusjoner, årsregnskap, filialer og så videre. Disse har direkte betydning for norsk selskapsrett.

3.2 EUs andre selskapsdirektiv - Kapitaldirektivet

Det mest sentrale direktivet for asl. § 3-8 er det andre selskapsdirektiv (kapitaldirektivet).⁸ Kapitaldirektivet ble vedtatt i 1976 og formålet var å beskytte minoritetsaksjeeiere og kreditorer gjennom å sikre at selskapets kapital opprettholdes. Gjennom en felles europeisk standard ble disse formål søkt ivaretatt. I kapitaldirektivet er flere sentrale punkter behandlet. Av disse nevnes stiftelse, minste tillatte aksjekapital, utdeling til aksjeeiere, og økning og minskning av kapitalen. Kapitaldirektivet er bindende for Norge gjennom EØS avtalens

⁷ Bråthen – Selskapsrett 2006 s.33

⁸ EØF av 13. desember 1976

artikkel 77 jf. vedlegg XXII om selskapsrett, og EØS komiteens beslutning⁹ om å gjøre direktivet til en del av EØS avtalen.

Kapitaldirektivet gjelder kun for allmennaksjeselskaper.¹⁰ Men i og med at direktivet kun stiller minstekrav til medlemmenes lovgivning, står medlemmene fritt til å gå lenger for å oppnå direktivets formål.¹¹ Norge har valgt å benytte denne friheten siden regelen om etterstiftelse ikke bare gjelder for allmennaksjeselskaper, men også er inntatt i aksjeloven. Dette skjedde ved arbeidet med ny aksjelovgivning i forkant av aksjeloven og allmennaksjeloven av 1997. For allmennaksjeloven og aksjelovens § 3-8 er de sentrale artiklene nr. 10 og 11. Artikkel 10 regulerer reglene for tingsinnskudd, mens artikkel 11 har som siktemål å ramme omgåelse av disse reglene gjennom et forbud mot etterstiftelse. Reglene om tingsinnskudd er som nevnt behandlet i direktivets artikkel 10. De tilsvarende reglene i den norske aksjeloven er §§ 2-4 og 2-6 som regulerer henholdsvis stiftelsesdokumentet og redegjørelse ved tingsinnskudd.

Kapitaldirektivets artikkel 10 inneholder regler for fremgangsmåten ved innskudd i andre verdier enn penger. Ved slike innskudd må selskapet sørge for at det utarbeides en redegjørelse som beskriver tingsinnskuddet, opplysninger om hvilken vurderingsmåte som er anvendt, og angi om verdifastsettelsen svarer til aksjenes verdi. Regelen har til hensikt å sørge for at selskapet ved stiftelsen virkelig blir tilført de verdiene som er oppgitt. Redegjørelsen skal foretas av en eller flere "uavhengige sakkyndige".

Denne regelen ville, i seg selv, være lett å omgå. En slik omgåelse kan foretas ved at selskapet kjøper de formuesgodene stifteren opprinnelig hadde tenkt å bruke som innskudd. Ved slike avtaler vil selskapet gi fra seg den kapitalen som er skutt inn i selskapet ved stiftelsen og som substitutt motta andre verdier enn penger. Dette medfører at man i realiteten har stiftet selskapet ved hjelp av tingsinnskudd. Slik omgåelse blir i litteraturen omtalt som "etterstiftelse". For å hindre slik etterstiftelse er det i artikkel 11 oppstilt regler for hvordan stifterne og selskapet må gå frem ved avtale om selskapets erverv av formuesgoder fra stifterne.

⁹ Beslutning av 6. juli 2007

¹⁰ Vedlegg XXII til EØS-avtalen pkt. 2

¹¹ Dom av 19. november 1996 sak C-42/95 Nold/Siemens

De transaksjoner som rammes av artikkel 11 er der selskapet erverver formuesgoder fra stifterne, og vederlaget, som selskapet betaler, utgjør mer enn en tiendedel av aksjekapitalen. For selskaper med en aksjekapital på NOK 100.000 vil derfor slike avtaler med en verdi på over NOK 10.000 måtte godkjennes av generalforsamlingen. Regelen er begrenset til å gjelde i to år fra selskapets stiftelse, da selskapet etter to år antas å ikke trenge beskyttelse mot uthuling av selskapskapitalen.¹²

Det er i artikkel 11 inntatt unntaksregler for når transaksjonene ikke rammes til tross for at de er foretatt innen to år, og med en verdi på over en tiendedel av aksjekapitalen. Disse er erverv innenfor rammen av selskapets løpende disposisjoner, erverv på foranledning eller under kontroll av en administrativ eller rettslig myndighet, og erverv på børsen. Dette har sin begrunnelse i at disse transaksjonene i mindre grad er egnet til å svekke interessene til de som vernes av artikkel 11. Transaksjonene er regulert andre steder i direktivet, noe som sikrer korrekt saksbehandling. Dette medfører også at disse transaksjonene får tilstrekkelig publisitet, noe som igjen medfører mindre risiko for skjult uthuling av selskapskapitalen.

4. Utviklingen av § 3-8

4.1 Den historiske utviklingen av § 3-8

Forbudet mot etterstiftelse ble innført som en følge av EØS-avtalen. Selv om dette var første gang man i Norge fikk et slikt forbud, var det i aksjeloven av 1957 en lignende bestemmelse i § 18. Etter § 18 var det krav om generalforsamlingens samtykke for erverv ved overdragelse av bestående eller påtenkte anlegg, faste eiendommer eller patenter dersom disse oversteg en femtedel av aksjekapitalen. Kravet om godkjennelse av generalforsamlingen gjaldt i ett år etter selskapets stiftelse.

Denne regelen ble ikke videreført i aksjeloven av 1976. Begrunnelsen for dette var at man anså de alminnelige ansvarsreglene å være tilstrekkelig.¹³ Med EØS-avtalen ble Norge forpliktet til å innføre forbudet mot etterstiftelse i norsk rett. Denne kom i 1. januar 1996 inn i aksjeloven av 1976 som § 2-9a¹⁴ og var da begrenset til å gjelde i to år etter selskapets stiftelse. Selv om § 2-9a kun var et forbud mot etterstiftelse, gikk den lenger enn kapitaldirektivets forbud. Artikkel 11 stiller kun krav om generalforsamlingsbehandling for

¹² Werlauff – Aktie selskabslov 2001 s.77

¹³ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s.170

¹⁴ § 2-9a tilføyd ved lov av 22.desember 1995 nr.80

avtaler mellom stifterne og selskapet i selskapets to første år. § 2-9a omfattet alle aksjeeiere og nærstående. Utvidelsen begrunnet departementet med at det var nødvendig for effektivt å gi direktivet den tilsiktede effekt.¹⁵ Utover dette var § 2-9a i tråd med artikkel 11 i kapitaldirektivet. Forbudet mot etterstiftelse gjaldt etter bestemmelsens første ledd bare for allmennaksjeselskaper.

Med innføringen av ny aksjelovgivning valgte lovgiver å dele opp lovverket for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Arbeidet med ny aksjelov og allmennaksjelov resulterte i en betydelig utvidelse av forbudet mot etterstiftelse. For det første ble regelen innført også for aksjeselskaper. Aksjelovutvalget mente at åpenhet om avtaler mellom selskapet og dets aksjeeiere var særlig viktig i aksjeselskaper fordi det ofte er et nært forhold mellom dem.¹⁶ Den andre utvidelsen av bestemmelsen var at tidsbegrensningen på to år ble fjernet, slik at kravet om behandling på generalforsamling nå gjelder gjennom hele selskapets levetid. Utvalget mente at det burde oppstilles krav om kontroll med avtaler mellom selskapet og aksjeeiere som oversteg ti prosent av aksjekapitalen, uavhengig av om dette var av hensyn til å omgå stiftelsesreglene og reglene om kapitalforhøyelse.¹⁷ Dette innebar en ytterligere utvidelse av kapitaldirektivet, da den norske regelen nå omfattet avtaler med alle aksjeeiere og deres nærstående gjennom hele selskapets levetid. Regelen var ikke begrenset til å gjelde avtaler med selskapets stiftere i to år etter stiftelsen.

Innføringen av § 3-8 i de nye aksjelovene av 1997 sto seg frem til etterkontrollen i 2004. Endringene trådte i kraft 1.januar 2007, og står sentralt i denne fremstillingen.

4.2 Bakgrunnen for endringene av 1. januar 2007.

Justisdepartementet sendte den 28. juni 2004 ut høringsbrev om endring av aksjelovene. Bakgrunnen for dette var at Stortingets Justiskomiteé i forbindelse med vedtakelsen av aksjelovene av 1997 hadde bedt om at det ble foretatt en etterkontroll av aksjelovene fem år etter at disse trådte i kraft.¹⁸ Det ble i høringsbrevet, fra departementet sin side, presisert at etterkontrollens formål i første rekke var å kontrollere at lovene fungerte etter sin hensikt, og å identifisere eventuelle problemer. Formålet var ikke å foreta dyptgående endringer i loven da hensynet til brukerne tilsa en stabilitet i regelverket.

¹⁵ Ot.prp.nr.4 (1995-1996) s.24

¹⁶ NOU 1996: 3 s.149

¹⁷ NOU 1996: 3 s.149

¹⁸ Innst.O.nr.80 (1996-1997) s. 4

Resultatet av høringsrundene medførte endringer i blant annet asl./asal. § 3-8. Disse ble endret ved lov av 15. desember 2006 nr. 88. Endringene trådte i kraft 1. januar 2007. Begrunnelsen for endringen var for det første at departementet mottok innspill hvor det ble bedt om at bestemmelsen ble vurdert. Innsigelsene gikk ut på at bestemmelsen medførte krav om generalforsamlingsbehandling i for mange tilfeller. Den andre begrunnelsen var at regjeringen Bondevik II la frem sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet.¹⁹ I handlingsplanen var det ønske om å vurdere endringer i aksjelovgivningen for å sikre større åpenhet rundt kontrakter som var egnet til å fremme misbruk av posisjon i selskaper. Slik det fremgår av handlingsplanen ville man ramme kontrakter der man "sitter på begge sider av bordet".²⁰ I handlingsplanen er det uttalt:

"Regjeringen vil vurdere endringer i allmennaksjeloven og aksjeloven med sikte på å bedre kontrollen og gi mer åpenhet om kontrakter som er egnet til å skjule misbruk av ledende posisjoner i selskapet"

Som en følge av disse innspillene ble det sendt ut høringsbrev med forslag til endringer av aksjelovene, blant annet § 3-8.

5. Nærmere om aksjelovens § 3-8 – vilkår.

5.1 "Avtale"

"En avtale mellom selskapet og en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder"

Paragraf 3-8 er etter endringen blitt utvidet i forhold til hvilke transaksjoner som rammes. Tidligere gjaldt bestemmelsen avtaler om "erwerb av eiendeler, tjenester, eller ytelser fra en aksjeeier mot vederlag fra selskapet". Etter ordlyden finnes det ikke lenger begrensninger i hvilke avtaler som rammes. Forarbeidene til § 3-8 slik den sto før etterkontrollen er knapp med hensyn til hvilke type transaksjoner som var omfattet. Alle avtaler om erwerb av eiendeler, tjenester eller ytelser ville derfor måtte omfattes uavhengig av hvilken ytelse det var. Dette stemmer også med formålet om å hindre etterstiftelse, da alle andre innskudd enn

¹⁹ Ot.prp.nr.55 2005-2006 s. 41-42

²⁰ Regjeringen Bondevik II sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004 s.39

penger ansees som tingsinnskudd. At alle former for ytelser rammes kan også utledes av § 2-4 1.ledd nr. 1 som krever at det skal angis i stiftelsesdokumentet om aksjer skal kunne tegnes med andre eiendeler enn penger.

Det lå imidlertid en klar begrensning i ordlyden da denne kun omfattet ”ervert”. ”Ervert” må forstås som tilfeller der det var selskapet som skulle motta eiendelen, tjenesten eller ytelsen. Dette utelukket bruk av § 3-8 for tilfeller der det var selskapet som mottok pengevederlag for salg til aksjonær. Spørsmålet har imidlertid vært noe diskutert i teorien.²¹ Det nærmeste man kom en endelig avklaring av dette spørsmålet var i dom fra Gulating lagmannsrett.²² Retten kom etter en tolkning av ”ervert” frem til at ordlyd og teori tilsa at tilfeller der det var selskapet som mottok vederlaget, ikke var omfattet av bestemmelsen. Lagmannsretten pekte også på at det faktum at slike transaksjoner ville kunne rammes av utdelingsreglene i §§ 3-6 og 3-7. Dette talte mot at § 3-8 omfattet tilfeller der selskapet mottok pengevederlaget. Denne usikkerheten er fjernet med endringen av § 3-8 da den nå rammer ”avtale” uten ”ervert” begrensningen i ordlyden. Det følger klart av forarbeidene at også de tilfellene der det er aksjeeier som yter pengevederlaget skal omfattes.²³

5.1.1 Avtaler som er regulert i øvrige deler av aksjelovgivningen

Utgangspunktet, etter endringen, er klart. Alle avtaler rammes såfremt de ikke faller inn under verdibegrensningen på 50.000 eller noen av unntakene i nummer 1 til 5. Imidlertid stilles det strenge saksbehandlingskrav til visse andre transaksjoner ellers i aksjeloven. Spørsmålet er om disse transaksjonene omfattes av § 3-8 til tross for at de er regulert andre steder i aksjeloven.

5.1.2 Gaver

Gavebegrepet i selskapsretten er noe uklart, men det må ansees å omfatte enhver ensidig verdioverføring fra selskapet som ikke direkte eller indirekte kommer aksjeeierne til gode.²⁴

Gaver fra selskapet er regulert i asl. § 8-6. Etter bestemmelsens første ledd kan generalforsamlingen beslutte å gi gaver til nærmere angitte formål såfremt de fremstår som rimelige. Etter andre ledd kan gaver gis av styret såfremt de er av liten betydning for selskapet og etter tredje ledd kan gaver gis, også utenfor de overnevnte rammer, såfremt disse ligger

²¹ Se bla. Aarbakke mfl. – aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 204

²² LG 2002-714 s. 6 i dommen.

²³ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.46.

