



Lovlig kreditt og sikkerhetsstillelse til aksjonærer mv.

Om unntaksbestemmelsen i aksjeloven § 8-7 (3)

av Silje Thoresen Mjelle

14 414 ord

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Høsten 2009

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Presentasjon av tema | 1 |
| 1.2 | Historisk utvikling | 2 |
| 1.3 | Videre framstilling | 4 |
| <u>2</u> | <u>RETTSTILSTANDEN I DANMARK OG SVERIGE</u> | <u>5</u> |
| 2.1 | Relevans | 5 |
| 2.2 | Dansk rett | 6 |
| 2.3 | Svensk rett | 8 |
| <u>3</u> | <u>AKSJELOVEN § 8-7 TREDJE LEDD</u> | <u>10</u> |
| 3.1 | Oversikt over problemstillingene | 10 |
| 3.2 | Rettslig plassering | 10 |
| 3.3 | Bestemmelsens anvendelsesområde | 13 |
| 3.3.1 | Kreditt eller sikkerhetsstillelse | 13 |
| 3.3.2 | Hovedregelen i aksjeloven § 8-7 første ledd | 16 |
| 3.4 | Aksjeloven § 8-7 tredje ledd nr. 1 | 18 |
| 3.4.1 | Utgangspunkter | 18 |
| 3.4.2 | Hensyn bak regelen | 19 |
| 3.4.3 | Bestemmelsens vilkår | 20 |
| 3.5 | Aksjeloven § 8-7 tredje ledd nr. 2 | 28 |
| 3.5.1 | Utgangspunkter | 28 |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| 3.5.2 | Hensyn bak regelen | 30 |
| 3.5.3 | Krav om forretningsmessig begrunnelse | 31 |
| 3.5.4 | Utenlandsk konsernspiss – forholdet til asl. § 1-4 (2) | 35 |
| <u>4</u> | <u>VIRKNING AV BRUDD PÅ AKSJELOVEN § 8-7 TREDJE LEDD</u> | <u>44</u> |
| 4.1 | Innledning | 44 |
| 4.2 | Ugyldighet etter aksjeloven § 8-11 | 45 |
| 4.3 | Kort om aksjelovens regler om erstatnings- og straffeansvar | 47 |
| <u>5</u> | <u>KILDELISTE</u> | <u>48</u> |
| 5.1 | Lover | 48 |
| 5.2 | Forarbeider og tolkningsuttalelser | 49 |
| 5.3 | Litteratur | 49 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Aksjonærer i aksjeselskap har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, jf. aksjeloven (asl.) § 1-2. Aksjeloven inneholder derfor en rekke bestemmelser som begrenser selskapets adgang til å utdele/overføre selskapets midler til aksjonærene, blant annet for å sikre at aksjekapitalen reelt sett kan disponeres av selskapet, og for å forhindre tapping av selskapet midler.

En av disse bestemmelsene er asl. § 8-7, som omhandler kreditt og sikkerhetsstillelser til aksjonærer mv.

Det følger av hovedregelen i asl. § 8-7 (1) at aksjeselskaper kun har en begrenset adgang til å yte kreditt eller stille sikkerhet til sine aksjonærer eller deres nærstående. Kreditt eller sikkerhetsstillelse til de relevante personer kan bare gis dersom to vilkår er oppfylt. For det første må kreditten eller sikkerhetsstillelsen ligge "innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte". For det andre må det stilles "betryggende sikkerhet" for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking. Asl. § 8-7 (2) viser at samme regel gjelder tilsvarende for kreditt eller sikkerhetsstillelser til en aksje- eller andelseier i annet selskap i samme konsern eller noen av dennes nærstående.

Fra hovedregelen i § 8-7 (1) har lovgiver imidlertid gjennom § 8-7 (3) oppstilt to unntak. Det er rammene for disse unntakene som er oppgavens tema.

Asl. § 8-7 (3) lyder som følger:

"Forbudet i første og annet ledd gjelder ikke for

1. Kreditt med vanlig løpetid i forbindelse med forretningsavtaler
2. Kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern".¹

Tredje ledd gir for det første aksjeselskaper en mulighet til å gi kreditt til sine aksjonærer og deres nærstående i forbindelse med forretningsavtaler. For det andre tillates det at det gis kreditt eller sikkerhetsstillelser til andre selskap innenfor samme konsern. I begge tilfeller kan det ytes kreditt eller sikkerhetsstillelse uten det kreves sikkerhet for tilbakebetaling eller tilbakesøkning, og uten at kreditten eller sikkerhetsstillelsen må være innenfor de midlene som kan benyttes til utdeling av utbytte, slik vilkårene er i § 8-7 (1).

Reglene om selskapers adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for sine aksjonærer mv. har ikke vært gjenstand for en felles EU-/EØS-regulering. Reguleringen er overlatt til medlemslandene selv, og som konsekvens er det forskjell på reglene i de ulike EØS-statene. I Norge er unntaket i § 8-7 (3) i begrenset grad behandlet i lovforarbeidene, rettspraksis og juridisk teori. Oppgaven må derfor i stor grad basere seg på reelle hensyn, samt søke støtte i danske og svenske rettskilder.

1.2 Historisk utvikling

Dagens aksjelov er den fjerde i rekken av norske aksjelover. Den første loven ble vedtatt 19. juli 1910, og ble senere supplert med en særskilt lov om skipsaksjeselskaper av 26. juli 1916. Begge lover ble avløst av aksjeloven av 6. juli 1957.

Aksjeloven av 1957 var den første loven som inneholdt regler om selskapers adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til selskapets aksjonærer. Lovens § 31 (3) bestemte at "selskapet må ikke yte aksjeeier lån dersom dets nettoformue er mindre enn aksjekapitalen eller ville være det om kravet på tilbakebetaling av lånet settes ut av betraktning". Adgangen til å

¹ At bestemmelsen benytter begrepet "forbudet i første og annet ledd" er misvisende. Det gjelder ikke et direkte forbud etter første og annet ledd, men det er oppstilt klare begrensninger.

stille sikkerhet for aksjonærens forpliktelser var tilsvarende begrenset. Hensynet bak innføringen av regelen var å motvirke at reglene om innbetaling av aksjeinnskudd ble omgått, og å beskytte kreditorene mot dominerende aksjonærer som utnyttet sin innflytelse.² Loven oppstilte ikke unntak fra aksjeloven § 31 (3) som tilsvarer dagens § 8-7 (3).

Aksjeloven av 1957 ble avløst av aksjeloven av 4. juni 1976. Aksjeloven av 1976 var i stor grad basert på Innstilling om Lov om aksjeselskaper, avgitt av lagdommer Hans Fredrik Marthinussen i 1970.

Innstillingen var et resultat av et fellesnordisk samarbeidsprosjekt for å oppnå rettslikhet på aksjerettens område.³ Samtidig som den norske innstillingen ble avgitt, ble det også lagt fram innstillinger til nye aksjelover i de øvrige nordiske landene. Det var i utgangspunktet stor likhet mellom innstillingene, men det videre arbeidet med lovforslagene i de respektive land medførte imidlertid større forskjeller i lovene som ble vedtatt. De nordiske aksjelovene var likevel tuftet på samme systematikk, og løsningene på ulike spørsmål er langt på vei de samme.⁴

Innstillingen gikk inn for en videreføring av aksjeloven av 1957 § 31 (3), med den reservasjon at begrensningene heretter ikke skulle gjelde når det ble stilt betryggende sikkerhet, og det ble foreslått lovfestet en unntaksregel fra utgangspunktet som begrenset selskapers adgang til å gi lån til sine aksjonærer.⁵

I det videre arbeidet med innstillingen ble det vurdert om den norske regelen skulle legge seg på linje med de nye lovreglene som på det tidspunkt allerede var vedtatt i dansk og i svensk rett.⁶ Etter dansk rett gjaldt det en begrenset adgang til å gi lån til aksjonærer, mens det i svensk rett ble innført et forbud mot aksjonærlån i 1973. I Norge anså ikke lovgiver det som hensiktsmessig med en "så vidt stram avgrensning mot

² Se Aksjelovkomiteen av 1947, s. 32-33, merknad til § 29.

³ For inngående redegjørelse av det nordiske aksjelovsamarbeidet, se Jan Skåre "Det nordiske aksjelovsamarbeidet" i Tidsskrift for rettsvitenskap 1988, s. 606 flg.

⁴ Se Skåre/Knudsen s. 12.

⁵ Jf. Innstillingen s. 174, merknad til § 115.

⁶ Jf. Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 191-192.

utlånsmulighetene" som gjaldt etter svensk rett, og det ble konkludert med at det burde fremmes forslag som "i hovedtrekkene stemmer med det danske forslag, men som også inneholder momenter fra det svenske".⁷ Utsagnet kan trekke i retning av at den norske regelen samsvarer i størst grad med den danske regelen, men som det framgår av punkt 2.2 nedenfor, har den danske regelen gjennomgått en vesentlig innsnevring siden den gang.

Unntaksregelen som ble foreslått lovfestet i Innstillingen gjaldt lån til fordel for morselskap og sikkerhetsstillelse for morselskapets forpliktelser, altså et unntak som langt på vei svarer til dagens § 8-7 (3) nr. 2.⁸ Under det videre arbeidet med aksjeloven av 1976, ble unntaksbestemmelsen imidlertid utvidet til også å omfatte "sedvanlig kredittgivning i forbindelse med en forretningsavtale", noe som tilsvarende dagens § 8-7 (3) nr. 1.⁹ Ifølge Ot.prp. nr. 19 (1974-75) representerte unntaksregelen ikke en nyhet ettersom verken "§ 31 tredje ledd i ...[aksjeloven av 1957] og utkastets § 115 kan anses å omfatte ordinær kreditt i forbindelse med leveranseavtaler og liknende".¹⁰

Ved vedtakelsen av aksjeloven av 1976 var således begge unntak fra aksjonærlånebegrensningene, tilsvarende det som i dag er regulert i § 8-7 (3), en del av norsk rett.

1.3 Videre framstilling

Nedenfor i hovedpunkt 2 skal det redegjøres for hvordan reglene for kreditt og sikkerhetsstillelser til fordel for selskapers aksjonærer og deres nærstående, er utformet i Danmark og Sverige.¹¹ Hovedpunkt 3 omhandler § 8-7 (3). I punkt 3.2 vil jeg plassere asl. § 8-7 (3) i en rettslig sammenheng, for så videre å angi bestemmelsens anvendelsesområde,

⁷ Jf. Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

⁸ Jf. Innstillingens s. 174, § 115.

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

¹⁰ Jf. Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

¹¹ Når det i det følgende kun henvises til aksjonær, vil dette også innebære en henvisning til aksjonærens nærstående.

se punkt 3.3. Asl. § 8-7 (3) nr. 1 blir redegjort for i punkt 3.4, og § 8-7 (3) nr. 2 blir behandlet i punkt 3.3. I hovedpunkt 4 blir det redegjort for virkningen av brudd på § 8-7 (3).

Jeg har av praktiske årsaker avgrenset oppgaven til aksjeloven § 8-7 (3), til tross for at regelen i allmennaksjeloven er identisk utformet på de punkter som behandles i oppgaven. Innholdet av oppgaven vil derfor i det vesentlige gjelde tilsvarende for allmennaksjeselskaper. Det avgrenses videre mot formaliteter i forhold til § 8-7 (3) nr. 2, slik som for eksempel hvem som har kompetanse til å innvilge kreditt eller sikkerhetsstillelse. Forholdet til § 8-7 (4), som åpner for bruk av konsernkonto, vil heller ikke bli behandlet.

2 Rettstilstanden i Danmark og Sverige

2.1 Relevans

Rettstilstanden i andre land kan aldri direkte avgjøre hva som er gjeldende norsk rett. Likevel kan det være relevant å undersøke hvordan spørsmålet er løst i andre lands rettssystem.¹² Dette gjelder særlig dersom løsningen etter norsk rett er tvilsom. Ved slike undersøkelser er det naturlig å undersøke rettstilstanden i land som bygger på et rettssystem og en rettskultur, som er nær vår egen. På aksjerettens område er dette særlig aktuelt i forhold til våre nordiske naboland, jf. punkt 1.2 foran.¹³

I det følgende skal det kort redegjøres for de svenske og danske reglene om kreditt eller sikkerhetsstillelser til fordel for aksjonærer og deres nærstående. Det vil bli særskilt vurdert hvorvidt det finnes unntaksbestemmelser som tilsvarer asl. § 8-7 (3) nr. 1 og nr. 2.

¹² Se Nygaard s. 51, Eckhoff s. 284.

¹³ Se også NOU 1992:29 s. 12-13.

2.2 Dansk rett

I Danmark ble det 29. mai 2009 vedtatt en ny lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Forventet ikrafttredelse for loven er 18. januar 2010. Loven bygger på en betenkning foretatt av Udvalget til Modernisering af Selskabsretten, lagt fram i november 2008.¹⁴ Den nye loven har som målsetting å liberalisere de gjeldende danske aksjereglene for å øke den danske selskapslovgivningens internasjonale konkurransedyktighet.¹⁵ Blant annet tar loven i stor grad bruk av deklarasjonslovgivning.

Hittil har de relevante regler om selskapers adgang til å yte lån til aksjonærer vært regulert i anpartsselskabsloven av 22. mai 1996 § 49, og aktieselskabslov av 13. juni 1973 § 115.¹⁶ Reglene opprettholdes i uendret omfang i den nye selskabsloven (sl.) § 210.¹⁷ Sl. § 210 lyder som følger: "Et kapitalsselskab må ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, jf. dog §§ 211-214". Ordlyden i sl. § 210 viser at det i dansk rett oppstilles et generelt forbud for selskap til å yte kreditt eller stille sikkerhet til sine aksjonærer. Forbudet gjelder tilsvarende for aksjonærens nærstående, jf. sl. § 210 1. pkt.

Aktieselskabsloven av 1973 inneholdt opprinnelig en mindre restriktiv regel, men i 1982 ble det innført et generelt forbud mot lån til aksjonærer.¹⁸ Bakgrunnen for skjerpelsen var at kravet om at det måtte stilles betryggende sikkerhet for aksjonærlån ikke ble overholdt i praksis, og videre ble forbudet begrunnet ut fra skatterettslige betraktninger.¹⁹ Lovgiver mente at dersom det ikke ble oppstilt et generelt forbud, kunne aksjonærene istedenfor å ta

¹⁴ I det følgende benevnt som "Moderniseringsutvalget". Se betenkningens kap. 14 for reglene om aksjonærlån, s. 485 flg.

¹⁵ Se Neville/Engsig Sørensen s. 18, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 307, Kjølbye/Christensen s. 1.

¹⁶ Bestemmelsene tilsvarende asl./asal. § 8-7 (1). I denne oppgaven vil juridisk teori tilknyttet begge bestemmelsene benyttes.

¹⁷ Se Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 305.

¹⁸ Se Krüger Andersen s. 86, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 305.

¹⁹ Se Neville s. 50-51.

ut utbytte, trekke selskapets midler ut som lån og dermed unngå utbytteskatt.²⁰ Ved utarbeidelsen av den nye selskapsloven foreslo Moderniseringsutvalget å oppheve dagens forbud, og erstatte forbudet med at kreditt eller sikkerhetsstillelser skulle være tillatt dersom bestemte vilkår var oppfylt.²¹ Folketinget valgte imidlertid å videreføre dagens forbud.²² Werlauff uttaler at forbudet mot aksjonærlån etter den nye selskapsloven "fremstår som en enkelt forbuds-ø i et stadig større frihedshav, og at øen vil blive overskyttet – for til sidst at forsvinde helt i havet".²³

Unntak fra forbudet mot aksjonærlån finnes i sl. §§ 211 til 214.

Sl. § 211 svarer til asl. § 8-7 (3) nr. 2, og lyder: "Et kapitalselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser". Lån og sikkerhetsstillelser er bare tillatt til fordel for morselskapet, og unntaket er dermed noe snevrere enn det norske unntaket som tillater kreditt og sikkerhetsstillelser til fordel for morselskap og øvrige selskap i samme konsern. Hvilke land som anses som "visse utenlandske" er foreløpig usikkert. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fullmakt til å fastsette dette nærmere, jf. sl. § 211 (2). Dagens regel tillater kreditt eller sikkerhetsstillelser til morselskap hjemmehørende i EØS-stater.²⁴ Moderniseringsutvalget foreslo å utvide den eksisterende regelen til også å omfatte OECD-land som tilhørte de beste kategoriene på OECDs landrisiko-klassifisering.²⁵ Tiden vil vise om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen også vil inkludere OECD-land på listen.

Sl. § 212 svarer til asl. § 8-7 (3) nr. 1: "...et kapitalselskab [kan] som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller

²⁰ Se Neville s. 51, Moderniseringsutvalget s. 485, punkt 14.1.1.

²¹ Se Moderniseringsutvalget s. 490, punkt 14.1.4.1.

²² Se Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 305.

²³ Se Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 293.

²⁴ Se Werlauff/Schaumburg-Müller s. 605-606, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 305.

²⁵ Se Moderniseringsutvalgets utredning, s. 503 flg. punkt 14.3.4. Gjennom en slik utvidelse ville både USA, Australia og flere land utenfor EØS-samarbeidet også være omfattet av regelen.

stille sikkerhet for personkredsen, der er nævnt i § 210". Dette unntaket var også tidligere gjeldende rett, men framgikk da kun av forarbeidene.²⁶

Adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for aksjonærer etter dansk rett må etter dette sies å være strengere enn etter norsk rett. Etter dansk rett foreligger det i utgangspunktet et forbud mot å gi kreditt eller stille sikkerhet til sine aksjonærer, mens det etter norsk rett er adgang til kreditt eller sikkerhetsstillelser, men med klare begrensninger.

Unntakene fra forbudet er imidlertid tilnærmet de samme som unntakene i asl. § 8-7 (3). Dermed kan fortolkningen av de danske unntaksreglene bidra til å kaste lys over de norske reglene.