²⁴ Se bla. Aarbakke mfl. 2002 s.609

innenfor midler som kan benyttes til utdeling. For disse gavene kreves det tilslutning fra samtlige aksjeeiere. Gaver fra selskapet innebærer en svekkelse av selskapets kapital da selskapet ikke mottar noen motytelse. Imidlertid vil gaver kunne bidra til å gi selskapet god omtale eller reklame, men det er likevel en svekkelse av kapitalen. Spørsmålet er om gaver til de personer omtalt i § 3-8, 1. ledd rammes av bestemmelsen.

Som det fremgår av loven stilles det forholdsvis strenge krav til saksbehandlingen når selskapet skal gi gaver. Hovedregelen i første ledd stiller krav om behandling på generalforsamling for at selskapet skal kunne gi gaver. Beslutningen på generalforsamlingen skal treffes med alminnelig flertall jf. asl. § 5-17 1.ledd. Når generalforsamlingen må godkjenne gaver ivaretas formålet med § 3-8 ved at dette sikrer åpenhet rundt disposisjonene og i samme grad som § 3-8 medvirker til likebehandling av aksjonærene. Dette tilsier at gaver faller utenom § 3-8. Kreditorne har et vern gjennom begrensningen i hvilke midler som kan benyttes til å gi gaver. Etter § 5-17 2.ledd kan imidlertid styret på egenhånd gi gaver, uten behandling på generalforsamling, men gavens størrelse må være av "liten betydning" i forhold til selskapets stilling. Hva som skal ansees som "liten betydning" må bero på en relativ vurdering av gavens størrelse.²⁵ Ikke bare gavens størrelse i forhold til aksjekapital vil omfattes, men også gaven størrelse sett i forhold til selskapets generelle økonomiske tilstand. Mye taler for å anse "liten betydning" som mindre enn ti prosent av aksjekapitalen slik som i § 3-8. En avtale etter § 3-8 vil normalt innebære at selskapet mottar en motytelse noe som medfører at selskapskapitalen ikke svekkes i samme grad som ved gave. Dersom selskapet gir gaver på så mye som ti prosent av aksjekapitalen tilsier dette generalforsamlingsbehandling selv om denne ikke vil rammes av § 3-8. Her bør styrets gavedisposisjoner rammes av § 5-17 2.ledd før § 3-8 blir aktuell da en tiendedel/50.000 regelen i § 3-8 går lenger enn "liten betydning". Avslutningsvis er det etter tredje ledd kun anledning til å gi gaver til andre formål enn de angitte dersom dette skjer innenfor midler som kan benyttes til utdeling, og samtlige aksjeeiere gir sin tilslutning. Her er aksjeeiernes interesser sikret gjennom kravet om enstemmighet blant på generalforsamling.

Samlet sett innebærer § 5-17 at alle formål § 3-8 skal oppnå blir ivaretatt gjennom generalforsamlingsbehandling. Den snevre unntaksregelen i 2.ledd for styrebeslutninger

²⁵ Norsk Lovkommentar 2005 bind 3 s.2753

innebærer ikke noen svekkelse av disse formål i forhold til § 3-8. Dette tilsier at gavedisposisjoner ikke rammes av § 3-8.

5.1.3 Selskapets erverv av egne aksjer

Aksjelovene inneholder regler for når selskapet kan kjøpe egne aksjer. Dette innebærer at selskapet inngår en kjøpsavtale med aksjeeierne, og denne vil derfor i utgangspunktet rammes av § 3-8. Når disse avtalene er regulert i asl. § 9-2 følgende, blir problemstillingen om man ved slikt erverv må forholde seg til både reglene i § 9-2 flg. og § 3-8, eller om § 3-8 blir overflødig. Selskapet har ikke mulighet til å eie egne aksjer for mer enn ti prosent av aksjekapitalen. Videre må ervervet av egne aksjer ikke medføre at samlet pålydende av aksjene blir mindre enn minste tillatte aksjekapital,²⁶ og beløpet som betales, må kunne ha vært utbetalt som utbytte.²⁷ Avgjørelse om hvorvidt selskapet skal erverve egne aksjer treffes av styret etter fullmakt fra generalforsamlingen.²⁸ Slik fullmakt må vedtas med 2/3 flertall og gjelde ett bestemt tidsrom.²⁹

Bakgrunnen for at det er oppstilt strenge regler for når selskapet kan erverve egne aksjer, er blant annet for å beskytte selskapets kapital.³⁰ Det som i realiteten skjer er at selskapet innløser aksjene. Det beløp som selskapet betaler for aksjene vil tilsvarende redusere egenkapitalen da selskapet ikke tilføres noen ny kapital ved ervervet av egne aksjer. Restriksjonene har også en side mot reglene om innsidehandel, da selskapet selv vil ha den beste tilgang til informasjon som vil kunne ha betydning for aksjekursen. Når markedet ser at selskapet handler egne aksjer i større skala, vil dette kunne påvirke aksjekursen. Dette har imidlertid størst betydning for allmennaksjeselskaper på børsen.

Slik det fremgår er det strenge regler både for når selskapet kan erverve egne aksjer og hvilke saksbehandlingsregler som må følges. Gjennom reglene beskyttes selskapets egenkapital da det ligger en begrensning i hvor mange aksjer selskapet kan eie. Videre har selskapet kun anledning til å handle aksjer med midler som kunne ha vært utbetalt som utbytte, noe som medfører at interessene til selskapskreditorene er ivaretatt gjennom reglene for utbytte i § 8-1.

²⁶ Asl. § 9-2 1.ledd.

²⁷ Asl. § 9-3 1.ledd.

²⁸ Asl. § 9-4 1.ledd.

²⁹ Asl. § 9-4 jf. § 5-18 1.ledd.

³⁰ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s.101

Dette taler for at "avtale" asl. § 3-8 må tolkes innskrenkende til ikke å omfatte selskapets erverv av egne aksjer.

Det andre sentrale formålet med § 3-8 er å sikre likebehandling av aksjonærene. Paragraf 3-8 søker å ivareta dette formålet gjennom krav om behandling på generalforsamling for at avtalene skal være bindende for selskapet. Dette sikrer åpenhet rundt transaksjonene. Etter § 9-4 1.ledd treffes beslutning om erverv av egne aksjer av styret etter fullmakt fra generalforsamlingen. Dette vil ikke i like stor grad som § 3-8 sikre likebehandlingen av aksjeeierne, når disse ikke har anledning til selv å gjennomgå det enkelte erverv. Dette vil også svekke åpenheten rundt transaksjonen. Åpenhet rundt slike transaksjoner var noe av det som ble etterlyst i regjeringens handlingsplan av 2004.³¹ Riktignok kreves det 2/3 flertall for at generalforsamlingen skal kunne gi slik fullmakt, men her vil den enkelte aksjonær kunne oppleve å bli overkjørt gjennom at majoriteten gir styret en vid fullmakt.

Minoritetsaksjeeieren vil risikere å bli overkjørt selv om ervervet ble behandlet på generalforsamlingen, men dette ville medført at det ble åpenhet rundt avtalen. Dette taler mot å tolke "avtale" i § 3-8 innskrenkende til ikke å omfatte styrets erverv av selskapets egne aksjer.

På den annen side vil misbruksreglene i § 6-28 kunne komme minoritetsaksjeeierne til hjelp. Dersom selskapets erverv av aksjene har et formål som er egnet til å tilgodese enkelte aksjonærer på andres bekostning, vil dette rammes av § 6-28. En mer spesifikk regel for å sikre likebehandling kan utledes av § 9-4 3.ledd. Bestemmelsen stiller krav til generalforsamlingens fullmakt. Ordlyden sier lite om innholdet av denne, men i forarbeidene³² er det presisert at utgangspunktet vil være den aksjerettslige likhetsgrunnsetningen, og at dersom denne ikke er behandlet i generalforsamlingens fullmakt, vil det være opp til styret å sikre at likebehandling finner sted. Gjennom disse reglene ivaretas minoritetsaksjeeierne i stor grad, og det vil derfor være mindre betenkelig å unnta disse transaksjonene fra § 3-8.

I tillegg ville behandling på generalforsamling kunne svekke selskapets mulighet for å forhindre fiendtlige oppkjøp. Da styret etter fullmakt har anledning til å erverve egne aksjer

³¹ Regjeringen Bondevik II sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004 s.39

³² Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) s.102

vil dette fungere som en beredskap i forbindelse med nye aksjeeieres inntreden i selskapet.³³ Et krav om generalforsamlingsbehandling for hvert enkelt erverv vil svekke denne muligheten da eventuelle oppkjøpere her vil kunne sette en stopper for dette.

Endelig har også kapitaldirektivet i artikkel 19 egne regler for erverv av egne aksjer som legger opp til at generalforsamlingen kan gi myndighet til styret for slikt erverv. Siden Norge i størst mulig grad bør søke å ha en lovgivning som er i tråd med EU-retten, vil det være uheldig om man i Norge krever behandling på generalforsamling for kjøp av egne aksjer.

Samlet sett er det mye som tilsier at "avtale" i § 3-8 må tolkes innskrenkende til ikke å omfatte selskapets erverv av egne aksjer. Kreditorne sine interesser er ivaretatt gjennom reglene om hvilke midler som kan anvendes til ervervet, mens likebehandlingsprinsippet i stor grad er ivaretatt gjennom krav om vedtektsflertall på generalforsamling, og at styret har et selvstendig ansvar for å påse at slik likebehandling finner sted. Også reglene om myndighetsmisbruk vil komme minoritetsaksjeeierne til hjelp. Det største ankepunktet mot å tolke "avtale" innskrenkende er at dette medfører mindre åpenhet rundt ervervene, men denne ulempen må ansees oppveid av fordelene med at selskapet i større grad kan være forberedt på fiendtlige oppkjøp.

5.1.4 Fusjon

Ved fusjon mellom to søsterselskaper med samme eier kan det bli spørsmål om dette er en avtale mellom det overtakende selskap og aksjeeierne. Problemstillingen er derfor om "avtale" i § 3-8 også omfatter fusjon i disse tilfellene. Fusjon er regnskapsrettslig sett å betrakte som en egenkapitaltransaksjon jf. regnskapslovens § 5-14. Alle eiendeler og gjeld skal regnskapsføres som tingsinnskudd i det overtakende selskap. Slik tidligere påpekt tilsier en streng ordlydstolkning at alle avtaler mellom selskapet og aksjeeierne omfattes av § 3-8. Ved fusjon må det utarbeides en fusjonsplan av styret som skal godkjennes av generalforsamlingen med to tredjedels flertall.³⁴ I fusjonsplanen skal også utkast til åpningsbalanse vedlegges. Åpningsbalansen skal settes opp i tråd med regnskapsreglene og dette skal bekreftes av revisor.³⁵ Etter § 13-9 skal det også utarbeides en redegjørelse etter reglene i § 2-6. Gjennom lovens krav om innholdet i fusjonsplanen og kravet om

³³ Bråthen – Selskapsrett 2002 s.66

³⁴ Asl. § 13-3

³⁵ Asl. § 13-6, 1.ledd nr.7

vedtektsflertall er minoritetsaksjeeierne bedre sikret gjennom fusjonsreglene enn de er gjennom § 3-8.

Paragraf § 3-8 gir kreditorene vern gjennom redegjørelsen som skal sendes Foretaksregisteret og erklæringen om at det er ”rimelig samsvar” mellom ytelsene. Melding om fusjon skal sendes foretaksregisteret senest en måned etter at fusjonsplanen er godkjent av generalforsamlingen.³⁶ Når Foretaksregisteret mottar beslutning om fusjon sendes det ut kreditorvarsel som skal kunngjøres i Brønnøysundregistrenes elektroniske kunngjøringspublikasjon. I tillegg skal kunngjøringen settes inn i avis.³⁷

Avtalens publisitet er bedre ivaretatt i fusjonsreglene enn de krav som er oppstilt etter § 3-8. Avtaler etter § 3-8 blir ikke publisert slik som fusjonsplaner blir. Både kreditorer og aksjeminoriteten er derfor bedre ivaretatt gjennom reglene om fusjon enn gjennom § 3-8. Paragraf 3-8 bør derfor tolkes innskrenkende til ikke å omfatte fusjoner i de tilfeller der disse kan tenkes å falle inn under bestemmelsen.

5.2 Utvidelsen av personkretsen ved etterkontrollen.

Ved etterkontrollen ble personkretsen som omfattes av § 3-8 utvidet. Tidligere omfattet bestemmelsen bare avtaler mellom selskapet og aksjeeiere. Etter endringen er også aksjeeiers morselskap, styremedlem og daglig leder tatt inn.

5.2.1 Aksjeeier

I forhold til ”aksjeeier” nevnes det i forarbeidene til den endrede § 3-8 at det kun er snakk om en utvidelse av anvendelsesområdet.³⁸ Det er derfor ingenting som tilsier at ”aksjeeier” skal forstås på en annen måte en tidligere. Med aksjeeier menes en fysisk eller juridisk person som er innført i aksjeeierboken.³⁹ Ordlyden er klar og tilsier derfor at kun de som faktisk er innført i aksjeeierboken omfattes. Det er ikke angitt noen minimumsgrense for hvor stor eierandel aksjonæren skal ha, så alle aksjonærer omfattes, uavhengig av størrelse på eierandel. Siden § 3-8 har utviklet seg til å bli en regel som omfatter langt mer enn etterstiftelse, vil både stifterne og etterfølgende aksjeerververe omfattes av bestemmelsen.⁴⁰ I forarbeidene⁴¹ er det

³⁶ Asl. § 13-13

³⁷ Asl. § 13-14

³⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.46

³⁹ Asl. § 4-2

⁴⁰ NOU 1992: 29 s. 80

⁴¹ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s. 45

slått fast at skjæringstidspunktet for når avtalen finner sted, er når den blir bindende for selskapet. Utgangspunktet er dermed klart. Enhver aksjeeier, uavhengig av størrelse, som er innført i aksjeeierboken på det tidspunktet avtalen blir bindende for selskapet, omfattes av bestemmelsen. I teorien er det imidlertid problematisert hvorvidt uttrykket må tolkes utvidende.⁴² Dette gjelder for eksempel for de tilfeller der leverandør og selskap inngår avtale om kjøp av varer, og leverandøren blir aksjeeier rett etter at varene er levert. Det kan også tenkes at kjøpesummen med leverandøren gjøres opp gjennom motregning ved at varene ansees som aksjeinnskuddet. På samme måte kan tenkes tilfeller der medkontrahenten er aksjeeier på det tidspunktet avtalen blir inngått, men har solgt sin eierandel på det tidspunktet at avtalen blir bindende for selskapet. Særlig i tilfeller der det er aksjeeier som tilrettelegger for emisjon, og nye aksjeeiere i liten grad har mulighet til å endre avtalene som blir fremlagt for dem. Det at aksjeeierne er bundet allerede i forkant tilsier at disse avtalene må godkjennes, selv om medkontrahenten på tidspunktet for generalforsamlingen ikke er aksjeeier.