2.3 Svensk rett

Sverige nye aksjelov, aktiebolagslagen (2005:551), trådte i kraft 1. januar 2006. Denne erstattet den gamle loven fra 1975, aktiebolagslagen (1975:1385). Et utvalg hadde arbeidet med en reform av aksjelovgivningen i perioden mellom 1990 og 2000, og det var et overordnet mål å få en mer pedagogisk lovgivning.²⁷ Aktiebolagslagen av 2005 inneholder, til tross for det langvarige reformarbeidet, ingen store materielle endringer i forhold til aktiebolagslagen av 1975.²⁸

Adgangen til kreditt eller sikkerhetsstillelser til fordel for aksjonærer, reguleres i aktiebolagslagen (abl.) kap. 21 §§ 1 og 2. Første ledd i abl. § 1 lyder: "Om inte annat följer av 2 §, får ett aktiebolag inte lämna penninglån till den som äger aktier i bolaget eller i annat bolag i samma koncern". Regelen omfatter også aksjonærens nærstående, jf. abl.

²⁶ Se Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 299, Neville s. 59.

²⁷ Se forordet i Nerep/Samuelsson.

²⁸ Se forordet i Nerep/Samuelsson.

kap. 21 § 1 nr. 3. Som i dansk rett begrunnes forbudet hovedsakelig ut fra skattemessige forhold.²⁹

Etter det nordiske lovsamarbeidet, ble det i Sverige opprinnelig forslått å tillate aksjonærlån innenfor "ramen av utdelningsbara medel eller mot betryggende sikkerhet".³⁰

Likevel ble det i det videre arbeidet med loven fastsatt et generelt forbud. Regelen, slik den framstår i dag, har vært en del av svensk rett siden 1973.³¹ Senere forsøk på å erstatte forbudet med lånerestriksjoner har ikke ført fram.³²

Unntak fra forbudet mot aksjonærlån finnes i abl. kap. 21 § 2. Av bestemmelsen framgår det at § 1 ikke gjelder dersom:

"2. gäldenären är ett företag i en koncern i vilken det långgivande bolaget ingår,

3. lånet är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse och bolaget lämnar lånet av rent affärsmässiga skäl."

Abl. § 2 nr. 2 tilsvarer asl. § 8-7 (3) nr. 2, og innebærer at et datterselskap kan gi lån til sitt morselskap, eller lån til noen av morselskapets øvrige datterselskaper.³³ Etter aktiebolagslagen av 1975 ble det kun regnet som et konsern når morselskapet var et svensk aksjeselskap, men ved vedtakelsen av aktiebolagslagen av 2005 ble denne regelen ansett for å være i strid med EU-rettens prinsipp om ikke-diskriminering.³⁴ Et konsern omfatter nå også alle morselskap som er hjemmehørende i EU/EØS-land, jf. den utvidede konserndefinisjonen i abl. kap. 21 § 2 (2) nr. 2.

²⁹ Se Rodhe s. 113, Nerep/Samuelsson s. 394.

³⁰ Se Andersson/Johansson/Skog s. 21:3, med videre henvisning til SOU 1971:15 s. 322.

³¹ Det generelle utlåningsforbudet trådte i kraft 6. juni 1973, jf. Nerep/Samuelsson s. 394.

³² Se Andersson/Johansson/Skog s. 21:3, med videre henvisning til SOU 1997:168 s. 87 og SOU 2001:1 s. 373.

³³ Se Andersson/Johansson/Skog s. 21:9.

³⁴ Se Nerep/Samuelsson s. 423, Andersson/Johansson/Skog s. 21:9.

Regelen i abl. kap. 21 § 2 nr. 3 tilsvarer asl. § 8-7 (3) nr. 1. Bestemmelsen viser at et selskap kan gi lån til sine aksjonærer dersom lånet inngår som en del av aksjonærens virksomhet, og lånet har et forretningsmessig formål.

Den svenske regelen, som innebærer et forbud mot at aksjeselskap gir kreditt eller stiller sikkerhet til sine aksjonærer er, i likhet med den danske regelen, strengere enn asl. § 8-7 (1). Unntakene fra forbudet er imidlertid tilnærmet de samme som i § 8-7 (3), og dermed kan også svensk rett bidra til å kaste lys over de norske reglene.

3 Aksjeloven § 8-7 tredje ledd

3.1 Oversikt over problemstillingene

Asl. § 8-7 (3) inneholder to nokså ulike unntaksregler, og vilkårene for reglene vil derfor redegjøres for separat i punkt 3.4 og 3.5 nedenfor. I tillegg til en behandling av de lovbestemte vilkårene i § 8-7 (3), skal det drøftes om det gjelder et ulovfestet krav om at disposisjoner selskapets generalforsamling eller styre foretar, må bero på en forretningsmessig begrunnelse. Oppstilles et slikt krav vil det medføre at kreditt og sikkerhetsstillelsene etter § 8-7 (3) må ha en forretningsmessig begrunnelse, se punkt 3.5.3.

I punkt 3.2 vil jeg plassere § 8-7 (3) i en rettslig sammenheng. Dette er nødvendig for å vise at også øvrige bestemmelser kan ha innflytelse på hvorvidt kreditt eller sikkerhetsstillelser etter § 8-7 (3) er gyldig. Videre skal bestemmelsens anvendelsesområde angis i punkt 3.3.

3.2 Rettslig plassering

Asl. § 8-7 (3) begrenser generalforsamlingens og styrets kompetanse til å fatte beslutninger på vegne av aksjeselskaper. I det følgende skal jeg plassere § 8-7 i en rettslig sammenheng

med øvrige regler som kan begrense generalforsamlingens og styrets kompetanse. Det kan nemlig være slik at til tross for at vilkårene i § 8-7 (3) isolert tolket er oppfylt, så er kreditten eller sikkerhetsstillelsen ulovlig fordi generalforsamlingen eller styret har overskredet sin kompetanse i forhold til selskapets vedtekter eller aksjelovens øvrige bestemmelser.

For det første kan selskapets vedtekter begrense adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet etter asl. § 8-7 (3). Hvorvidt et selskap har adgang til å benytte midler til å yte kreditt eller stille sikkerhet, må bero på om dette kan sies å ligge innenfor selskapets vedtekter.³⁵ Gjennom vedtektene kan generalforsamlingens og styrets kompetanse begrenses, og dermed også deres adgang til å innvilge kreditt eller sikkerhetsstillelser.

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1937 s. 439. Her var forholdet at det var ytet et lån fra AS Mosvolds rederi til AS Østkysten. Spørsmålet var om AS Mosvold hadde adgang til å yte dette lånet eller om vedtektenes formål satte begrensninger for utlån. Formålet etter vedtektene var "å drive skibsrederi og hvad dermed står i forbindelse". Høyesterett kom til at generalforsamlingens beslutning om å gi AS Østkysten lån var ulovlig, da lånet "ligger utenfor selskapets formål". Det ble bemerket at det i utgangspunktet ville ligge innenfor selskapets formål "å anbringe ledig kapital i pantobligasjoner eller aksjer i andre rederier, når dette skjer i selskapets egen interesse". Høyesterett fant likevel at dette ikke var tilfelle i denne saken, og det ble uttalt at beslutningen var "fattet uten noe hensyn til selskapets egne interesser, men kun i A/S Østkystens og familien Mosvolds interesser". Lånet lå dermed utenfor det som var selskapets vedtektsfestede formål, og var således ikke lovlig.

Om vedtektene er til hinder for kreditt eller sikkerhetsstillelser, må avgjøres etter en tolkning av vedtektene. Tolkningen må bero på vanlige prinsipper for vedtektstolkning.³⁶

For det andre er visse former for kreditt eller sikkerhetsstillelse i utgangspunktet absolutt forbudt, jf. asl. § 8-10. Bestemmelsen viser at et selskap ikke kan gi kreditt eller stille sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet. Det samme gjelder da kreditt eller sikkerhetsstillelse i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 191, Aarbakke s. 614, Bråthen II s. 2, Giertsen s. 119-121.

³⁶ Se nærmere om vedtektstolkning i Bråthen, Personklausuler i aksjeselskap, s. 148 flg.

aksjer i selskapets morselskap. Det finnes dog unntak fra § 8-10 som blir gitt i forskrifts form, jf. § 8-10 (2), men dette vil jeg ikke gå nærmere inn på.

En tredje begrensning er at styret har et ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet, jf. asl. § 6-12 sml. § 6-13.³⁷ Styret må i denne forbindelse blant annet påse at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital ut fra risikoen ved, og omfanget av, virksomheten i selskapet, jf. asl. § 3-4 sml. § 3-5.³⁸ Dersom en kreditt eller sikkerhetsstillelse vil medføre at selskapet ikke lenger oppfyller kravet om en forsvarlig egenkapital, er det ikke adgang for selskapet til å gi kreditten eller stille sikkerheten.