Lovens ordlyd tyder imidlertid på at slike avtaler ikke omfattes av § 3-8. Tilsvarende vil hensynet til ett regelverk som er enkelt å forholde seg til, tilsie at disse avtalene faller utenfor. Dersom forholdsvis klare uttrykk som "aksjeeier" skal tolkes utvidende, vil dette fort føre til at reglene blir vanskelig å forholde seg til. Paragraf 3-8 er i tillegg en bestemmelse som har stor praktisk betydning, noe som i enda større grad tilsier en klar regel. Det avgjørende argumentet for at "aksjeeier" skal tolkes etter sin ordlyd, er at ved avtaler der en kommende aksjeeier skal gjøre sitt aksjeinnskudd med annet enn penger, kreves det redegjørelse og behandling på generalforsamling.⁴³ Dette sikrer åpenheten som § 3-8 søker å oppnå. For tilfellet når aksjeeier trer ut av selskapet etter avtaleinngåelse, men før generalforsamlingsbehandling vil nye aksjetegnere ha en reell mulighet til å la være å kjøpe aksjer. Der er derfor ikke bundet i så måte.

5.2.2 Aksjeeiers morselskap

Begrunnelsen for å innta "aksjeeiers morselskap" i § 3-8 var at man skulle innsnevre bestemmelsens anvendelsesområde i konsernforhold. Før endringen kom § 3-8 til anvendelse for slike forhold gjennom en henvisning fra § 3-9 1.ledd 3.pkt. Regelen medførte krav om behandling på generalforsamling i morselskapet for avtaler med datterselskap.

⁴² Abrahamsen/Aase Tidsskrift for Forretningsjus (TfF) 2004 nr.3 s.346

⁴³ Asl. § 10-2 jf. § 2-6

Motforestillinger mot denne ordningen ble fremsatt allerede i høringsrundene⁴⁴ til 1997 loven, der det fra Finansanalytikerens Forening ble påpekt at henvisningen til § 3-8 ville innebære en for lav terskel for hvilke avtaler som måtte behandles på generalforsamlingen. I forbindelse med etterkontrollen ble dette vurdert.

I høringsbrevet ble det foreslått å oppheve henvisningen til § 3-8 i § 3-9 og heller regulere dette direkte i § 3-8. Endringen medfører at § 3-8 ikke lenger får anvendelse for morselskapet når dette inngår avtale med et datterselskap. Departementet anså ikke dette som problematisk siden § 3-8 tar sikte på å ramme skjulte utdelinger til aksjeeierne. Transaksjoner nedover i et konsern innebærer ikke noen overføring til aksjeeierne.⁴⁵ ⁴⁶ Her vil eventuelle fordeler ikke komme aksjeeierne i morselskapet til gode, men datterselskapet. Dersom aksjeeierne i mor eller datterselskapet skal ta ut midler fra datterselskapet, må disse følge de vanlige saksbehandlingsreglene for dette. Vernet av selskapskapitalen vil dermed være intakt.

Det ble i høringsrundene gitt uttrykk for at § 3-8 heller ikke burde gjelde for datterselskapet ved avtaler med morselskapet. Departementet avviste denne argumentasjonen med at det bør være åpenhet rundt avtalene mellom datter og morselskap som ikke omfattes av unntaket for forretningsmessige transaksjoner.⁴⁷ At avtaler mellom datter og morselskap skal behandles på datterselskapets generalforsamling, vil være med å sikre likebehandlingen av aksjonærene og sørge for at ikke datterselskapet utdeler verdier til eiere (morselskapet) utenom reglene for dette. I de tilfeller der morselskapet eier 100 prosent av datterselskapet vil ikke hensynet til likebehandling av aksjeeierne komme inn. Der det verken er snakk om etterstiftelse eller andre aksjeeiere, vil kreditorbeskyttelsen likevel tilsi at det utarbeides redegjørelse som bekreftes av revisor og sendes foretaksregisteret. På denne måten sikres kreditorene ved at det fortsatt er åpenhet rundt selskapets transaksjoner med sin eier/daglig leder/styremedlem og at selskapskapitalen ikke svekkes på denne måten. Regelen vil derfor ha en selvstendig verdi til tross for at det verken er snakk om etterstiftelse eller vern av aksjeeierne. Resultatet, etter høringsuttalelsene og departementets vurdering, ble at henvisningen i § 3-9, 1.ledd 3.pkt ble fjernet, og at avtaler med aksjeeiers morselskap nå er direkte regulert i § 3-8.

⁴⁴ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s.136

⁴⁵ Høringsbrev av 28. juni 2004 i forbindelse med etterkontroll av aksjelovene.

⁴⁶ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.42

⁴⁷ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.47

I oktober 2007 kom det et godt eksempel på at regler om redegjørelse, revisorbekreftelse og melding til foretaksregisteret kan ha selvstendig verdi til tross for at det ikke omhandler likebehandling eller etterstiftelse. Oppslag i pressen⁴⁸ har vist at de svenske privatgymnasene John Bauer skolene, hadde handlet med sine eierselskaper John Bauer Organization og Skolekompaniet for nesten fem millioner kroner. Her var det kritikkverdige at eierne skal ha omgått forbudet mot å tjene penger på skoledrift ved å handle med egne selskaper. I dette tilfelle kreves behandling på generalforsamling, da John Bauer Oslo og John Bauer Bergen er organisert som aksjeselskap, og de som datterselskap har handlet med morselskapene. I disse tilfellene medfører kravene til redegjørelse, revisorbekreftelse og melding til foretaksregisteret, til en viss grad, at slike avtaler kommer frem i lyset. Dette forutsatt at summen overstiger en tiendedel av aksjekapitalen.

5.2.3 Styremedlem og daglig leder.

Som nevnt ønsket regjeringen i handlingsplanen å øke åpenheten rundt transaksjoner mellom selskapet og ledende personer i selskapet som kunne tenkes å ha kryssende interesser. En følge av dette er nå at styremedlem og daglig leder er omfattet av § 3-8. I regjeringens handlingsplan er det uttalt.⁴⁹

”For å forhindre misbruk av ledende posisjoner i selskapet til personlig vinning, bør kontrakter som er egnet til å skjule slikt misbruk underlegges strengere regler om rapportering, kontroll og åpenhet.”

I handlingsplanen er det ikke spesifisert at beskyttelse mot slikt misbruk skal skje gjennom § 3-8, men som det senere viste seg, valgte departementet denne løsningen. Departementet anførte i forarbeidene⁵⁰ at hensynet bak § 3-8 tilsa at alle aktørene i selskapet som er i en posisjon til å sette sine interesser foran selskapets, bør rammes av bestemmelsen.

Også Corporate Governance (CG) anbefalinger tar opp spørsmålet om avtaler med styremedlemmer og daglige leder. CG anbefalinger er ikke å anse som rettsregler, men det følges et prinsipp om følg eller forklar. Dersom man velger å ikke følge disse anbefalingene, forventes det fra børsen sin side at årsaken til dette forklares.⁵¹ Rettslig sett vil slike

⁴⁸ Se bla. <http://www.nrk.no/nyheter/1.3833449>

⁴⁹ Regjeringen Bondevik II sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004 s.39

⁵⁰ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.42

⁵¹ Følg eller forklar/comply or explain

anbefalinger kunne få betydning som kutyme da disse er utarbeidet av næringslivet i fellesskap, og dersom et selskap har gjort noe annerledes enn det som følger av anbefalingen, er det mye som tilsier at en domstol ville kreve en god begrunnelse for hvorfor man har valgt en annen løsning. CG anbefalinger gjelder imidlertid kun for allmennaksjeselskaper og bærer også preg av dette. Likevel vil de punktene som ikke bærer preg av å kun være for ASA selskaper, kunne ha betydning, også for AS. Som et utgangspunkt bør derfor AS også følge CG anbefalingene der disse passer for dem.

I den norske CG anbefalingen⁵² er avtaler med aksjeeier, styremedlem og daglig leder omhandlet i punkt 3 siste avsnitt. Det heter at det skal utvises ”særlig aktsomhet” ved slike avtaler. Det anbefales også at dersom det er snakk om ”ikke uvesentlige transaksjoner”, bør verdiene vurderes av en uavhengig tredjepart. Dette tilsvare § 3-8 som krever slik vurdering der verdiene overstiger en tiendedel av aksjekapitalen. Denne anbefalingen er fra 2003, og dette viser at utvidelsen av personkretsen som ble gjort ved etterkontrollen lenge har vært et tema i næringslivet og i så måte ikke representerte noe nytt ved regjeringens handlingsplan.

5.3 Unntakene

Fra hovedregelen i 1.ledd 1. punktum er det gjort en rekke unntak i 2. punktum nummer 1 til 5. Bakgrunnen for at det er gjort unntak for disse avtalene er at de er inngått på en måte som i tilstrekkelig grad ivaretar formålene med § 3-8.

5.3.1 Nr. 1 – Avtaler inngått i samsvar med reglene i §§ 2-4, 2-6 og 10-2.

Etter § 3-8 1.ledd nr.1 gjelder ikke saksbehandlingsreglene for avtaler inngått i samsvar med reglene i §§ 2-4, 2-6 og 10-2. Bestemmelsene regulerer henholdsvis stiftelsesdokument, redegjørelse og kapitalforhøyelse. Felles for alle disse er at det kreves behandling på generalforsamling og utarbeidelse av revisorgodkjent redegjørelse som skal meldes foretaksregisteret. På denne måten sikres den åpenheten § 3-8 skal oppnå.

Styret kan imidlertid etter § 10-7 vedta kapitalforhøyelse etter fullmakt⁵³ fra generalforsamlingen. Herunder om innskudd kan gjøres i annet enn penger. I disse tilfellene har ikke generalforsamlingen godkjent den aktuelle kapitalforhøyelsen. Aksjeminoritetens vern er dermed ikke ivare tatt i like stor grad som der det er generalforsamlingen som har

⁵² Vedlegg til Børssirkulære nr. 7/2003

⁵³ Asl. § 10-14

besluttet kapitalforhøyelsen etter § 10-2. Problemstillingen er derfor om unntaket i § 3-8, 1 ledd 2.pkt. nr.1 kommer til anvendelse også der styret har besluttet kapitalforhøyelsen.

Kreditorerne er vernet i samme grad selv om det er styret som har besluttet kapitalforhøyelsen. Det må etter § 10-17, 2.ledd jf. § 10-2, 3.ledd utarbeides redegjørelse som må sendes foretaksregisteret. Dette gjelder uavhengig av om det er styret eller generalforsamlingen som har tatt beslutningen. Den publisitet som oppnås rundt avtalen for kreditorerne etter § 3-8 vil dermed være den samme.

Selv om ikke aksjeeierne har godkjent den aktuelle avtale, er styrets fullmakt gitt av generalforsamlingen. Slik fullmaktsbeslutning krever to tredjedels flertall for jf. asl. § 10-4 jf. 5-18. Under generalforsamlingens behandling av fullmakten gis aksjeminoriteten innsyn i fullmakten som gis og kan her protestere dersom de ønsker det. Videre vil myndighetsmisbruksreglene⁵⁴ i § 6-28 sikre at ikke styret kan gi enkelte aksjonærer en urimelig fordel ved beslutningen om kapitalforhøyelse. Dersom styret har gjort dette, vil de aksjonærene som lider tap på grunn av styrets beslutning kunne kreve erstatning av styremedlemmene etter § 17-1. Generalforsamlingens behandling av fullmakten og reglene om misbruk og styreansvar, gir aksjeminoriteten et godt vern mot illojal tapping av selskapskapitalen.

På den annen side er ordlyden i unntaket i § 3-8, 1.ledd 2.pkt. nr.1 klart. Denne viser kun til § 10-2 som er generalforsamlingens behandling. Dette tilsier at unntaket ikke omfatter kapitalforhøyelse etter beslutning av styret. Uttalelsene i forarbeidene om unntaket gir ikke svar på problemstillingen, men det peker likevel i retning av at unntaket er oppstilt på grunn av at generalforsamlingen har behandlet avtalen.⁵⁵ Dette avsnittet i forarbeidene vises det til i teorien⁵⁶, og det konkluderes der med at dette må medføre at unntaket ikke omfatter styrets beslutning om kapitalforhøyelse. På bakgrunn av uttalelsen i forarbeidene må dette være den riktige løsning.

5.3.2 Nr. 2 - Avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder og styremedlem.

Unntaket er nytt med etterkontrollen. I høringsnotatet som ble sendt ut i forbindelse med etterkontrollen var det ikke foreslått noe unntak for avtale om lønn og styregodtgjørelse til

⁵⁴ Nærmere om misbruksreglene i pkt. 9.2.2

⁵⁵ NOU 1996: 3 150 1.spalte 4.avsnitt

⁵⁶ Aarbakke mfl. 2004 s.206 og Andenæs 2006 s.430

daglig leder og styremedlem. Dette ville innebære at slike avtaler ville kunne falle inn under ”avtale” i første ledd 1.punktum da styremedlem og daglig leder etter endringen er omfattet av § 3-8. I høringsuttalelsen ble dette påpekt, og departementet valgte derfor å innføre unntaket i nr. 2 slik at bestemmelsen nå ikke rammer slike avtaler. Departementet var enig i at slike avtaler burde falle utenfor bestemmelsen. I tillegg ble det pekt på at lønn og godtgjørelse til disse er regulert andre steder i loven.⁵⁷

Et spørsmål er om dette unntaket virkelig var nødvendig ved siden av reservasjonene for avtaler som inngås som ledd i selskapets ”vanlige virksomhet”. Avtaler om godtgjørelsen til styremedlemmer og daglig leder vil med stor sannsynlighet være omfattet av unntaket. Så lenge disse avtalene er inngått på vanlige vilkår, er det liten grunn til ikke å omfatte disse av unntaket. I tillegg er unntaksbestemmelsen utvidet i etterkontrollen og vil nå omfatte langt flere transaksjoner jf. nedenfor i punkt 5.3.4. Sett på denne måten er unntaket som nå står i 1.ledd 2.pkt unødvendig. Imidlertid ville det kunne tenkes at styret velger å forelegge disse avtalene for generalforsamlingen uansett for å sikre seg. Dette ville medføre unødvendig ekstraarbeid for både styret, generalforsamling og revisor, for noe som i utgangspunktet er enkelt å unngå. Løsningen departementet valgte fremstår derfor som det mest ideelle for å være sikker på at det ikke oppstår tvil rundt disse avtalene. Alternativet hadde vært å gjøre det klart i forarbeidene at slike avtaler til vanlige satser faller innenfor unntaket for ”vanlig virksomhet”, men majoriteten av de som benytter seg av aksjelovgivningen i det daglige er ikke jurister, og det ville derfor medført unødvendig mye tvil. Slik sett bør aksjelovgivningen være lagt opp på en måte som enklest mulig kan følges av næringslivet. Dette gjelder spesielt for bestemmelser som § 3-8 som styret må ta stilling til fortløpende.

5.3.3 Nr. 3 - Avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering.

I § 3-8, 1.ledd nr. 3 er det gjort unntak for avtaler om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering. Med unntak av endring fra ”ervert” til ”avtale” er dette unntaket uendret. For avtaler med slike verdipapirer er prisen satt av markedet. Det vil derfor ikke være noen risiko for misforhold mellom ytelsene, og dermed vil det heller ikke være fare for illojal tapping av selskapets kapital. Dette er i tråd med EUs kapitaldirektiv artikkel 11 nr. 2 om ervert på børsen og ny artikkel 10 a nr.1.

⁵⁷ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.46

5.3.4 Nr. 4 – Selskapets ”vanlige” avtaler.

I § 3-8 1.ledd nr. 4 er det gjort unntak for avtaler som inngås som ledd i vanlig næringsvirksomhet. I forbindelse med høringsrundene til etterkontrollen kom det innspill om at ordlyden i unntaket for forretningsavtaler inngått som en del av selskapets vanlige virksomhet, burde endres. Bakgrunnen for kritikken mot dagjeldende ordlyd var at denne skapte usikkerhet, da forarbeidene ikke ga noen retningslinjer for hvordan denne skulle forstås. En streng ordlydsfortolkning førte til at avtaler om husleie, ansettelsesavtaler og lignende falt utenfor.⁵⁸ Disse innspillene tok departementet til etterretning og endret ordlyden fra ”forretningsavtaler” til ”avtale”.

Ordlydsmessig vil ”avtale” være mer omfattende enn ”forretningsavtaler”. Slik som påpekt i de nevnte høringsuttalelsene vil ”forretningsavtaler” være de avtalene som omfattes av selskapets næringsgrunnlag. Det vil si den daglige handel slik angitt i vedtektene. Imidlertid må alle selskaper for å kunne operere inngå avtaler om leie eller kjøp av kontorlokaler, kontorrekvisita, transportmidler og annet utstyr for driften. Hvorvidt utstyr som ble brukt direkte i næringsformålet var omfattet av ”forretningsavtaler”, er uklart basert på en tolkning, men ordlyden vil lett kunne tolkes dit hen at kun de rene avtalene utad om kjøp/salg av selskapets varer og tjenester, skulle omfattes.

Med endringen av 1. januar 2007 ansees denne usikkerheten opphørt. ”Avtale” i selskapets vanlige virksomhet må omfatte alle avtaler selskapet inngår og som fremstår som naturlig for denne type virksomhet. For eksempel et vaskefirmas kjøp av varebiler for transport av personale og utstyr. Tilsvarende vil et advokatfirmas kjøp av kopimaskiner være omfattet av unntaket.

Departementet går ikke langt inn på hvilke avtaler som omfattes av unntaket, og viser til at denne må baseres på en konkret skjønsmessig vurdering og utvikles gjennom praksis.⁵⁹ I forarbeidene presiseres det at ”vanlige avtaler som selskapet har behov for å inngå for å kunne utøve sin virksomhet, skal være omfattet av unntaksbestemmelsen. Det stilles dermed ikke noe krav at avtalen knytter seg direkte til selskapets kjernevirksomhet”.⁶⁰ Departementets uttalelser stemmer godt med ordlydstolkningen ovenfor, og bør ansees å tilfredsstillende

⁵⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.44

⁵⁹ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.47

⁶⁰ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.48

innvendingene som kom i høringsuttalelsene. Endringen medfører dermed ikke noen svekkelse av de formål bestemmelser søker å ivareta, samtidig som det er tenkt å lette den daglige driften av selskapet. Vilkåret om at avtalen må ligge innenfor selskapets ”vanlige virksomhet”, bør tolkes vidt for å oppnå en effektiv næringsutvikling. Dette er også i tråd med den selskapsrettslige utviklingen i EU som beskrevet ovenfor. Hensynet til likebehandling av aksjeeierne og sikring av kreditorene vil ikke svekkes, da det fortsatt stilles krav om at prisen og vilkårene for disse avtalene må være innenfor normalen.

For holding selskaper vil det kunne være vanskelig å definere hva som er selskapets ”vanlige virksomhet”. Holding selskaper kan være selskaper som bare opererer som eiere av andre selskaper av skattemessige årsaker. Det kan også være selskap som har rolle som morselskap i et konsern der for eksempel ledelsen og den juridiske avdelingen sitter. Når disse skal definere hva som er vanlige avtaler må det sees hen til det konkrete holding selskap.

Hva som er ”vanlige vilkår” for avtaler vil tolkes på samme måte også etter endringen av § 3-8. Imidlertid må det utvides til å omfatte avtaler som faller utenfor selskapets ”forretningsavtaler”. Som regel vil slike avtaler være normale kjøp og salg, og det vil derfor være en bransjepraksis for hva som er vanlige vilkår. Av forarbeidene følger det at hva som er ”vanlige vilkår” må vurderes i forhold til eksterne normer slik som tariffavtale. Dersom slike eksterne normer ikke skulle finnes vil man måtte foreta en helhetsvurdering for å avgjøre om avtalen fremstår som ”forretningsmessig begrunnet”.⁶¹ Dersom styret likevel skulle være usikker på dette, vil de kunne velge å følge saksbehandlingsreglene. Endringen vil i større grad tilgodese aksjeeierne og selskapet, da selskapet i mindre grad trenger å bruke tid og ressurser for å utarbeide redegjørelse som må bekreftes av revisor og forelegges generalforsamlingen.

5.3.5 Nr. 5 - Økningen til 50.000 som minste sum.

Vet etterkontrollen ble det besluttet å øke minstesummen for hvilke transaksjoner som rammes til NOK 50.000.⁶² Tidligere var det bare angitt at transaksjoner over en tiendedel av aksjekapitalen skulle følge prosedyren i § 3-8, med mindre ett av unntakene kom til anvendelse. Dette innebar at for selskaper med en aksjekapital tilsvarende lovens

⁶¹ Ot.prp.nr.4 (1995-1996)

⁶² Asl. § 3-8 1.ledd nr. 5

minimumskrav på NOK 100.000⁶³ var denne summen 10.000. Endringen har derfor bare betydning for selskaper med en aksjekapital på mellom 100.000 og 500.000. For disse selskapene må styret likevel godkjenne avtaler mellom en tiendedel og 50.000.

Departementets begrunnelse for økningen av minstesummen var at det er urimelig kostbart og kreve generalforsamlingsbehandling, redegjørelse og revisorgodkjenning for de avtaler som så vidt overstiger 10.000. Som en sikkerhet for at avtalene til tross for dette blir belyst ble kravet om styregodkjenning innført. Det er tilstrekkelig at denne styregodkjenningen kommer i etterkant av avtalen og ikke før avtalen inngås, slik forslaget var i høringsbrevet.⁶⁴

Styregodkjenningen vil i mange tilfeller ha en viktig funksjon da avtalene til tross for manglende redegjørelse til en viss grad vil bli kontrollert. I forhold til generalforsamlingen vil deres representanter i styret kontrollere disse. Dette må særlig antas å gjelde for de tilfeller der det er daglig leder som handler med selskapet. I selskaper med aksjeeier som har over 51 prosent av aksjene, vil denne kunne utpeke hele styret.⁶⁵ Her vil minoritetsbeskyttelsen være fraværende. Tilsvarende vil ikke denne styrebehandlingen gi noe kreditorvern i de tilfeller der det er majoritetsaksjeeier som inngår avtale med selskapet. Imidlertid er det en rekke større selskaper med mange aksjeeiere som har lav aksjekapital. I disse selskapene vil styret i større grad representere fellesskapet i stedet for kun en aksjeeier. Her vil styregodkjenningen ha en praktisk viktig funksjon.

Allerede i forkant av endringen kom det i juridisk teori innvendinger mot at økningen til 50.000 ville ha svært liten praktisk betydning.⁶⁶ I forhold til de som er skeptisk til at § 3-8 går for langt vil denne økningen av summen være ett skritt i riktig retning, da terskelen blir noe høyere for at avtalene omfattes. Det gjenstår imidlertid å se om denne endringen vil få en viktig funksjon og føre til at selskaper får mindre utgifter til redegjørelse og generalforsamlingsbehandling. Dersom EUs kapitaldirektiv også hadde regulert aksjeselskaper ville økningen i asl. § 3-8 representert et brudd på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Kapitaldirektivets artikkel 11 krever fortsatt at alle avtaler på mer enn en tiendedel av aksjekapitalen skal godkjennes av generalforsamlingen de første to år etter selskapets stiftelse.

⁶³ Asl. § 3-1, 1.ledd

⁶⁴ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s. 4

⁶⁵ Asl. § 6-3 jf. § 5-17

⁶⁶ Perland TtF 2004 nr.4 s.536

5.4 Presiseringen i henvisning til § 2-6 i § 3-8 2.ledd.

Ved etterkontrollen ble også § 3-8, 2.ledd endret. Andre ledd omhandler redegjørelsen som skal utarbeides av styret og fremlegges generalforsamlingen. Det har i teorien⁶⁷ vært spekulert i hvorvidt henvisningen til § 2-6 også omfattet § 2-6 1.ledd nr. 4. Bakgrunnen for usikkerheten er at § 3-8 er en saksbehandlingsregel, mens § 2-6 1.ledd nr. 4 inneholder et materielt krav om likevekt mellom ytelsene. Aarbakke mfl. konkluderer med at henvisningen også omfattet 1.ledd nr. 4 i § 2-6 og begrunner dette i ordlyden, som ikke unntar 1.ledd nr. 4, og det faktum at § 3-8 også skal hindre etterstiftelse.⁶⁸ Usikkerheten rundt henvisningen er med endringen avklart da det ved etterkontrollen ble inntatt et nytt annet punktum i § 3-8 2.ledd. Annet punktum sier det samme som § 2-4 1.ledd nr. 4, og krever at styret utarbeider en erklæring om at det er ”rimelig samsvar” mellom de utvekslede ytelser. I høringsbrevet ble endringen begrunnet med at dette gir klart uttrykk for formålet med kontrollen etter § 3-8 som er å sikre at det er tilstrekkelig likevekt mellom partenes ytelser.⁶⁹

Ordlyden i de to bestemmelser er imidlertid ikke identiske. § 2-4 1.ledd nr. 4 krever en erklæring om at verdien av det mottatte ”minst svarer til det avtalte vederlaget”. Den tilsvarende ordlyden i § 3-8 2.ledd er at det skal være ”rimelig samsvar”. Ut fra ordlyden fremstår kravet som følger av § 2-6 som strengere enn det som følger av § 3-8. Bakgrunnen for forskjellen er innspill i høringsrunden fra Den Norske Revisorforening der det ble påpekt at det ofte vil være vanskelig å fastslå en eiendels virkelige verdi⁷⁰ noe som i mange tilfeller ville kunne medføre at verdierklæringen i ettertid ble uriktig. Med ordlyden ”rimelig samsvar” gis styret og revisor ett visst slingringsmonn for sin verdifastsettelse. I tråd med uttalelsene i forarbeidene må dette slingringsmonnet være stort nok til å fange opp kortsiktige verdiendringer i markedet og eventuelle forskjeller på hva ulike interessenter vil gi for ytelsen i avtalen. Til tross for at det gis et visst slingringsmonn bør regelen om at det skal være ”rimelig samsvar” praktiseres strengt for at regelen skal oppfylle sin praktisk viktige funksjon. Konsekvensene av at styret og revisor uriktig erklærer at det er ”rimelig samsvar” mellom ytelsene vil kunne være erstatningsansvar etter § 5-17. Hensynet til et enkelt lovverk og hensiktsmessig næringsutøvelse tilsier at det bør gis et noe større spillerom i § 3-8 enn i § 2-6 da § 2-6 i utgangspunktet er tenkt å kun komme til anvendelse ved stiftelsen av selskapet

⁶⁷ Aarbakke mfl. Aksjeloven og allmennaksjeloven 2004 s.208

⁶⁸ Aarbakke mfl. Aksjeloven og allmennaksjeloven 2004 s.208

⁶⁹ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) s.43.

⁷⁰ DnR høringsuttalelse s. 3, inntatt i Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 44.

og ved etterfølgende aksjeinnskudd. Paragraf 3-8 vil imidlertid gjelde på alle selskapets avtaler med personene nevnt i første ledd under hele selskapets levetid.

5.5 Utvidelsen av personkretsen i 4.ledd

I tillegg til å ramme avtaler med aksjeeiere, aksjeeieres morselskap, styremedlem og daglig leder rammes etter 4.ledd også avtaler der noen ”opptrer i forståelse med noen som er nevnt i første ledd”. For aksjeeiere og aksjeeieres morselskap rammes i tillegg avtaler med deres ”nærstående”. Formålet med bestemmelsen er å hindre omgåelse av saksbehandlingsreglene i § 3-8. Utvidelsen i 4.ledd er derfor nødvendig for at bestemmelsen effektivt skal forhindre dette.⁷¹ Uten denne utvidelsen ville den beskyttelsen § 3-8 søker å gi kreditorene og de øvrige aksjonærene være lett å omgå.

5.5.1 ”nærstående”

Aksjeloven angir i § 1-5 hva som menes med ”nærstående”. Bestemmelsen omfatter for det første en rekke slektsforhold. I tillegg omfattes selskaper der en aksjeeier eller aksjeeiers morselskap har tilstrekkelig eierandel til at dette utgjør ”bestemmende innflytelse” etter § 1-3. Dette innebærer at personene opplistet i § 1-5 og selskaper som omfattes av § 1-3 også vil rammes av § 3-8 gjennom bestemmelsens 4.ledd.