Begrensninger kan også følge av asl. § 3-6. Kreditt eller sikkerhetsstillelser fra et datterselskap til morselskap kan i seg selv bli betraktet som en ulovlig utdeling dersom morselskapets økonomi i realiteten er så dårlig at det ikke kan anses for å være gitt kreditt eller sikkerhetsstillelse, men i realiteten en overføring av de midler som gis som kreditt/stilles som sikkerhet.

Disposisjonene kan etter omstendighetene også være i strid med aksjelovens generelle regler om myndighetsmisbruk, dersom disposisjonene representerer en "urimelig fordel" for en aksjonær, jf. asl. §§ 5-21 og 6-28.³⁹ I tillegg kan disposisjonene rammes av aksjelovens inhabilitetsregler, jf. asl. § 6-27.⁴⁰

Endelig kan også asl. § 3-8 og § 3-9 sette begrensninger for selskapets beslutning om kreditt eller sikkerhetsstillelser etter § 8-7 (3). Etter § 3-8 må avtaler forelegges generalforsamlingen for godkjenning dersom selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen. Det er likevel oppstilt et viktig unntak for avtaler som er inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet, og som inneholder pris og vilkår

³⁷ Se Aarbakke m.fl. s. 614, Bråthen II s. 3.

³⁸ Se Bråthen s. 3.

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 191, Aarbakke s. 614, Bråthen s. 3.

⁴⁰ Se Aarbakke m.fl. s. 614, Bråthen II s. 3.

som er vanlige for slike avtaler, jf. § 3-8 (1) nr. 4. Etter asl. § 3-9 må transaksjoner mellom selskap i samme konsern grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper, og videre at vesentlige avtaler innad i konsern skal foreligge skriftlig.

3.3 Bestemmelsens anvendelsesområde

Jeg har ovenfor vist at § 8-7 (3) må sees i sammenheng med selskapets vedtekter og aksjelovens øvrige regler som kan begrense generalforsamlingens og styrets kompetanse. I punkt 3.3.1 vil det bli redegjort for begrepene kreditt og sikkerhet, som er grunnleggende vilkår for at § 8-7 (3) kommer til anvendelse. Deretter skal det i punkt 3.3.2 redegjøres for hovedregelen i § 8-7 (1) som angir anvendelsesområdet for § 8-7 (3).

3.3.1 Kreditt eller sikkerhetsstillelse

Asl. § 8-7 (3) kommer til anvendelse der det er tale om å gi kreditt eller stille sikkerhet. Konsekvensen av å være utenfor disse begrepene, vil avhenge av hva disposisjonen klassifiseres som. For eksempel kan den etter omstendighetene rammes av utdelingsreglene i asl. § 3-6, reglene for gaveytelser i § 8-6, eller at disposisjonen er tillatt innenfor rammene av styrets generelle kompetanse.

Framstillingen tar sikte på å vise hvilke former for kreditt og sikkerhetsstillelser som er aktuelle i forhold til § 8-7 (3), og ikke en framstilling av kreditt og sikkerhetsstillelser i sin alminnelighet.

Begrepet "kreditt" er ikke definert i aksjelovgivningen.

Ordlyden må forstås slik at kreditt først er ytet fra selskapets side når en fysisk eller juridisk person mottar selskapets ytelse, og senere må tilbakebetale eller på annen måte kompensere for den mottatte ytelsen. Kredittgiver har dermed et fordringskrav på kredittmottaker.

I aksjeloven av 1976 § 12-10 benyttet loven begrepet "lån", men dette ble erstattet med "kreditt" i aksjeloven av 1997 § 8-7.⁴¹ Selv om ordlyden "kreditt" kan virke mer omfattende enn "lån", framgår det av forarbeidene at det ikke var meningen å endre realiteten i bestemmelsen, men at endringen ble foretatt "fordi ordet kreditt språklig sett virker mer dekkende".⁴²

For det første vil alle pengelån eller andre pengekreditter som utgangspunkt falle innenfor begrepet kreditt.⁴³ Videre vil kredittkjøp være omfattet av kredittbegrepet, for eksempel tilfeller hvor morselskapet kjøper noe på kreditt fra sitt datterselskap. Slike tilfeller vil typisk omfattes § 8-7 (3) nr. 1.

Det ytes også kreditt i de tilfeller hvor det ikke gis ny kreditt, men hvor selskapet betaler for allerede eksisterende fordringer fra tredjeperson, og i tilfeller hvor den kredittsøkende får overta en allerede eksisterende fordring som selskapet har på en utenforstående.⁴⁴

Utlån av gjenstander vederlagsfritt fra et selskap til en aksjonær har i forarbeidene ikke blitt ansett som kredittytelser, så fremt det foreligger en tilbakeføringsplikt av gjenstanden.⁴⁵ Dette kan også fastslås ut fra ovennevnte kredittdefinisjon som forutsetter en form for tilbakebetaling. Synspunktet har også tilslutning i juridisk teori.⁴⁶

Det vil kunne tenkes enkelte spesielle tilfeller hvor det er tvilsomt om et selskap har ytet kreditt, eksempelvis om hvorvidt felles låneavtaler med "cross default"-klausuler omfattes av kredittbegrepet, eller om utlån av verdipapirer regnes som kreditt. Jeg anser imidlertid en utførlig redegjørelse av disse spørsmålene for å falle utenfor avhandlingens tema.

Hva som ligger i begrepet "stille sikkerhet", er heller ikke definert i aksjeloven.

⁴¹ Aksjeloven § 8-7 er i all hovedsak en videreføring av aksjeloven av 1976 § 12-10, jf. NOU 1996:3 s. 151.

⁴² Jf. NOU 1992:29 s. 178-179, bemerkninger til § 13-10, NOU 1996:3 s.151.

⁴³ Se Aarbakke m.fl. s. 616, Bråthen II s. 9.

⁴⁴ Se Aarbakke m.fl. s. 616, Bråthen II s. 11-12.

⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

⁴⁶ Se Andenæs s. 474, Aarbakke m.fl. s. 616, Bråthen II s. 11, Giertsen s. 69.

Med "stille sikkerhet" må det forstås tilfeller hvor et selskap innestår for betaling av en annens forpliktelse, dersom denne ikke selv makter å oppfylle forpliktelsen. Som sikkerhetsstillelse regnes både realsikkerhet som eksempelvis pantsettelse, og personalsikkerhet slik som kausjon, medskyldneransvar og endossementansvar.⁴⁷

Det er antatt at negative pantsettelseserklæringer ikke faller inn under begrepet "stille sikkerhet".⁴⁸ En negativ pantsettelse vil for eksempel foreligge dersom et datterselskap gir et løfte til morselskapets kreditorer om at hun (datter) ikke skal pantsette sine eiendeler. Begrunnelsen for at dette ikke blir betraktet som en sikkerhetsstillelse, er at det ikke utgjør en gjeldspost eller annen direkte økonomisk byrde for selskapet, selv om det innebærer en begrensning av selskapets handlefrihet.⁴⁹ Det vil først og fremst være en avtalerettslig forpliktelse.

I Rt. 1997 s. 840 var saksforholdet at morselskapet hadde tatt opp et lån som datterselskapet hadde stilt sikkerhet for. Midlene ble deretter lånt ut fra morselskapet til datterselskapet. Dette ble gjort fordi morselskapet hadde større kredittverdighet enn datterselskapet. I realiteten var dette en sikkerhetsstillelse som datterselskapet gjorde for sitt eget lån, og Høyesterett kom derfor til at datterselskapets sikkerhetsstillelse for morselskapets lån, ikke ble rammet av aksjeloven 1976 § 12-10. Avgjørelsen viser at det er de reelle, og ikke formelle vurderinger, som må legges til grunn ved avgjørelsen om det er stilt sikkerhet.

⁴⁷ Se Andenæs s. 474, Aarbakke m.fl. s. 616.

⁴⁸ Se Andenæs s. 475, Bråthen II s. 19, Giertsen, s. 74.

⁴⁹ Se Andenæs s. 475.

3.3.2 Hovedregelen i aksjeloven § 8-7 første ledd

Det generelle utgangspunktet er at aksjeselskaper er autonome og råder over egne midler, men som vist i punkt 3.2, er asl. § 8-7 én av flere bestemmelser som setter positivrettslige begrensninger i den handlefrihet selskapene ellers ville hatt.⁵⁰

Bakgrunnen for hovedregelen i § 8-7 (1) er de særlige betenkeligheter som kan oppstå når et selskap gir kreditt eller stiller sikkerhet til en som står selskapet nær, og gjennom bestemmelsen søkes selskapets bundne egenkapital vernet mot lånetransaksjoner som ikke har vært gjenstand for en kritisk forretningsmessig vurdering.⁵¹ Forarbeidene framhever at regelen i første rekke tar sikte på å ramme omgåelser av utbyttereglene, samt å forhindre tapping av selskapets midler.⁵² Det ble videre presisert aksjonærlån ofte "representerer en ressursanvendelse som ikke fremmer selskapets virksomhet".⁵³

Bestemmelsen kommer kun til anvendelse når kreditt eller sikkerhetsstillelser blir gitt/stilt "til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående", jf. § 8-7 (1). Det påpekes kort at en aksjonær er en fysisk eller juridisk person som eier aksjer i selskapet, mens en nærstående står i relasjon til aksjonæren som beskrevet i asl. § 1-5. Med "til fordel for" avgrensner loven bestemmelsens personkrets, og formuleringen inneholder ingen øvrige begrensninger.