5.5.2 ”handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd”

Fjerde ledd rammer også den som handler etter avtale med noen som nevnt i første ledd. Dette omfatter også styremedlem og daglig leder. En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”avtale” tilsier at dette alternativet rammer de mer formaliserte samarbeidsforhold. Noen krav om avtaleform kan ikke utledes av ordlyden så dette tilsier at så vel skriftlige som muntlige avtaler omfattes. Her vil de tilfellene der aksjeeier benytter seg av stråmenn, kommisjonærer eller fullmektiger rammes.⁷² Dette er imidlertid de klare tilfellene som kan oppstilles. Hensynet til aksjeeiere og kreditorene tilsier at også mindre klare konstellasjoner omfattes. ”[F]or øvrig opptrer i forståelse med” er av lovgiver vagt oppstilt nettopp for å kunne ramme disse tilfellene.⁷³ Begrunnelsen som gis for dette er at bestemmelsen knytter seg til subjektive forhold hos partene, og at det derfor vil være vanskelig og angi uttømmende hvilke forhold som faller inn under vilkåret. Det er hensiktsmessig med en noe vag ordlyd for å kunne

⁷¹ NOU 1992: 29 s.80

⁷² Aarbakke m.fl. Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 207

⁷³ Ot.prp.nr.23 s. 45

ramme flest mulig tilfeller, og dermed oppnå en lovgivning som oppnår sitt formål uten å måtte endres med for korte mellomrom.

Hensynet til enklest mulige regler for partene i næringslivet å forholde seg til, tilsier imidlertid klare regler uten de skjønnsmessige uttrykkene som ”for øvrig opptrer i forståelse”. Likevel har styret muligheten til å legge disse avtalene frem for generalforsamlingen i de få tilfellene der man opplever såpass sterk tvil, at man havner i grenseland for om fjerde ledd kommer til anvendelse.⁷⁴ Mye tilsier at det er nettopp disse avtalene som bør behandles av generalforsamlingen, uavhengig av hvorvidt de etter en omfattende vurdering faller innenfor eller utenfor anvendelsesområdet for § 3-8, 4.ledd.

I høringsrundene kom det fra revisorforeningen innspill om at også styremedlemmers og daglig leders nærstående, burde omfattes av bestemmelsen. Slik loven står i dag, er det kun aksjeeiere og aksjeeieres nærstående som omfattes i § 3-8. CG anbefalingene omfatter imidlertid også disses nærstående. Departementets begrunnelse for hvorfor man valgte å unnlate disse, var at dette kunne rekke for langt, da utvidelsen også vil omfatte varamedlemmer og observatører i styret.⁷⁵ Videre vil personer som handler i forståelse med styremedlem og daglig leder rammes av 4.ledd.

Departementets begrunnelse i forarbeidene er svært kortfattet. Når man har tatt et konsekvent valg om å ramme personer som har økonomiske interesser i selskapet, og som sitter på begge sider av bordet, virker det unaturlig å unnlate disse. Det er vanskelig å finne eksempler på hvilke tilfeller der det er grunn til å skille mellom aksjeeier/aksjeeiers morselskap og daglig leder/styremedlem med tanke på disses nærstående. Unntaket for vanlige forretningsavtaler vil i de aller fleste tilfeller kunne anvendes også for styremedlem og daglig leders nærstående. For de tilfeller der nærstående handler med selskapet, og avtalen ikke er en del av selskapets vanlige virksomhet, og avtalesummen overstiger NOK 50.000,- er det mye som tilsier at saksbehandlingsreglene i § 3-8 følges. Da departementet ikke har angitt hvorfor dette skille er oppstilt, medfører dette uklartheter i regelverket for de som skal benytte seg av dette.⁷⁶

⁷⁴ Ot.prp.nr.23 s. 45

⁷⁵ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.46.

⁷⁶ Tilsvarende Den Norske Revisorforenings høringsuttalelse i forbindelse med etterkontrollen s. 2

6. Nærmere om § 3-8 – saksbehandlingen

Saksbehandlingsreglene for behandling av avtalen i styre og generalforsamling er ikke endret ved etterkontrollen. Disse vil derfor ikke bli omfattende behandlet.

6.1 Styrets saksbehandling

Avtaler som er såpass omfattende at de risikerer å falle inn under § 3-8 vil i tråd med asl. § 6-14, 3 ledd og § 6-32 som regel være inngått av styret eller daglig leder. Dersom det er daglig leder som har inngått avtalen, vil denne inngå i det daglig leder plikter å underrette styret om etter § 6-15. Det er deretter opp til styret å avgjøre om denne avtalen skal legges frem for generalforsamlingen. Dersom styret er i tvil om hvorvidt avtalen faller inn under § 3-8, vil det være hensiktsmessig å innhente bistand fra advokat. Både på grunn av advokatens kjennskap til regelverket, men også på grunn av et mulig styreansvar dersom det skulle oppstå tap. Kan styret vise til et notat fra advokat, vil styremedlemmene stå langt sterkere ved et eventuelt erstatningskrav.⁷⁷ Her vil styret ha utvist tilstrekkelig aktsomhet.

Selv om avtalen etter en nøye vurdering er funnet å falle utenfor § 3-8, er det mye som taler for å legge denne frem for aksjeeierne. Dette kan gjøres på andre måter enn § 3-8 opplister. Forarbeidene og uttalelsene fra regjeringen i handlingsplanen søker å oppnå større åpenhet om slike avtaler. Selv om ikke avtalen faller innenfor § 3-8, vil hensynet til likebehandling tilsi at slike avtaler bør være kjent for aksjeeierne. Videre er det klart uttrykt i Corporate Governance anbefalingene at det bør være åpenhet rundt slike avtaler.⁷⁸ Punkt 3 i anbefalingen sier at det bør utvises varsomhet ved transaksjoner mellom selskapet og selskapets aksjeeiere, styremedlemmer, ledelsen eller deres nærstående. Dette gjelder særlig der det er minoritetsaksjeeiere. I et selskap med kun en akseeier vil vedkommende ha full oversikt over hva som skjer. Videre er det i punkt 13 i anbefalingen gitt uttrykk for at selskapet bør ha en informasjonspolitikk basert på åpenhet og likebehandling av aksjeeiere, og denne informasjonspolitikken bør sikre at alle gis korrekt og relevant informasjon. Dette tilsier at styret bør informere aksjeeiere selv om avtalen er vurdert å falle utenfor § 3-8. Dersom avtalen faller inn under § 3-8, må styret i styremøte beslutte å legge denne frem for generalforsamlingen jf. § 6-19. For slik beslutning kreves simpelt flertall. Habilitetsreglene i § 6-27 vil sette skranker for hvem som kan delta i denne beslutningen. Dersom aksjeeier som handler med selskapet har en representant i styret, vil denne ofte være inhabil. Når § 3-8 etter

⁷⁷ Abrahamsen/Aase TfF 2004 nr.3 s.359

⁷⁸ Vedlegg til Børssirkulære nr. 7/2003 pkt.

endringen også omfatter styremedlem, vil et styremedlem som handler med selskapet heller ikke kunne delta i styrets behandling av avtalen.

Når styret har besluttet å legge avtalen frem for generalforsamlingen, må det etter § 3-8, 2 ledd jf. § 2-6 utarbeides en redegjørelse for avtalen som skal godkjennes av revisor. Denne redegjørelsen skal også inneholde en erklæring om at det er ”rimelig samsvar” mellom ytelsene.⁷⁹ Når denne redegjørelsen er bekreftet av revisor, skal den sendes Foretaksregisteret så fort det lar seg gjøre.⁸⁰ Når styret innkaller til generalforsamlingen, skal denne redegjørelsen vedlegges innkallingen.⁸¹

6.2 Generalforsamlingens behandling av avtalen

Den materielle kompetansen til å treffe beslutning om avtaler etter § 3-8 er delt mellom styret og generalforsamlingen. Styret avgjør hvorvidt avtalen skal behandles av generalforsamlingen.⁸² Generalforsamlingen kan velge å forkaste eller godkjenne avtalen. For slike beslutninger kreves simpelt flertall. Dette gir dermed ikke minoritetsaksjeeierne noe vern mot en majoritetsaksjeeier som ønsker å tvinge avtalen gjennom, men det vil sørge for åpenhet rundt transaksjonen slik at minoritetsaksjonærer kan velge om de ønsker å selge seg ut av selskapet.⁸³

I motsetning til styrets behandling er ikke aksjonæren som handler med selskapet inhabil ved generalforsamlingens behandling jf. asl. § 5-3. Dette er naturlig da styremedlemmene i større grad skal ivareta selskapets interesser, mens aksjeeierne stemmer ut fra egeninteresse.

6.3 Meldingen til foretaksregisteret.

Etter at styret har utarbeidet redegjørelse, og fått denne godkjent av revisor, skal den ”uten opphold” meldes foretaksregisteret. Ordlyden tilsier at redegjørelsen skal sendes så fort revisor har godkjent denne. Styret kan dermed ikke avvente generalforsamlingens godkjennelse av avtalen. Dette synes også å være den samlede oppfatningen i teorien, og kan derfor legges til grunn som gjeldende rett.⁸⁴ Noe mellomrom må imidlertid godtas slik at styret kan ordne signatur og andre praktiske detaljer knyttet til dette. Abrahamsen og Aase

⁷⁹ Se pkt. 5.4 i fremstillingen.

⁸⁰ Se pkt. 6.3 i fremstillingen

⁸¹ § 3-8, 2.ledd 3.pkt jf. § 5-10.

⁸² NOU 1996: 3 s.150

⁸³ Abrahamsen/Aase TfF 2004 nr.3 s.362

⁸⁴ Se bla. Aarbakke mfl. Aksjeloven og allmennaksjeloven 2004 s. 207, Andenæs – Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper 2006 s.432

oppstiller en frist på en uke for innsending.⁸⁵ Etter ordlyden kan det vanskelig tenkes at noe lenger tid en dette godtas.

I den danske aktieselskapslovens § 6 c stk. 5 er kravet at redegjørelsen skal være mottatt av Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 4 uker etter at avtalen er godkjent av generalforsamlingen. Riktignok gjelder den danske aktieselskapsloven for allmennaksjeselskaper, men den norske asal. § 3-8 er identisk med asl. § 3-8. Hensynet til en klar og effektiv regel tilsier at man også i Norge burde velge denne løsningen. Begrunnelsen for meldingen til foretaksregisteret er å sikre publisitet rundt avtalene slik at kreditor varsles. Hvorvidt dette formålet blir bedre ivaretatt gjennom kravet om innsending ”uten opphold”, er tvilsomt.

7. Nærmere om § 3-8 – konsekvenser av brudd på regelen

7.1.1 Tilbakeføringsplikt ved manglende godkjennelse på generalforsamling.

Dersom avtalen ikke blir godkjent på generalforsamling, er den ikke bindende for selskapet. Har partene på dette tidspunktet allerede har prestert sine ytelser, skal disse etter asl. § 3-8 3.ledd tilbakeføres. Ordlyden kan tyde på at mottaker har en plikt til å tilbakeføre det mottatte uavhengig av om selskapet har tilbakeført det de har mottatt. Slik kan den imidlertid ikke forstås. Hensynet til regelens effektivitet tilsier ikke at man skal ha en så streng regel.⁸⁶ Det ville også være urimelig overfor medkontrahent å kreve tilbakeføring uten at vedkommende mottar det han har ytt til selskapet. Dette ville satt medkontrahent i en utsatt posisjon. Særlig om selskapet har skrantende økonomi. Tilbakeholdsretten må derfor vedvare helt frem til selskapet selv kan tilbakeføre ytelsen.

Tilbakeføringskravet er i utgangspunktet er krav om at det som er mottatt skal tilbakeføres i opprinnelig form. Imidlertid vil ikke det faktum at det mottatte er forbrukt, medføre at tilbakeføringskravet opphører. Kravet vil da gå over i et verdikrav på medkontrahenten.⁸⁷ Dette gjelder også for selskapet.

Det er sikker rett at medkontrahents gode eller onde tro ikke spiller noen rolle.⁸⁸ Hensynet til regelens effektivitet tilsier at den bør gjelde uavhengig av god tro. I tillegg er de aktuelle

⁸⁵ Abrahamsen/Aase Aksjeloven TfF 2004 nr.3 s.362

⁸⁶ Aarbakke mfl. 2004 s.207

⁸⁷ Aarbakke mfl. 2004 s. 208, Abrahamsen, Aase TfF 2004 nr. 3 s. 367

⁸⁸ Se bla Aarbakke mfl. 2004 s. 208.

medkontrahtentene nært knyttet til selskapet. Eventuell god tro kan derfor vanskelig tenkes å foreligge.

7.1.2 Tredjemenn

Dersom medkontrahtenten har overført den mottatte ytelse videre, vil tredjemanns stilling avhenge av alminnelige regler om godtro erverv.⁸⁹ I dette tilfellet har medkontrahtent disponert over noe han ikke har rett til, da avtalen ikke er bindende. Hensynene som rettfærdiggjør den strenge saksbehandlingsregelen i § 3-8 gjør seg ikke gjeldende for tredjemenn, da disse ikke har mottatt ytelsen i et forsøk på å skaffe seg utilbørlig vinning på selskapets bekostning. Dersom tredjemann ikke var i god tro om den utilbørlige disposisjonen med selskapet, må han likevel kunne bli møtt med et tilbakeføringskrav slik oppstilt i 3.ledd.

7.2 Ansvar etter § 3-7 andre ledd.

I noen tilfeller vil ikke selskapet lykkes med å kreve inn ytelsen fra medkontrahtent. Dette kan være på grunn av at medkontrahtenten har forbrukt det mottatte og ikke har midler til å betale verdien av ytelsen til selskapet. Dette innebærer likevel ikke at selskapet har mistet muligheten for innkrevning. Etter § 3-8, 3. ledd 2.pkt gjelder § 3-7, 2.ledd også for § 3-8.

Paragraf 3-7, 2.ledd oppstiller hjemmel for å kreve erstatning fra den eller de som har medvirket til avtalen. Dette vil være den eller de som har myndighet i selskapet til å inngå den aktuelle avtale. Dette er et vanlig erstatningskrav basert på culperegelen jf. ordlyden ”forsto eller burde ha forstått”. I tråd med alminnelig erstatningsrett må derfor erstatningskravet begrenses til selskapets faktiske økonomiske tap, som selskapet lider, ved at de ikke får tilbakeført ytelsen etter § 3-7, 3. ledd 1.pkt.⁹⁰ Verdien av det selskapet har mottatt må derfor trekkes fra. Dette ansvaret kan lempes etter skadeerstatningslovens § 5-2.