Asl. § 8-7 (1) fastslår at selskaper kun kan gi kreditt eller sikkerhetsstillelse til aksjonærer innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og kun når det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøkning. En slik begrensning er naturlig ettersom de samme midlene kunne vært utdelt i sin helhet.

⁵⁰ Se Andenæs s. 473.

⁵¹ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 191-192, Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 62.

⁵² Jf. NOU 1992:29 s. 174, punkt 13.3.2.2, Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 14, Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 29.

⁵³ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 191.

Det første vilkåret angir en beløpsmessig begrensning for hvilke midler selskapet har adgang til å benytte til kreditt eller sikkerhetsstillelser. Hvilket beløp som kan deles ut i utbytte reguleres av asl. § 8-1, og bestemmelsen oppstiller flere kumulative vilkår. En gjennomgang av utdelingsreglene hører ikke naturlig inn i denne oppgaven, og vil ikke bli nærmere behandlet.

Det andre vilkåret som oppstilles i § 8-7 (1) er at det stilles "betryggende sikkerhet" for selskapets kreditt eller sikkerhetsstillelse. Begrepet må forstås dit hen at selskapet har fått en egen sikkerhetsstillelse for den aktuelle kreditten eller sikkerhetsstillelsen, slik som for eksempel realsikkerhet i et panteobjekt, kausjon eller en bankgaranti for beløpet. Det er ikke tilstrekkelig at debitor har en generell god økonomi, jf. ordlyden "... stilles betryggende sikkerhet ...".⁵⁴ Begrepet "betryggende" har både en rettslig og en økonomisk side.⁵⁵ For å være betryggende rettslig sett må avtalen være gyldig, den må ha ordinært rettsvern og være uomstøtelig ved en eventuell konkurs. Fra et økonomisk synspunkt vil sikkerheten være betryggende ved at selskapet har vurdert de faktiske dekningsutsiktene til å være positive.⁵⁶

Av forarbeidene følger det at vilkårene i § 8-7 (1) må være oppfylt når kreditten gis eller sikkerheten stilles.⁵⁷ Det avgjørende tidspunkt for om kreditten eller sikkerhetsstillelsen er gyldig, er således selskapets situasjon på ytelsestidspunktet. En senere forverring i selskapets økonomi vil ikke endre lovligheten av den gitte kreditten. Loven er på dette punkt endret i forhold til aksjeloven av 1976 § 12-10. Det ble da stilt som vilkår at betingelsene var oppfylt under hele lånetiden. Endringene ble innført etter en erkjennelse om at reglen som fulgte av aksjeloven av 1976, kunne virke urimelig ovenfor selskapets

⁵⁴ Min utheving. Se Aarbakke m.fl. s. 618, Andenæs s. 477, Bråthen I s. 170.

⁵⁵ Se Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1374.

⁵⁶ Se Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1374.

⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-97) s. 155, merknad til § 8-7, NOU 1992:29 s. 174.

medkontrahtenter, og at det ikke var behov for å beskytte selskapet i den grad regelen gjorde.⁵⁸

3.4 Aksjeloven § 8-7 tredje ledd nr. 1

3.4.1 Utgangspunkter

Bestemmelsen i asl. § 8-7 (3) nr. 1 gir et selskap adgang til å gi kreditt til aksjonærer eller noen av aksjonærens nærstående, under forutsetning av at det skjer i forbindelse med forretningsavtaler som har vanlig løpetid. Dersom vilkårene i § 8-7 (3) nr. 1 er oppfylt, kan selskapet innvilge kreditt uten at kreditten må ligge innenfor rammen av de midler som kan deles ut som utbytte, og det kreves heller ikke at det stilles betryggende sikkerhet for kreditten, slik tilfellet er i asl. § 8-7 (1).

Regelen ble innført ved aksjeloven av 1976, og er begrenset behandlet i forarbeidene. Likevel ble det, som nevnt ovenfor i punkt 1.2, presisert i Ot.prp. nr. 19 (1974-75) at unntaksregelen for adgang til kreditt ved forretningsavtaler ikke representerte noen nyhet ettersom verken "§ 31 tredje ledd i ...[aksjeloven av 1957] og utkastets § 115 kan anses å omfatte ordinær kreditt i forbindelse med leveranseavtaler og liknende".⁵⁹ Dette tyder på at selv om regelen ikke hadde vært lovfestet slik den framstår i § 8-7 (3) nr. 1, så ville det vært adgang for selskaper til å inngå forretningsavtaler med sine aksjonærer ut fra en tanke om at § 8-7 (1) ikke tar sikte på å ramme denne typen avtaler. Dermed må § 8-7 (3) nr. 1 betraktes som en kodifisering av det som allerede var antatt å være gjeldende rett også før aksjeloven av 1976.

Gjennom bestemmelsen stadfester lovgiver at selskapets aksjonærer skal ha mulighet til å delta og konkurrere på like vilkår som selskapets andre forretningspartnere. For andre forretningspartnere gjelder det ingen regulering om adgangen til å gi kreditt. I flere bransjer

⁵⁸ Jf. NOU 1992:29 s. 174, Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 59 punkt 4.2, NOU 1996:3 s. 151 § 6-9.

⁵⁹ Jf. Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

er det vanlig praksis å innvilge kreditt til kjøpere av ens tjenester eller produkter, og med hjemmel i § 8-7 (3) nr. 1 kan selskapets aksjonærer likebehandles med andre forretningspartnere når det inngås forretningsavtaler.

I praksis vil forretningsavtaler være vanlige salgavtaler, serviceavtaler og liknende. Selskapet B er for eksempel produsent av lyspærer til elbiler. En aksjonær, selskap A, produserer elbiler. Det vil da være naturlig at A inngår en kjøpsavtale med B. A får løpende fakturaer ved levering fra B, og blir gitt en betalingsfrist på tre måneder. I et slikt tilfelle ytes det kreditt fra selskap til aksjonær, og unntaket i § 8-7 (3) nr. 1 kommer til anvendelse. Øvrige eksempler på forretningsavtaler kan være at et selskap leier ut lokaler til en aksjonær mot etterskuddsbetaling av husleie, eller at selskapet gir forskudd på lønn, eller forskudd til dekning av reise etc., til en aksjonær som er ansatt i firmaet.⁶⁰

I et konsernperspektiv har § 8-7 (3) nr. 1 liten selvstendig betydning ved siden av § 8-7 (3) nr. 2. Kun ved såkalte "uekte" konserner, altså konserner hvor konsernspissen har en annen selskapsform enn aksjeselskap (eller allmennaksjeselskap), vil § 8-7 (3) nr. 2 ikke komme til anvendelse grunnet manglende oppfyllelse av konserndefinisjonen i § 1-3, mens § 8-7 (3) nr. 1 fortsatt kan være en aktuell hjemmel.

3.4.2 Hensyn bak regelen

Begrunnelsen for å unnta forretningsavtaler mellom aksjonærer og aksjeselskap fra begrensningene i § 8-7 (1), må sees i sammenheng med at det er et overordnet mål fra myndighetenes side å legge til rette for et effektivt og konkurransedyktig næringsliv. Dersom lovgiver ikke tillot forretningsavtaler mellom et selskap og deres aksjonærer, ville selskapet i stor grad blitt avskåret fra å ha forretningsavtaler med sine aksjonærer. Som en konsekvens ville kretsen et selskap kan inngå avtaler om kjøp og salg reduseres, og hvilket igjen kunne vanskeliggjøre selskapets drift.

⁶⁰ Se Aarbakke m.fl. s. 620, Bråthen I s. 170, Neville s. 59.

Unntaksregelen gjør det også mulig å inngå forretningsavtaler uten først å undersøke hvorvidt medkontrahenten tilhører personkretsen som omfattes av hovedregelen i første ledd.⁶¹ Effektivitetshensyn kan dermed sies å være et hensyn bak bestemmelsen.

3.4.3 Bestemmelsens vilkår

Kreditt som blir ytet etter § 8-7 (3) nr. 1 må ha "vanlig løpetid" og den må være gitt "i forbindelse med forretningsavtaler". Jeg vil i det følgende gjennomgå vilkårene.

3.4.3.1 Kreditt

For en definisjon av begrepet "kreditt", viser jeg til punkt 3.3.1 ovenfor.

Ordlyden i § 8-7 (3) nr. 1 nevner bare kreditt, og ikke sikkerhetsstillelse. Bestemmelsen skiller seg dermed fra ordlyden i § 8-7 (1) og (3) nr. 2, som begge omfatter både kreditt og sikkerhetsstillelse.

Spørsmålet er om det til tross for ordlyden, som taler for at det kun er adgang til å gi kreditt, likevel kan stilles sikkerhet i forbindelse med forretningsavtaler etter § 8-7 (3) nr. 1.