7.3 Finnes det en tidsbegrensning for tilbakesøkingsskravet?

Som vist ovenfor er avtalen ikke bindende for selskapet dersom generalforsamlingen ikke godkjenner denne. Dersom ytelsene ikke er overlevert på tidspunktet for generalforsamlingsbehandlingen, vil dette bare medføre at avtalen faller bort. Dette kan imidlertid ha negative konsekvenser for medkontrahtenten hvis han har inngått en god avtale.

For det tilfelle at ytelsene allerede er overlevert, vil disse måtte leveres tilbake.

⁸⁹ Aarbakke mfl. 2004 s.209

⁹⁰ Aarbakke mfl. 2004 s. 201.

Man kan anta at et tilbakesøkningskrav fra selskapet vil komme så fort det blir klart at avtalen ikke blir godkjent av generalforsamlingen, da avtaler generalforsamlingen ikke godkjenner må antas å være ugunstig for selskapet. For de tilfeller der et slikt krav ikke kommer, inneholder ikke § 3-8 noen tidsbegrensning for når slikt krav kan fremmes. I utgangspunktet vil derfor et slikt krav kunne fremmes flere år etter at avtalen er inngått. Spørsmålet blir derfor om man må oppstille en slik tidsbegrensning på ulovfestet grunnlag for at ikke regelen skal gå for langt.

I teorien⁹¹ er det stilt spørsmål om en slik tidsbegrensning kan utledes av Rt.2003 s.1501.⁹² Dommen omhandler et tilbakesøkningskrav på utbetalt utbytte. Det var ubestridt at det forelå mangler ved innkallingen til generalforsamlingen som vedtok utbytte. Generalforsamlingen ble avholdt den 18. februar 1998. Styremøte ble avholdt 28. februar uten at utbyttet eller innkallingen ble diskutert. Det ble først stilt spørsmål ved dette i styremøte den 10. juni 1998. Utbyttevedtakets gyldighet ble bestridt 2. september 1998. Det gikk da et halvt år fra det første styremøtet der dette kunne bemerkes til vedtaket ble bestridt fra selskapets side.

Høyesterett kom etter en helhetsvurdering frem til at selskapet ikke hadde krav på tilbakebetaling av utdelt utbytte. Dette baserte de på partenes felles forutsetning om at utbytte skulle deles ut. Representanten fra selskapet hadde stilt seg bak styrets anbefaling om utdeling av utbytte, og det faktum at tilbakesøkningskravet først hadde kommet et halvt år etter at dette skulle ha vært oppdaget. Her legges passivitetsbetraktninger til grunn som ett av hovedargumentene for løsningen. Dommen omhandler utbytte, men slik som § 3-8, inneholdt ikke aksjeloven av 1976 noe tidsbegrensning for når ulovlig utdelt utbytte kunne kreves tilbakebetalt.

Formålet med reglene om utdeling av utbytte er i likhet med § 3-8 blant annet å sikre selskapets egenkapital. I tillegg er utbytte en transaksjon mellom selskap og aksjeeier i likhet med § 3-8. Hovedforskjellen mellom disse er at avtaler etter § 3-8 innebærer en motytelse fra de i 1.ledd omhandlede personer. Utbytte er en ensidig verdioverføring fra selskap til aksjonær. Til tross for dette er det mye som taler for at en eventuell frist for tilbakeføring, bør være den samme for ulovlig utdelt utbytte som for avtaler som ikke blir godkjent etter § 3-8.

⁹¹ Perland TfF 2004 nr. 4 s. 534

⁹² Winge Reisebureau-dommen

Likevel kan det ikke uten videre legges til grunn at den samme argumentasjonen som ble lagt til grunn i Winge-dommen, kan brukes for § 3-8. I dommen var passivitet bare en av flere avgjørende argumenter, og dommen er konkret begrunnet i forhold til den saken.⁹³

Regelen om bortfall av krav grunnet passivitetsbetraktninger, inneholder både tanken om at passivitet er en form for dispositivt utsagn om at kravet ansees bortfalt, i tillegg til koblingen til foreldelsesreglene. Hensynet til debitor er sentralt, da han på et tidspunkt må kunne anse seg ferdig med saken, samtidig som kreditor har en oppfordring til å gå til innkreving innen en viss tid.

I Winge-dommen gir Høyesterett klart uttrykk for at kreditor (selskapet) i dette tilfelle hadde en oppfordring om å kreve inn det utbetalte utbytte på ett tidligere tidspunkt. I Høyesteretts oppsummering av de avgjørende argumenter uttales det:⁹⁴

”..og sist, men ikke minst, har det betydning at det gikk lang tid før Winge krevde utbyttet tilbakebetalt. De saksbehandlingsfeil som Winge har gjort gjeldende i denne saken, må selskapet ha vært fullt klar over på et tidlig tidspunkt.”

I tilfeller der generalforsamlingen underkjenner en avtale, bør det kunne utledes en tilsvarende regel. Her har man en klar oppfordring om å kreve tilbakelevering innen rimelig tid etter generalforsamling.

I tilfellene der styret ikke legger frem avtalen for generalforsamling før det har gått lang tid, vil saken stille seg annerledes. Her har ikke aksjeeierne fått anledning til å gjennomgå avtalen. Bortfall av tilbakeføringskravet før generalforsamlingen har sett på avtalen ville medføre at formålet med regelen falt bort. Det vil her ikke oppnås noen likebehandling av aksjeeierne. Medkontrahent vil imidlertid i samme grad ha innrettet seg. For medkontrahentens vedkommende vil det dermed være likegyldig hvorvidt det er styret som ikke har lagt frem avtalen for generalforsamling, eller selskapet som har vært sen med å kreve tilbakeføring.

⁹³Se Perland TfF 2004 nr. 4 s. 534

⁹⁴ Avsnitt 60 i dommen

For disse tilfellene vil mye tale for en mellomløsning. Tilbakeføringskravet vil her være i behold og medkontrahent må godta dette. Imidlertid vil det kunne ha oppstått tap på medkontrahentens side som følge av at kravet er fremmet sent. Dette mellomlegget bør medkontrahenten kunne kreve av de som er ansvarlig for at generalforsamlingen ikke har fått vurdert avtalen tidligere. Etter § 17-1 vil medkontrahent kunne kreve erstatning av styret, da det er disse som har ansvaret for manglende fremleggelse for generalforsamlingen. Noen nærmere vurdering av styreansvaret vil falle utenfor rammene for denne fremstillingen.

8. Endring av EUs andre selskapsdirektiv.

EU iverksatte i 1996 et arbeid med å modernisere andre selskapsdirektiv. Gjennom behandling i ulike organer er en rekke endringer blitt innført og foreslått. Formålet var å "lette de kapitalrelaterede foranstaltninger i aktieselskaber".⁹⁵ Måten Kommisjonen foreslo å få dette til på var gjennom å gi medlemslandene muligheten til å fjerne spesifikke regnskapskrav under visse nærmere angitte betingelser. Følgen av dette er at det blir enklere å gjennomføre endringer i selskapene. Gjennom disse forenklingene skal virksomhetene lettere, billigere og hurtigere kunne skaffe kapital. Samlet er formålet å bidra til økt effektivitet og konkurransevne for selskapene i Europa. Disse formålene søkes oppnådd gjennom en harmonisert lovgivning der selskapene står fritt til å etablere seg i land med de mest hensiktsmessige selskapsordningene.

8.1 Unntakene fra artikkel 10

I forbindelse med EUs arbeid med å forenkle reglene kom det i 2006 ett endringsdirektiv⁹⁶ til kapitaldirektivet.⁹⁷ Formålet med endringsdirektivet er å forenkle kapitalrelaterede disposisjoner for allmennaksjeselskap. Imidlertid skal dette gjøres uten å svekke beskyttelsen av kreditorene og minoritetsaksjeeierne. Siden Norge har valgt å innføre en rekke av kapitaldirektivets bestemmelser også for aksjeselskap, kan disse endringene også tenkes å medføre endringer i aksjeloven.

I endringsdirektivet er det tilføyd ny artikkel 10 a og b. Her oppstilles det unntak fra kravene i artikkel 10 for tingsinnskudd. Tilføyelsen av artikkel 10 a og b medfører at selskaper under visse vilkår kan slippe å utarbeide sakkyndig redegjørelse ved tingsinnskudd dersom

⁹⁵ EU kommisjonens forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om ændring av Rådets direktiv 77/91/EØF, for så vidt angår stiftelsen av aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital. KOM2004 endelig pkt. 1.1

⁹⁶ 2006/68/EF

⁹⁷ 77/91/EØF

vilkårene for dette er oppfylt. For det første vil ikke kravet om redegjørelse gjelde dersom innskuddet består i omsettelige verdipapirer eller pengemarkedsinstrumenter som er omsatt på et regulert marked.⁹⁸ For det andre er det gitt unntak for andre tingsinnskudd (enn penger, verdipapirer og pengemarkedsinstrumenter som nevnt over) dersom disse har vært gjenstand for en uavhengig sakkyndig verdivurdering etter alminnelige vurderingsstandarder og prinsipper.⁹⁹ Dette er under forutsetning at denne har vært foretatt innen de siste seks måneder. For det tredje kan det gjøres unntak fra artikkel 10 dersom verdien av innskuddet fremkommer av et lovlig revidert regnskap for forutgående regnskapsår.¹⁰⁰

Forutsetningen for at disse unntakene kan benyttes er at det utarbeides en beskrivelse av innskuddet¹⁰¹, verdien av innskuddet, og kilden til denne vurderingen¹⁰². I tillegg skal det gis en uttalelse om at verdien av innskuddet svarer til verdien av aksjene som utstedes¹⁰³ og om det har oppstått nye omstendigheter som kan ha betydning for verdivurderingen.¹⁰⁴

Felles for alle unntakene er at kravene i artikkel 10 lempes såfremt det foreligger et klart referansepunkt for verdifastsettelsen av innskuddet. I så måte er vernet av selskapets kapital fortsatt intakt, men det er til en viss grad forenklet for de tilfeller der en ny redegjørelse vil innebære unødvendig dobbeltarbeid. Samtlige av disse unntakene er det opp til medlemslandene å avgjøre om man ønsker å innføre, da de representerer en svekkelse av kapitalbeskyttelsen. Som nevnt står medlemslandene fritt til å fastsette rettsregler som går lenger enn direktivet i å verne selskapskapitalen.

8.2 Implementering av endringene i Norge.

Kravene til redegjørelse ved tingsinnskudd i Norge fremgår av asal./asl. § 2-6. For tingsinnskudd skal det utarbeides redegjørelse som skal godkjennes av revisor og sendes foretaksregisteret. Det skal i tillegg utarbeides en erklæring om at verdien av innskuddet minst svarer til det avtalte vederlaget. Reglene er i samsvar med kapitaldirektivets artikkel 10. Justisdepartementet har satt i gang en prosess for å vurdere eventuelle endringer som skal

⁹⁸ Artikkel 10 a nr.1

⁹⁹ Artikkel 10 a nr.2

¹⁰⁰ Artikkel 10 a nr.3

¹⁰¹ Artikkel 10 b nr.1 a

¹⁰² Artikkel 10 b nr.1 b

¹⁰³ Artikkel 10 b nr.1 c

¹⁰⁴ Artikkel 10 b nr.1 d

foretas i de norske aksjelovene slik at disse kommer i tråd med endringsdirektivet ved høringsnotat av juli 2007.¹⁰⁵

Det pekes i høringsnotatet på at endringen vil forenkle prosedyrene og redusere kostnadene ved stiftelse av selskapet.¹⁰⁶ På den annen side mener departementet at endring av de norske lovene vil komplisere aksjelovens regler om tingsinnskudd, da disse allerede er omfattende. I forhold til unntaksbestemmelsen om verdivurdering foretatt i tråd med alminnelige aksepterte vurderingsstandarder og prinsipper, uttaler departementet at hvilke standarder og prinsipper det refereres til er noe uklart. Med denne bakgrunn ønsker ikke departementet og andre asal./asl. § 2-6, jf. § 10-3, 3.ledd.¹⁰⁷

I forhold til unntaket i kapitaldirektivets artikkel 10a nr. 3 om unntak fra artikkel 10, foreslår departementet at dette innføres i norsk rett ved forskrift. Unntaket peker på at der verdien fremgår av revidert regnskap fra forutgående år, vil dette gi tilstrekkelig sikkerhet for verdifastsettelsen.

Unntakene i kapitaldirektivets artikkel 10 a og b vil også omfatte artikkel 11 om etterstiftelse som er ett av § 3-8 sine formål. Imidlertid har bestemmelsen utviklet seg til å omfatte mer enn bare dette. Sett på denne måten er det ikke lenger noe naturlig følge at § 3-8 og kapitaldirektivets artikkel 11 skal være sammenfallende. Unntaket for pengemarkedsinstrumenter og verdipapirer er allerede inntatt i § 3-8 gjennom unntaket i 1.ledd nr. 3 som omhandler overdragelse av verdipapirer i henhold til offentlig kursnotering. Departementet har på denne bakgrunn ikke foreslått endringer i § 3-8.

9. Behovet for § 3-8

Paragraf 3-8 har vært utsatt for kritikk fra flere hold både i teorien¹⁰⁸ og i høringsuttalelsene i forbindelse med etterkontrollen. I grove trekk går kritikken ut på at § 3-8 går for langt i å kreve behandling på generalforsamling, og at de formål som søkes ivaretatt, har tilstrekkelig vern gjennom andre bestemmelser i loven. Kritikken i høringsuttalelsene gikk i hovedsak ut

¹⁰⁵ Justis- og Politidepartementets Høringsnotat – Oppfølging av europaparlamentets- og rådsdirektiv 2006/86/EF om endringer i rådsdirektiv 77/91/EØF når det gjelder stiftelse av allmennaksjeselskaper og sikring av endring av deres kapital – forslag om endringer i allmennaksjeloven og aksjeloven og ny forskrift.

¹⁰⁶ Høringsnotatets s.7

¹⁰⁷ Høringsnotatets s.9

¹⁰⁸ Perland Tff 2004 nr.4 s.526 flg.

på at § 3-8 bare burde være en regel om ”etterstiftelse”. NHO ga uttrykk for at de hensyn som var forsøkt vernet gjennom § 3-8 i tilstrekkelig grad er ivaretatt gjennom andre regler i aksjelovgivningen.¹⁰⁹

Problemstillingen er om det er behov for § 3-8 ved siden av de øvrige reglene i lovgivningen. Dersom de formål som søkes ivaretatt allerede er vernet, er det liten grunn til at bestemmelsen eksisterer. Overflødig regelverk medfører unødvendig kompliserte forhold for ett næringsliv der ting skjer raskt. Også hensynet til at Norge skal være ett attraktivt land å opprette selskaper i, tilsier at regelverket ikke bør gå for langt. Fenomenet ”forum shopping” vil med stor sannsynlighet bare øke i omfang, da det med tiden blir enklere å opprette selskaper i andre land enn der man ønsker å operere. Blant annet gjennom å etablere filialer i Norge, men være registrert andre steder. Nedenfor vil de ulike alternative reglene for vern av aksjeeierminoriteten og kreditorene bli gjennomgått. Disse vil bli disponert etter de tre hovedformålene med § 3-8.

9.1 Hindre etterstiftelse

Når regelen i § 3-8 kom inn i aksjeloven var det kun for å hindre etterstiftelse.¹¹⁰ Bakgrunnen var kapitaldirektivets artikkel 11. Senere har § 3-8 utviklet seg til å bli langt mer omfattende. Artikkel 11 er imidlertid fortsatt kun et forbud mot etterstiftelse. Dersom man valgte å fjerne § 3-8, ville dette ikke stride mot Norges forpliktelser etter EØS avtalen, da kapitaldirektivet kun omhandler allmennaksjeselskaper. Alternativet ville ha vært å gå tilbake til at § 3-8 er begrenset til å gjelde etterstiftelse. I dette tilfelle ville det ha vært naturlig å plassere regelen i aksjelovens kapittel 2 der den i utgangspunktet var plassert.

9.2 Vern av aksjeminoriteten.

Paragraf 3-8 er tenkt å verne aksjeminoriteten gjennom kravet om behandling på generalforsamling. Dette sikrer åpenhet om transaksjonen og gir samtlige aksjeeiere anledning til å uttale seg om avtalen, og vurdere om de ønsker å selge seg ut av selskapet dersom avtalen blir presset gjennom av aksjemajoriteten. I tillegg gis det en viss sikkerhet for likebehandling av aksjonærene gjennom kravet om at det må gis en erklæring om at det er ”rimelig samsvar” mellom de utvekslede ytelser.

¹⁰⁹ NHOs høringsuttalelse av 11.november 2004 s.7

¹¹⁰ NOU 1992: 29 s. 222, Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s.170

9.2.1 Likhetsgrunnsetningen

Ett av de grunnleggende prinsippene i selskapsretten er likhetsgrunnsetningen.

Likhetsgrunnsetningen er klarest kommet til uttrykk i asal./asl. § 4-1. Her sies det klart at "[a]lle aksjer gir lik rett i selskapet.". Dette sikrer at selv aksjonærer med kun en aksje har rett til å møte på generalforsamling og uttale seg. Småaksjeeiere har også lik rett til utbytte som andre aksjeeiere, såfremt det ikke er flere aksjeklasser, og dette er bestemt i vedtektene.

Dermed er det oppstilt et klart forbud mot forskjellsbehandling av aksjonærene på grunn av størrelsen på eierandelen. Dersom det er avtale mellom selskap og aksjeeier der det er misforhold mellom ytelsene til aksjeeiers fordel vil dette være en skjult utdeling til aksjeeier. Dette er brudd på likhetsgrunnsetningen om at alle har lik rett på utbytte.

9.2.2 Myndighetsmisbruk

Paragrafene 5-21 og 6-28 oppstiller et forbud mot misbruk av generalforsamlingens og representantene for selskapet sin myndighet. I dette ligger det en begrensning i deres myndighet, da det ikke kan treffes beslutning som "er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning". Som det er vist til i avsnittet over vil denne regelen beskytte selv den minste aksjeeier da vedkommende faller inn under ordlyden "andre aksjeeieres".

Beslutningen må være "egnet" til å gi urimelig fordel. Det kan dermed ikke oppstilles noe krav om at beslutningen faktisk har gjort det. At noe er "egnet" tilsier at beslutningen legger til rette for, eller gjør det mulig, at noen får en slik fordel. Det stilles med dette opp et krav om årsaksevne¹¹¹, ikke om faktisk oppnådd fordel. Misbruksbestemmelsene rammer beslutninger som gir "visse aksjeeiere eller andre" en urimelig fordel. I forhold til § 3-8 vil bestemmelsen omfatte alle personer nevnt i første ledd. Aksjeeiers morselskap, styremedlem og daglig leder vil falle under "andre".

Reglene om myndighetsmisbruk representerer en innskrenkning i majoritetsprinsippet, da de setter en skranke for hvilke beslutninger majoriteten kan treffe på generalforsamlingen. Det er to grunnleggende tanker som ligger til grunn for misbrukslæren. Likhetsprinsippet som er omtalt over og vinningsformålet. Likhetsgrunnsetningen tilsier at avtaler der det er ubalanse mellom ytelsene kan bli å anse som misbruk etter §§ 5-21 og 6-28 med mindre ubalansen har

¹¹¹ Filip Truyen – Myndighetsmisbruk i aksje – og allmennaksjeselskaper. Jussens Venner 2004 s.305 på s.312

en saklig grunn. Paragraf 3-8 oppstiller kun ett krav om ”rimelig samsvar” mellom ytelsene. Misbruksreglene går her lenger i å kreve at avtalene skal inngås på de beste betingelser for selskapet. Tilsvarende som § 5-21 er en innskrenkning i majoritetsprinsippet er § 6-28 en innskrenking av styrets disposisjonsrett. Slik sett representerer misbrukslæren i selskapsretten et klart vern av aksjeminoriteten, da majoriteten ikke står fritt til å godkjenne avtaler med selskapet som tilgodeser denne. Styret og andre som representerer selskapet har heller ikke anledning til å disponere over selskapets midler i strid med § 6-28. Dette medfører at minoriteten har et vern mot slike disposisjoner.

Eksempel på at avtaler mellom selskapet og selskapets aksjonærer er blitt revidert gjennom misbruksreglene finner man i Rt. 1995 s.1026. I denne saken hadde selskapet som eide en bygård og drev klesbutikk, Sandakergården AS, besluttet å opprette et nytt selskap som skulle stå for driften av butikken. Selskapet som skulle stå for driften, Sandaker Herreklær AS, ble overdratt til datteren i familien. Datteren i familien var også aksjonær i Sandakergården AS. Samtidig som Sandaker Herreklær overtok klesbutikken ble det mellom datteren og Sandakergården AS inngått en svært gunstig 99 år lang leiekontrakt til lokalene i gården. Det ble i dommen konstatert misforhold mellom ytelsene slik at Sandakergården tapte penger på denne leiekontrakten. Det problematiske i saken var blant annet om dette var en omgåelse av utbytteregele. Høyesterett kom imidlertid til at det ikke var tilstrekkelig sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen. Høyesterett valgte derfor å revidere kontrakten med hjemmel i reglene om forbudet mot å gi andre en urimelig fordel på selskapets bekostning. Denne saken har riktignok ikke noen direkte parallell til § 3-8, men er egnet til å belyse hvordan misbruksreglene kan ramme avtaler mellom selskapet og selskapets eiere og gjenopprette forholdet mellom ytelsene.

Misbruksreglene er avhengig av at disse avtalene blir kjent for aksjeeieren slik at disse kan påberope seg vernet det gir. Noe åpenhet om transaksjoner mellom selskapet og de angitte personer, gir ikke misbruksreglene. Her vil § 3-8 sikre aksjeminoriteten ved at avtalene må legges frem for generalforsamlingen. Paragraf 3-8 sikrer imidlertid ikke minoriteten på generalforsamlingen, da majoriteten her står fritt til å vedta de avtalene de ønsker. Her vil imidlertid § 5-21 bidra til at majoriteten ikke kan overkjøre minoriteten. Sammen utgjør dermed § 3-8 og misbruksreglene et reelt minoritetsvern.

Misbruksreglene ivaretar også selskapets interesser. Paragrafene 5-21 og 6-28 oppstiller et forbud mot beslutninger eller disposisjoner på "andre aksjeeieres eller selskapets bekostning". Omhandler ordlyden "selskapet" bare den juridiske personen, eller også andre som har en interesse i selskapet slik som kreditorer eller ansatte? Dersom ordlyden går så langt, kan misbruksreglene også tenkes og gi kreditorvern. Ordlyden tilsier imidlertid at det kun er den juridiske personen som omfattes og ikke parter som kan tenkes å ha interesser i selskapet. Andre steder i aksjelovgivningen der "selskapet" benyttes, er det klart kun den juridiske personen som omfattes, slik som for eksempel § 6-30 om representasjon. Andre involverte parters interesser er ivaretatt gjennom andre, mer konkrete bestemmelser i loven. Slik som for eksempel regler om ansattes representasjon i styret, og de strenge saksbehandlingsreglene for kapitaltransaksjoner. Misbruksreglene vil derfor ikke gi noe direkte kreditorvern, med mindre minoriteten påberoper seg disse, for å hindre uthuling av selskapskapitalen på andre aksjeeieres bekostning. Dersom dette hindrer slike disposisjoner, vil selskapets kapital vernes og gi bedre dekningsgrunnlag for kreditorene. Er det kun en aksjeeier i selskapet, vil dette ikke gi noe vern for kreditorene.

9.2.3 Habilitetsreglene

Både i teorien¹¹² og i høringsuttalelsene¹¹³ er habilitetsreglene opplistet som regler som er med å sikre aksjeminoriteten. Paragraf 6-27 forbyr styremedlem/daglig leder å delta i behandlingen eller avgjørelsen av saker som har "særlig betydning" for dem selv eller deres nærstående. Vedkommende er inhabil dersom han har en særinteresse i det spørsmålet som behandles. Dette vil si at man er inhabil når saken gjelder han personlig slik som for eksempel der vedkommende er medkontrahent i en avtale. Ren generell interesse som deles av mange andre vil ikke tilsi inhabilitet.¹¹⁴

Særinteressen må være fremtredende for at den skal kunne lede til inhabilitet. Med dette menes at utfallet av avgjørelsen har en særlig interesse for han personlig eller hans nærstående. Særinteresse er antatt å være en interesse som er i konflikt med selskapets interesse.¹¹⁵ Da det stilles krav om at denne interessen er "fremtredende", tilsier dette at den særlige interessen må være sterk nok til å motivere stemmegivningen.

¹¹² Perland Tff 2004 nr.4 s.533

¹¹³ NHOs høringsuttalelse av 11.november 2004 s.7

¹¹⁴ Aarbakke mfl. 2002 s. 539 jf. Hkj. 2001-06-29

¹¹⁵ Aarbakke mfl. 2002 s. 540, Andenæs 2006 s. 350

I selskap med kun en aksjeeier kommer habilitetsreglene ikke til anvendelse ved avtaler mellom selskap og aksjonær. Det foreligger ingen konflikt mellom selskapets og aksjonærens interesser. I disse tilfellene er det heller ikke noe behov for minoritetsvern, da det ikke er minoritetsaksjeeiere som risikerer tap.

Selv om styremedlem/daglig leder som er inhabil, er med og behandler saken, vil ikke dette automatisk føre til svekkelse av minoritetsvernet. Dersom vedkommendes stemmegivning gir andre fordel på selskapets bekostning, vil dette rammes av misbruksregelen i § 6-28. Et eventuelt tap som oppstår på selskapets hånd vil vedkommende styremedlem/daglig leder kunne bli erstatningsansvarlig for etter § 17-1.

9.3 I hvilken grad ivaretas aksjeminoriteten gjennom andre regler?

Samlet vil reglene sørge for at aksjeminoritetens interesser blir godt ivaretatt. Reglene om misbruk av henholdsvis ledende posisjoner og generalforsamlingens myndighet, er de reglene som går lengst i å verne minoriteten. Hovedregelen i aksjelovgivning er majoritetsprinsippet. Misbruksreglene oppstiller begrensninger i denne hovedregelen. På denne måten er minoriteten gitt et materielt vern og mulighet for å angripe beslutninger og disposisjoner som er egnet til å tilgodese majoritetsaksjonærene på mindretallets bekostning.

Selv om reglene om myndighetsmisbruk, likhet for aksjeeierne og styrets habilitet langt på vei fører til en betryggende situasjon for minoriteten, vil ikke disse reglene ha noen betydning dersom ikke aksjonærene får kunnskap om avtalene som er egnet til å skade deres posisjon. Reglene oppstiller ikke klare krav til åpenhet om transaksjoner slik som § 3-8. Det er derfor ikke gitt at disse kommer opp i dagen, slik at minoritetsaksjonærene får anledning til å påberope seg de materielle skrankene som reglene om likebehandling, myndighetsmisbruk og habilitet gir.

Det er i teorien¹¹⁶ anført at saksbehandlingsreglene om utdeling i kapittel 8 følgende gir vern for minoriteten. Reglene oppstiller klare rammer for når og hvordan slike utdelinger kan foregå. Etter § 3-6, 2.ledd er utdeling ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode.” En avtale mellom aksjonær og selskap med misforhold mellom ytelsene, vil representere en utdeling fra selskapet. Saksbehandlingsreglene for utbytte, kapitalnedsettelse med mer, vil til en viss grad sikre minoriteten, da disse oppstiller klare

¹¹⁶ Perland – TfF 2004 nr.4 s.532

skranker for denne type avtaler. Imidlertid er man avhengig av at disse avtalene blir oppdaget. Den eneste måten dette eventuelt kan oppdages på, er gjennom revisors gjennomgang av årsregnskapet. Det er her stor risiko for at avtaler som er ledd i maskert utbytte ikke vil bli oppdaget. Her vil ikke saksbehandlingsreglene for utdeling i tiltrekkelig grad sikre den åpenheten § 3-8 har som formål å oppnå.

9.4 Kreditorvern

Formålet med § 3-8 er også å sikre kreditorene mot uthuling av selskapskapitalen.

Andre bestemmelser i loven som er med å sikre dette, er kravet til forsvarlig egenkapital i § 3-4, utdelingsreglene og saksbehandlingsreglene for kapitaltransaksjoner i lovens kapitler 8 til 14. Gjennom at det oppnås en viss publisitet rundt avtaler mellom parter som sitter på begge sider av bordet, gis kreditorene mulighet til å reagere. Problemstillingen og mye av kritikken rundt § 3-8 går på at de alternative reglene om kapitalbeskyttelse i tilstrekkelig grad ivaretar dette formål, og at § 3-8 dermed er unødvendig.