Det er ikke tatt stilling til spørsmålet i verken lovforarbeidene eller i rettspraksis. I juridisk teori hevdes det imidlertid at selv om loven kun nevner kreditt, innebærer det ingen begrensning i forhold til sikkerhetsstillelse.⁶² I forhold til § 8-7 (3) nr. 1 må kreditt derfor i følge teorien anses som en fellesbetegnelse på kreditt og sikkerhetsstillelser.

Et moment er om det foreligger noen hensyn som tilsier at lovgiver tillater et selskap å gi en aksjonær kreditt i forbindelse med en forretningsavtale, men at selskapet ikke kan, under ellers samme vilkår, stille sikkerhet.

⁶¹ Nerep s. 317, Bråthen II s. 14.

⁶² Se Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1380, Andenæs s. 477.

Som utgangspunkt vil det være mest praktisk med kredittytelser i forbindelse med forretningsavtaler, og det var kanskje derfor kun kreditt ble nevnt i loven.

I enkelte situasjoner kan det likevel være behov for at et selskap kan stille sikkerhet i forbindelse med en forretningsavtale.

Et eksempel kan være at selskap B leier lokaler av aksjonær A. De inngår en vanlig leieavtale, og det skal betales kr. 50 000 per måned i leie. B har ikke mulighet for å stille et ordinært depositum. For å sikre seg selv ved et eventuelt betalingsmishold fra Bs side, krever A at det kontraktsfestet en sikkerhetsstillelse i Bs driftsmidler for tap A vil lide ved et betalingsmislighold.

Videre omfatter som nevnt § 8-7 (1) og § 8-7 (3) nr. 2 både kreditt og sikkerhetsstillelse. Hensynet til indre sammenheng og konsekvens i loven tilsier dermed også at sikkerhetsstillelse omfattes av § 8-7 (3) nr. 1. Det er heller ingen reelle grunner for at norsk rett skal ha en annen løsning enn dansk og svensk rett. Unntaksregelen i dansk rett omfatter både kreditt og sikkerhetsstillelse, jf. sl. § 211, og i svensk rett uttales det i juridisk teori at selv om loven kun nevner lån, må sikkerhetsstillelser også omfattes.⁶³

Jeg av den oppfatning at det, til tross for ordlyden i § 8-7 (3) nr. 1, må konkluderes med at begrepet "kreditt" må ansees brukt som en fellesbetegnelse for kreditt og sikkerhetsstillelser. Avgjørende for dette synspunktet er behovet som kan være tilstede for at også sikkerhetsstillelser omfattes av unntaket, og hensynet til konsekvens og sammenheng i lovgivningen.

Unntaket i § 8-7 (3) nr. 1 omfatter dermed også sikkerhetsstillelser.

⁶³ Se Nerep/Samuelsson s. 394.

3.4.3.2 Forretningsavtale

Kreditten må videre være gitt i forbindelse med en forretningsavtale.

En naturlig språklig forståelse av ordet "forretningsavtale" tilsier at det må være tale om avtaler som inngås som en del av selskapets forretningsvirksomhet. Et utgangspunkt for vurderingen må være hva som er selskapets forretningsvirksomhet ut fra en tolkning av selskapets vedtekter.

Et spørsmål det må tas stilling til er hvorvidt forretningsavtaler bare kan inngås innenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.

Med selskapets ordinære virksomhetsområde menes kjerneområdet for selskapets drift, i motsetning til eksempelvis støttetjenester som leie av lokaler, regnskapsbistand, advokattjenester med mer. Spørsmålet kan illustreres på følgende måte: Kan en bilforretning kun inngå forretningsavtaler med sine aksjonærer som innebærer kjøp og salg av biler, eller kan bilforretningen også inngå en forretningsavtale med sin aksjonær (som eier et forretningsbygg) om at selskapet skal leie lokaler av denne aksjonæren, og betale leien forskuddsvis? Sistnevnte eksempel er utenfor den ordinære virksomheten, men må fortsatt sies å utgjøre en del av selskapets virksomhetsområde ettersom selskapet er avhengig av lokaler å drive virksomheten sin fra.

Spørsmålet om forståelsen av uttrykket "forretningsavtale" i forhold til § 8-7 (3) nr. 1 er verken berørt i lovforarbeidene eller rettspraksis. Ordlyden "forretningsavtale" dekker imidlertid alle avtaler som inngås som en del av selskapets forretningsvirksomhet.

Ordlyden taler dermed – etter mitt skjønn – for en vid forståelse av begrepet, og oppstiller ingen begrensning i forhold til at avtaler kun kan inngås under forutsetning av at de er en del av den ordinære driften.

Det har blitt hevdet ulike meninger i juridisk teori i forhold til om "forretningsavtaler" må begrenses til kun å gjelde innenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.

Andenæs og Matre mener at avtalene må være en del av det ordinære virksomhetsområdet. Bråthen mener at forretningsavtaler kan inngås utenfor det ordinære virksomhetsområde, så fremt forretningsavtalene ligger innenfor selskapet vedtektsfestede formål.⁶⁴

Det må videre ses hen til om øvrige bestemmelser i aksjeloven kan en gi løsning på problemstillingen.⁶⁵ I asl. § 3-8 er det gjort unntak for bestemmelsens krav om generalforsamlingsbehandling dersom avtalen er inngått "som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler", jf. § 3-8 (1) nr. 4. Det er således i § 3-8 (1) nr. 4 presisert at avtalen må være et ledd i selskapets vanlige virksomhet, hvilket altså ikke er presisert i § 8-7 (3) nr. 1. Når lovgiver har sett behovet for å lovfeste vilkåret i en bestemmelse, ville det også være naturlig å lovfeste vilkåret i andre bestemmelser hvis lovgiver hadde ment at vilkåret skulle gjelde. At loven presiserer kravet i § 3-8 (1) nr. 4, men unnlater en slik presisering i § 8-7 (3) nr. 1 taler mot at forretningsavtaler må begrenses til kun å gjelde innenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.

Formålet bak § 8-7 (3) nr. 1 er at selskapet skal ha en lik mulighet til å inngå forretningsavtaler med sine aksjonærer, som med sine øvrige forretningspartnere. En innskrenkende tolkning av forretningsavtaler ville stride mot bestemmelsens formål da selskapet i flere henseender ville blitt avskåret fra å inngå avtaler med sine aksjonærer. Formålsbetraktninger taler således for at det legges en vid forståelse av begrepet forretningsavtaler til grunn, og at det tillates forretningsavtaler utenfor selskapets ordinære virksomhetsområde. Dette så fremt avtalene er knyttet til virksomheten som sådan, for eksempel nødvendige støttetjenester.

⁶⁴ Se Andenæs s. 477, Matre (Norsk lovkommentar) note 1382, Bråthen II s. 16.

⁶⁵ Se Bråthen II s. 16.

Hensynet til selskapets kreditorer eller øvrige aksjonærer tilsier ikke en innskrenkende tolkning av forretningsavtalebegrepet.⁶⁶ Dersom selskapet ikke inngår avtalen med en aksjonær, måtte en liknende avtale blitt inngått med en utenforstående forretningspartner. I tillegg er det slik at selskapets ledelse har et ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet, jf. asl. §§ 6-12 og 6-13. Lovgiver bør stole på at styret oppfyller sitt ansvar, og sørger for at selskapet inngår avtaler som de er tjent med, selv om avtalene inngås med selskapets aksjonærer. At styret har et ansvar for at selskapet forvaltes på en forsvarlig måte tilsier at selskapet bør få inngå avtaler med selskapets aksjonærer, selv om avtalen er utenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.

Lovavdelingen har uttalt at det med forretningsavtaler siktes til "avtaler om ytelser av varer eller tjenester o.l. fra det kredittgivende selskap. At lånet har et forretningsmessig preg er i og for seg ikke avgjørende for at unntaket kommer til anvendelse".⁶⁷ Uttalelsen har blitt tolket dit hen at Lovavdelingen mener at forretningsavtalene må være innenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.⁶⁸ Generelt kan Lovavdelingens tolkningsuttalelser være en relevant rettskildefaktor ved løsningen av rettsspørsmål.⁶⁹ Imidlertid kan ikke Lovavdelingens tolkningsuttalelser tillegges større vekt enn hva den juridiske holdbarheten av deres synepunkter tilsier.⁷⁰ Innholdet av tolkningsuttalelsen er i dette tilfellet både uklart og mangler begrunnelse, og må derfor tillegges begrenset rettskildemessig vekt.

Ved løsningen legger jeg avgjørende vekt på at verken lovens ordlyd, forarbeider eller rettspraksis antyder at forretningsavtaler er begrenset til selskapets ordinære virksomhetsområde, samt at formålsbetraktninger og styrets ansvar for en forsvarlig forvaltning taler for at selskapet bør ha mulighet til å inngå forretningsavtaler også utenfor selskapets ordinære virksomhetsområde.

⁶⁶ Se Bråthen II s. 17.

⁶⁷ Se Lovavdelingens uttalelse 2951/79 H/HRS/JM 5.februar 1980. Inntatt i Matheson/Woxholt s. 231.