9.4.1 Krav til forsvarlig egenkapital.

Aksjeloven § 3-4 oppstiller krav om at selskapet til enhver tid skal ha en "egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet". Dette er en rettslig standard som til enhver tid følger selskapets styre og ledelse. I forarbeidene¹¹⁷ er det uttrykt at § 3-4 sin viktigste funksjon er at "en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak". Hva som er forsvarlig egenkapital er en helhetlig vurdering, der man ser på selskapets kapital og gjeld, hvor risikabel virksomheten er, eventuelle forsikringer, fremtidige inntekter og utgifter og så videre. Alle disse faktorene vil bli tatt inn i en helhetlig vurdering av hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital. Kravet om at selskapet skal ha en forsvarlig egenkapital, er viktig for kreditorene, da § 3-4 vil sette skranker for hva som kan utdeles til eierne.

Dersom ledelsen etter sine fortløpende vurderinger konstaterer at selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital etter § 3-4, plikter de etter § 3-5 å iverksette tiltak for å rette på dette. Også dette sikrer kreditorene.

¹¹⁷ Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s.68

Ideelt sett burde kravet til forsvarlig egenkapital være tilstrekkelig vern for kreditorene. Her har ledelsen vurdert selskapets løpende forpliktelser, og konkludert med at egenkapitalen er tilstrekkelig til å dekke disse. Imidlertid blir det her opp til selskapet selv å foreta disse vurderingene. Kreditorene er dermed avhengig av selskapets ledelse for å ivareta sin posisjon. I selskaper med få eller kun en aksjeeier, vil selskapets ledelse og aksjeeierens interesser være så sammenfallende at dette ikke vil gi noe vern for kreditorene. Dette argumentet kan også anføres i forhold til § 3-8. Imidlertid er § 3-8 klarere oppstilt i forhold til hvilke avtaler som skal legges frem, og den revisorbekreftede redegjørelsen vil oppnå en viss publisitet gjennom meldingen til foretaksregisteret.

9.4.2 Utdelingsreglene

Utdelingsreglene vil ramme tilfellene der det er misforhold mellom ytelsene, da dette representerer en overføring av verdier som kommer aksjeeieren til gode. Ulovlige utdelinger skal tilbakeføres til selskapet jf. § 3-7 og er straffbare etter § 19-1. Alle avtaler mellom selskap og aksjeeier der det er misforhold mellom ytelsene til fordel for aksjeeier, må dermed følge § 3-6. Dette medfører kreditorbeskyttelse, da disse utdelingene bare kan skje innenfor rammen av selskapets frie egenkapital. Utdelingsreglene omfatter heller ikke styremedlem eller daglig leder. Utdelinger til disse vil derfor ikke rammes av saksbehandlingsreglene for utdeling. Her vil § 3-8 ha selvstendig verdi. På den annen side vil reglene om habilitet og misbruk av posisjon i selskapet ramme utdelinger til styret og daglig leder, men disse reglene vil ikke i tilstrekkelig grad sørge for åpenhet rundt transaksjonene.

9.4.3 Styret og daglig leders plikt til en forsvarlig selskapsforvaltning.

Paragrafene 6-12, 3.ledd og 6-14, 4.ledd pålegger styret og den daglige ledelse å føre kontroll med selskapets økonomiske situasjon. Styret har et selvstendig ansvar for å passe på selskapets økonomi og kravet til forsvarlig egenkapital uavhengig av § 3-8. I selskaper med styremedlemmer og daglig ledelse som ikke er for nært knyttet til aksjeeierne, vil dette kunne fungere tilfredsstillende. I tilfellene der selskapets ledelse, styre og aksjeeierne er nært knyttet sammen, vil styret og den daglige ledelse ikke ha noen selvstendig interesse i å hindre slike avtaler. At styret kan pådra seg erstatningsansvar, vil ha liten preventiv effekt, dersom de ikke regner med å bli oppdaget, da transaksjonene kan fordekkes som legitime transaksjoner. Avtale som ledd i maskert utbytte, vil være vanskelig for revisor å oppdage. Avtalen vil være en av svært mange poster som skal gjennomgås i regnskapet. I tillegg vil misforholdet mellom

ytelsene kreve til dels omfattende undersøkelser for å oppdages, jf. blant annet høringsuttalelsen¹¹⁸ om problematikken rundt verdifastsettelsen i forbindelse med § 3-8.

9.4.4 Selskapets vedtektsbestemte formål

Både aksjeminoriteten og kreditorene gis beskyttelse gjennom kravet om at selskapets disposisjoner må være innenfor selskapets vedtektsbestemte formål. Avtaler som selskapet inngår, som faller utenfor formålet, vil kunne medføre ansvar for de som har foretatt disposisjonen på vegne av selskapet gjennom ansvarsregelen i § 17-1. Dette er imidlertid ingen garanti for at tapet blir dekket, da man er avhengig av at vedkommende som blir erstatningsansvarlig har midler til å dekke tapet. Såfremt mottaker/medkontrahent er i god tro, vil avtalen være bindende for selskapet uavhengig av om selskapets representant har gått utenfor sin myndighet jf. asl. § 6-33. I Rt.1937 s.349 ble beslutning av generalforsamlingen ansett ugyldig da det å låne ut penger til annet skipsaksjeselskap lå utenfor selskapets vedtektsbestemte formål. Det vedtektsbestemte formålet vil dermed oppstille en skranke for hvilke disposisjoner som kan foretas, men bidrar ikke til åpenhet om disposisjonen slik at denne kan angripes. Den sikrer heller ikke kravet til selskapet, da medkontrahents gode tro avskjærer et eventuelt tilbakeføringskrav.

10. Sammenfatning – livets rett, kritikken til tross.

Av fremstillingen over fremgår det at mange av formålene med § 3-8 også er ivaretatt gjennom andre bestemmelser i loven. Både aksjeminoriteten og kreditorene har vern gjennom andre regler. Dersom det skal kunne forsvares å beholde § 3-8, bør partene gis et vern utover det som oppnås gjennom øvrige bestemmelser. Siden § 3-8 medfører en del ekstrautgifter og ekstraarbeid, bør fordelene med § 3-8 oppveie disse ulempene. Departementet gir i forarbeidene uttrykk for at man med etterkontrollen har oppnådd en forenkling av § 3-8 gjennom endringen i paragrafens tredje ledd om unntaket for ”avtale” som ledd i vanlig virksomhet. Samtidig er bestemmelsen utvidet til å gjelde alle avtaler uavhengig av hvilken vei pengeytelsen går.

De øvrige reglene i aksjeloven gir til dels omfattende vern av både aksjonærminoriteten og kreditorene. For aksjeeierne vil de viktigste være likhetsgrunnsetningen sammen med misbruksreglene. Kreditorenes interesser ivaretas best gjennom reglene om forsvarlig egenkapital og saksbehandlingsreglene for kapitaltransaksjoner. Materielt sett gir de nevnte

¹¹⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.54

bestemmelsene aksjeeierne og kreditorene et godt vern. Problemet er imidlertid at for at disse bestemmelser skal fungere slik de er tenkt, må for det første misbruket oppdages, og man er avhengig av at det ikke er for nære forbindelser mellom styremedlem, selskapets daglige ledelse, og den det handles med. Det er i disse tilfellene § 3-8 supplerer de materielle skrankene. § 3-8 sikrer åpenhet rundt disse avtalene, og krever at styret må ta et aktivt standpunkt.

Det betenkelige med § 3-8 er at generalforsamlingen har en ubetinget rett til å underkjenne disse avtalene. Det er ikke innlagt noe forbehold om at det faktisk må være misforhold mellom ytelsene. Dette medfører at stillingen for medkontrahenten blir svært usikker. Generalforsamlingen kan underkjenne legitime forretningsavtaler som i ettertid har vist seg ikke å være lønnsomme for selskapet. Denne bekymringen har også blitt fremmet i teorien,¹¹⁹ og i høringsrundene ved etterkontrollen.¹²⁰ Da det heller ikke er en klar tidsbegrensning for når generalforsamlingen kan underkjenne slike avtaler, fører dette til enda større usikkerhet.

I Europa og USA går utviklingen mer og mer i retning av mindre detaljregulering rundt egenkapitaltransaksjonene. Her synes hensynet til selskapenes effektivitet og konkurransevne å veie tyngre enn beskyttelsen av aktørene i selskapet. Verken Danmark eller Sverige har regler som går så langt som § 3-8. Det er lite som tilsier at Norge innenfor selskapsretten skal gå lenger enn Europa og USA i kapitalbeskyttelse.

Med de siste endringene omfatter asl. § 3-8 flere transaksjoner i den forstand at også tilfellene der selskapet mottar pengeytelsen rammes. Dette er en betydelig utvidelse av anvendelsesområdet. Det er likevel en hensiktsmessig utvidelse siden det er åpning for å tappe selskapskapitalen gjennom transaksjoner der medkontrahent betaler underpris for det som mottas. At også daglig leder og styremedlem omfattes er helt i tråd med regjeringens ønsker om større åpenhet der avtalepartene sitter på begge sider av bordet.

Kritikken er også imøtegått gjennom to innskrenkninger i anvendelsesområdet. Økningen i minstesum på 50.000 og unntaket for avtaler som inngås som en del av selskapets vanlige virksomhet. Alle avtaler selskapet har behov for å inngå for driften omfattes nå av unntaket i 1.ledd nr. 4. Avtaler som faller utenfor unntaket bør det være åpenhet rundt. Riktig anvendt

¹¹⁹ Perland Tff 2004 nr.4 s.533

¹²⁰ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.43

vil derfor § 3-8, etter endringene, ikke lenger medføre unødvendig ressursbruk i samme grad. Dette forutsetter likevel at det kommer klare retningslinjer for hvilke avtaler som ikke ansees å falle inn under unntaket i første ledd nr.4. Basert på dette hadde det vært heldig om forarbeidene var mer utfyllende på dette punkt i stedet for å la det bli opp til praksis å utdype dette.

I forarbeidene til de ulike aksjelovene har det vært vanskelig å få tak på hva som menes fra lovgiversiden er den beste løsningen. Tidligere i denne fremstillingen er det redegjort for den historiske utviklingen av § 3-8. Ved aksjeloven av 1977 tok man bort tidligere § 18 i aksjeloven av 1957. De øvrige reglene ble antatt å gi tilstrekkelig vern.¹²¹ Ved innføringen av 1997 lovene ble etterstiftelsesreglene på nytt innført, også i aksjeloven til tross for at dette lå utenfor EØS-kravet. Her valgte man riktignok å begrense regelen til to år til tross for forslag fra Økokrim om at regelen burde gjelde gjennom hele selskapets levetid. Det ble i forarbeidene uttrykt fra departementet:

”Illojale transaksjoner mellom selskapet og en aksjeeier som skjer på andre stadier i selskapets ”liv”, bør etter departementets mening vurderes etter de alminnelige misbruksreglene.”¹²²

Argumentasjonen som her ble la til grunn er akkurat den samme som skeptikerne fremmet ved etterkontrollen. I denne omgang ble derimot innsigelsene avfeiet av departementet der de inntok et helt motsatt syn enn tidligere.

”Departementet er ikke enig med de høringsinstansene som anfører at de hensynene § 3-8 er ment å ivareta, er tilstrekkelig oppfylt gjennom andre bestemmelser i aksjelovene eller øvrig lovgivning.”¹²³

Til tross for bestemmelsens svakheter medfører den at det finnes klare regler for styret å forholde seg til. Avtaler med parter som har motstridende interesser, bør det være åpenhet rundt. Slik medfører § 3-8 en åpenhet rundt transaksjonene som gjør at de øvrige reglene i aksjeloven, med formål å ramme disse, får en praktisk viktig funksjon. Ved at det blir økt

¹²¹ Innstilling til lov om aksjeselskaper 1976 s.59

¹²² Ot.prp.nr.36 (1993-1994) s.170

¹²³ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.45

åpenhet rundt transaksjonene vil dette også ha en preventiv effekt, da part med motstridende interesser i mindre grad inngår slike avtaler. Det er denne åpenheten som er paragrafens hovedformål slik den står i 2007.¹²⁴

¹²⁴ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s.45

11. Litteraturliste:

Forfatter	Navn	Utg.	År	Forlag
Hopt and Wymeersch	European company and financial law	3	2004	Oxford university press
Mads Henry Andenæs	Selskapsrett		2007	
Mads Henry Andenæs	Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper	2	2006	
Mads Henry Andenæs	Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper	1	1998	
Tore Bråthen	Selskapsrett		2002	Focus forlag
Tore Bråthen	Selskapsrett		2006	Focus forlag
Werlauff	EU – Selskapsret	3	2002	Jurist- og Økonomforbundets forlag
Werlauff	Aktieselskabsloven	2	2002	Jurist- og Økonomforbundets forlag
Viggo Hagstrøm	Obligasjonsrett	1	2003	Universitetsforlaget
Morten Ruud/Geir Ulfstein	Innføring i Folkerett	3	2006	Universitetsforlaget
Torstein Eckhoff	Rettskildelære	5	2001	Universitetsforlaget
Aarbakke mfl.	Aksjeloven og allmennaksjeloven	2	2004	Universitetsforlaget
Norsk Lovkommentar	Kommentarutgave			
2005 bind 3				

Forarbeider

NOU 1992: 29

NOU 1996: 3

Ot.prp.nr.36 1993-1994

Ot.prp.nr.23 1996-1997

Ot.prp.nr.55 2005-2006

Innst.O.nr.80

1996-1997

Artikler

Filip Truyen	Myndighetsmisbruk i aksje – og allmennaksjeselskaper.	Jussens Venner 2004
Olav Fr. Perland	Kapitalbeskyttelse for enhver pris?	Tidsskrift for Forretningsjus 2004 nr.4
Abrahamsen/Aase	aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær.	Tidsskrift for Forretningsjus 2004 nr. 3
Kari Birkeland	EU Kommisjonens forslag til forenkling av annet selskapsdirektiv	Tidsskrift for Forretningsjus 2005 nr. 4
Tore Bråthen	Avtaler mellom selskap og aksjonærer i norsk rett	Hyldesskrift til Jørgen Nørgaard s.875