⁶⁸ Se Bråthen II s. 15.

⁶⁹ Se Eckhoff s. 231.

⁷⁰ Se Bråthen I s. 61.

Det konkluderes følgelig med at forretningsavtaler kan inngås utenfor selskapets ordinære virksomhetsområde, så fremt avtalen er knyttet til virksomheten som sådan, og dermed innenfor selskapets vedtektsfestede formål.

Det er ovenfor konkludert med at forretningsavtaler ikke er begrenset til selskapets ordinære virksomhetsområde. I det følgende vil det vurderes hvilke øvrige krav som kan utledes av begrepet "forretningsavtale".

For det første vil en forretningsavtale i utgangspunktet relatere seg til alle typer næringsvirksomhet som selskapet inngår avtaler med. Medkontrahentene kan være både ideelle organisasjoner eller alminnelige forretningselskaper.⁷¹ Herunder kan medkontrahenten være både fysiske og juridiske personer.

Det bør oppstilles som et krav for å oppfylle vilkåret om "forretningsavtale" at samme avtale kunne vært inngått med en av selskapets øvrige forretningspartnere.⁷² Formålet bak unntaksregelen var å likestille aksjonærer og øvrige forretningsparter. Hvis avtalen kun er mulig å inngå med selskapets aksjonærer, strider dette mot bestemmelsens formål. En avtale som ikke kunne vært inngått med en selskapets øvrige forretningspartnere kan derfor ikke betraktes som en forretningsavtale i bestemmelsens forstand.

Et spørsmål i forhold til § 8-7 (3) er om disposisjonene må ha en forretningsmessig begrunnelse. Det synes nokså naturlig at det bak en "forretningsavtale", må kreves at det foreligger en forretningsmessig begrunnelse, og dette er også lagt til grunn i juridisk teori.⁷³ Drøftelsen om hvorvidt det gjelder et krav om at generalforsamlingens og styrets

⁷¹ Se Nerep s. 315, Andersson/Johansson/Skog s. 21:11, Nerep/Samuelsson s. 417.

⁷² Se Bråthen II s. 17, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 299, Neville s. 59.

⁷³ Se Andersson/Johansson/Skog s. 21:11, Bråthen II s. 17, Neville s. 63, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 299.

avgjørelser må bero på en forretningsmessig begrunnelse, vil derfor foretas i forbindelse med redegjørelsen av § 8-7 (3) nr. 2, se nedenfor punkt 3.5.3.

Videre må det avgjøres om avtalen må fremstå som en forretningsavtale for selskapet, eller for aksjonæren. Lovens naturlige utgangspunkt må være at det er en forretningsavtale fra selskapets posisjon. Det virker lite rimelig at det er medkontrahentens synspunkt som skal være avgjørende. Dette synspunktet er også i samsvar med en uttalelse fra Lovavdelingen, og svensk og dansk rett.⁷⁴ Jeg legger følgelig til grunn at avtalen må fremstå som en forretningsavtale fra selskapets side.

Oppsummeringsvis kan det etter dette fastslås at forretningsavtalevilkåret ikke inneholder et krav om at forretningsavtalene må begrenses til å ligge innenfor selskapets ordinære virksomhetsområde, avtalene må ha en forretningsmessig begrunnelse, samme avtale må kunne inngås med utenforstående forretningspartnere og avtalen må fremstå som en forretningsavtale for selskapet.

3.4.3.3 "Vanlig løpetid"

Kreditt som gis i forbindelse med forretningsavtaler, må ha "vanlig løpetid" for at unntaksregelen i § 8-7 (3) nr. 1 skal komme til anvendelse.

Begrepet "vanlig" kan vanskelig gis et klart definert innhold. Hva som er vanlig vil avhenge av hvilken transaksjonstype det gjelder, og hvilke forretningsvaner som gjelder i den bransjen selskapet opererer.⁷⁵

⁷⁴ Se Lovavdelingen 19. mars 1980 jnr. 513/80-E, inntatt i Matheson/Woxholt I s. 231.

Andersson/Johansson/Skog s. 21:11, Neville s. 63, Nerep/Samuelsson s. 416.

⁷⁵ Se Aarbakke m.fl. s. 620, Bråthen II s. 18, Skåre/Knudsen s. 321.

Hva som er vanlig løpetid, må dermed bero på en konkret vurdering av det enkelte tilfelle. En klar indikasjon på om kredittens løpetid er vanlig, er om selskapet tidligere har gitt tilsvarende løpetid på kreditt i forretningsavtaler inngått med utenforstående tredjemenn.⁷⁶

Et unntak fra at forretningsavtalene må bero på vanlige løpetid kan kanskje tenkes hvis et selskap er etablert for å gi eierne fordeler med hensyn til kreditt og/eller sikkerhetsstillelser.⁷⁷ Det er antydning i juridisk teori at dersom det inngår i selskapets forretningsidé å gi eierne slike fordeler, og denne forretningsideen er kommet tydelig til uttrykk overfor kreditorene, bør slike disposisjoner godtas.⁷⁸

Det er antatt av enkelte teoretikere at vilkåret "vanlig" ikke bare viser til avtalens løpetid, men også til at fastsatte rentevilkår og øvrige vilkår i forretningsavtalen må være vanlige.⁷⁹

Uttalelser i aksjelovens forarbeider kan tas til inntekt for ulike syn. For det første blir det uttalt at begrensningene i første ledd ikke tar sikte på å omfatte "ordinær kreditt i forbindelse med leveranseavtaler o.l."⁸⁰ Dette er av Bråthen tatt til inntekt for at "vanlig" kun henspeiler på løpetiden.⁸¹ Jeg er imidlertid av den oppfatning at forarbeidene benytter "leveranseavtale" kun som et eksempel på når kreditt kan gis, og at utsagnet således ikke automatisk kan tas til inntekt for at "vanlig" kun henspeiler på kredittens løpetid. For det andre uttaler forarbeidene at begrensningene i første ledd ikke skal gjelde for "sedvanlig kredittgivning i forbindelse med en forretningsavtale".⁸² Uttalelsen trekker etter mitt skjønn i retning av at sedvanlighetskravet skal gjelde generelt for alle vilkår ved kredittytelsen, og ikke kun for kredittens løpetid.

⁷⁶ Se Moderniseringsutvalget s. 497, Neville s. 60.

⁷⁷ Se Bråthen II s. 18.

⁷⁸ Se Bråthen II s. 18.

⁷⁹ Se Aarbakke m.fl. s. 620, Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1381. Se motsatt Bråthen II s. 18.

⁸⁰ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-74) s. 192.

⁸¹ Se Bråthen II s. 18.

⁸² Jf. Ot.prp. nr. 19 (1975-75) s. 192.

Sistnevnte forståelse kan underbygges av hensynet bak regelen. Regelen skal muliggjøre forretningsavtaler mellom selskap og aksjonærer, på lik linje med øvrige forretningspartnere. Dersom forretningsavtalene ikke inneholdt et krav om at øvrige vilkår i avtalen også skulle bero på hva som ble ansett som vanlig, ville det stilt aksjonærene i en særlig gunstig posisjon i forhold til øvrige forretningspartnere. At øvrige vilkår må være vanlige har også betydning for selskapets aksjonærer og kreditorer. Det er en relativt vid unntakshjemmel som oppstilles i § 8-7 (3) nr. 1. Dersom selskapet inngår forretningsavtaler hvor det ikke er et krav om at vanlige vilkårene ligger til grunn, øker sjansen for at selskapets egenkapital tappes, og dette utgjør da en risiko for både aksjonærer og kreditorer.

At forretningsavtalene må bero på vanlige vilkår er også oppfatningen i dansk rett, hvor det er lagt til grunn at både betalingsbetingelser, kredittvurdering, sikkerhetsstillelse m.v. skal skje på nøyaktig samme vilkår, som tilsvarende disposisjoner vanligvis gjennomføres på overfor tredjemenn.⁸³

På bakgrunn av ovennevnte har jeg kommet til at begrepet "vanlig" ikke bare viser til avtalens løpetid, men også de øvrige vilkår i forretningsavtalen.

3.5 Aksjeloven § 8-7 tredje ledd nr. 2

3.5.1 Utgangspunkter

Asl. § 8-7 (3) nr. 2 regulerer konsernselskapers adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern, uten at det kredittytende selskapet må forholde seg til de begrensninger som er oppstilt i § 8-7 (1).

Det grunnleggende vilkåret for at bestemmelsen kommer til anvendelse, er at konserndefinisjonen i asl. § 1-3 er oppfylt. Kreditten eller sikkerhetsstillelsen kan kun gis

⁸³ Se Moderniseringsutvalget s. 497, Neville s. 60, Werlauff i Neville/Engsig Sørensen s. 300.

til øvrige selskap som tilhører samme konsern som det kredittytende selskap, herunder enten morselskapet eller morselskapets øvrige døtre, såkalte søsterselskap.

Regelen kommer til anvendelse når kreditt eller sikkerhetsstillelse ytes fra et datterselskap, og det er et vilkår at dette datterselskapet er dannet som et aksjeselskap. Er datterselskapet opprettet med en annen selskapsform, faller tilfellet utenfor lovens virkeområde, jf. asl. § 1-1 (1). Det er ikke en betingelse at søsterselskapet må være et aksjeselskap for å inngå som en del av konsernet, og søsterselskapet kan således motta kreditt eller sikkerhetsstillelse, selv om det er dannet med en annen selskapsform, jf. § 1-3 (3).⁸⁴ Morselskapet må være dannet som et aksjeselskap for å oppfylle konserndefinisjonen, jf. § 1-3 (2). I utgangspunktet må morselskapet være et norsk aksjeselskap, men konserndefinisjonen utvides i enkelte relasjoner gjennom asl. § 1-4, til også å omfatte utenlandske morselskap. Forholdet mellom den utvidede konserndefinisjonen i § 1-4 (2) og § 8-7 (3) nr. 2 vil det bli nærmere redegjort for nedenfor i punkt 3.5.4.

Det er selskapenes stilling i forhold til hverandre på tidspunktet for kredittytelsen eller sikkerhetsstillelsen, som er avgjørende for om asl. § 8-7 (3) nr. 2 kommer til anvendelse.⁸⁵ På tidspunktet for kreditt eller sikkerhetsstillelsen må selskapet som tilgodeses ved disposisjonen, være i en slik relasjon til datterselskapet som loven beskriver, altså i et konsernforhold.

Selv om bestemmelsen tilsynelatende ikke oppstiller øvrige vilkår enn at det må være kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap eller annet selskap i samme konsern, skal det i punkt 3.5.3 vurderes om det gjelder et ulovfestet krav om at disposisjonene må bero på et forretningsmessig grunnlag. Det minnes også om de generelle begrensningene som det ble redegjort for ovenfor i punkt 3.2.

⁸⁴ Se Aarbakke s. 92, Andenæs s. 31, Bråthen II s. 33.

⁸⁵ Se Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1383, Nerep/Samuelsson s. 414.

3.5.2 Hensyn bak regelen

Det skal i det følgende redegjøres for hvilke hensyn som ligger bak § 8-7 (3) nr. 2, og som dermed gjør at lovgiver tillater at hovedregelen i § 8-7 (1) fravikes.

Ved innføringen av bestemmelsen i aksjeloven av 1976 var ikke konsernunntaket gjenstand for en grundig behandling i forarbeidene. Det ble likevel uttalt som begrunnelse for regelen at kreditt og sikkerhetsstillelser innenfor konsern "må man rekne med er forretningsmessig begrunnet".⁸⁶ Videre viser forarbeidene at det i konsernforhold ofte vil være et "forretningsmessige behov for lån og sikkerhetsstillelse".⁸⁷

Forarbeidene til aksjeloven 1997 viser at det i høringsrunden var delte meninger om unntaksregelen.⁸⁸ Enkelte mente at regelen var for vidtgående, og ville få store konsekvenser for minoritetsaksjonærer og kreditorer fordi regelen medfører at selskap pådrar seg forpliktelser som reduserer selskapets verdi. Videre ble det påpekt at datterselskaper lett kan komme i en tvangssituasjon ovenfor morselskapet. Andre høringsinstanser mente at unntaksregelen ikke var vid nok, men kritikken gikk hovedsakelig på at aksjelovens konserndefinisjon var for snever.⁸⁹ Departementet mente likevel at det ikke var grunnlag for å snevre inn regelen da "bestemmelsen ivaretar et praktisk behov og i dag er vel innarbeidet på sitt område".⁹⁰

Regelen er meget praktisk for konsernselskaper. For låntaker, som er i den situasjon at selskapet har underskuddslikviditet, er konsernlån en gunstig måte å få rask tilgang til likviditet, uten lang saksbehandlingstid og uten å for eksempel måtte stille sikkerhet. For långiveren, som har overskuddslikviditet, er det også fordeler ved å låne penger til et annet

⁸⁶ Jf. Ot.prp. nr. 19 (1974-75) s. 192. Dette har også senere blitt gjentatt i forbindelse med endringslover og aksjeloven av 1997, se Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 14. Ot.prp. nr. 36 (1993-94), s. 62.

⁸⁷ Jf. Ot. prp. nr. 36 (1993-94) s. 63.

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 61.

⁸⁹ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 61. Konserndefinisjonen har imidlertid blitt utvidet siden den gang.

⁹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) s. 66

selskap i konsernet. Selskapet får avkastning ved at det betales renter fra låntaker til långiver. Videre er konserninterne kreditt eller sikkerhetsstillelser en gunstig løsning for konsernet som helhet. For det første er ikke datterselskapet tjent med at morselskapet går konkurs, noe som kan bli en realitet dersom morselskapet ikke får kreditt eller sikkerhet. For det andre er det en bedre løsning for konsernet at selskapet betaler renter til et annet selskap i samme konsern, framfor at selskapet betaler renter til en ekstern finansieringsinstitusjon eller långiver. Betales rentene til for eksempel en bank forsvinner midlene ut av konsernet.⁹¹

I mange konsernstrukturer er det en vesentlig forutsetning for å drive konsernet effektivt og utnytte konsernets ressurser, at det kan gis kreditt eller stilles sikkerhet selskapene imellom, slik § 8-7 (3) nr. 2 åpner for. Kreditt og sikkerhetsstillelser innad i konserner skaper på denne måten synergier gjennom en optimalisering, og samordning av konsernets totale finansielle ressurser.⁹² Dette vil igjen komme det enkelte selskap i konsernet til gode. Dersom det skulle gjelde tilsvarende grenser som etter § 8-7 (1), ville dette innebære snevre grenser for adgangen til kreditt eller sikkerhetsstillelse innad i konserner. Et viktig hensyn bak regelen er dermed at det legges til rette for en effektiv utnyttelse av likviditeten i et konsern. Aksjeloven bør ikke gjennom sine regler avskjære denne muligheten.⁹³

3.5.3 Krav om forretningsmessig begrunnelse

Under dette punkt skal det tas stilling til om det gjelder et krav til at disposisjoner som foretas av et selskaps generalforsamling eller styre, med utgangspunkt i § 8-7, må ha en forretningsmessig begrunnelse. Dersom det kan oppstilles et krav om forretningsmessig begrunnelse vil dette også gjelde i forhold til disposisjoner etter § 8-7 (3). Hva som ligger i begrepet forretningsmessig begrunnelse, vil det bli redegjort for til slutt.

⁹¹ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94), s. 62.

⁹² Se Perland s. 564.

⁹³ Se Bråthen II s. 33, Neville s. 71.

I juridisk teori har det blitt tatt til ordet for at det gjelder "som et generelt krav at styrets forretningsmessige avgjørelser og forvaltning av selskapet må være forsvarlig".⁹⁴ Kravet er ikke knyttet spesielt opp mot § 8-7, og er, som vi ser, todelt: For det første må styret treffe forsvarlig forretningsmessige avgjørelser, og for det andre må den generelle forvaltning av selskapet være forsvarlig. At styret må treffe forsvarlige forretningsmessige avgjørelser, må som et minimum innebære at styrets avgjørelser beror på en forretningsmessig begrunnelse.

Det er ikke tatt direkte stilling til kravet i rettspraksis, men jeg vil vise til to dommer som har betydning for problemstillingen.

I Rt. 1937 s. 439, hvis faktum ble gjengitt ovenfor i punkt 3.2, framhevet Høyesterett at generalforsamlingens avgjørelse om utlån av selskapets midler, måtte fattes på bakgrunn av hva som var i selskapets interesse. At en disposisjon er i selskapets interesse, vil være det samme som at det foreligger en forretningsmessig begrunnelse.

Videre vises det til en avgjørelse av Oslo tingrett fra 2005.⁹⁵ Saken omhandlet hvorvidt lån som var ytet med hjemmel i § 8-7 (3) nr. 2, var rettstridig i forhold til forbudet mot erverv av aksjer i selskapet etter asl. § 8-10, samt om styremedlemmene var ansvarlige for tilbakeføringen av midlene. Retten konkluderte med at det forelå styreansvar på grunn av at lånene var i strid med asl. § 8-10. Det ble videre tilføyd i forhold til lånene som ble gitt med hjemmel i § 8-7 (3) nr. 2:

"Retten legger til grunn at det ikke forelå noen forretningsmessig begrunnelse sett fra målselskapets side. De kom ikke inn i noe konsern hvor det var økonomiske synergieffekter, nye markeder eller annet. Tvert i mot var den eneste endringen at de fikk en ny eier som tok en vesentlig større økonomisk risiko med «gearing» av kapitalen".

⁹⁴ Se Aarbakke m.fl. s. 489.

⁹⁵ Jf. Toslo 2005-71717-Toslo-2005-78749.

Dette viser at retten er av den oppfatning av at kreditt og sikkerhetsstillelser etter § 8-7 (3) nr. 2 bør ha en forretningsmessig begrunnelse. Uttalelsen underbygger påstanden om at det må gjelde et krav om at disposisjoner selskapets ledelse foretar, må ha på en forretningsmessig begrunnelse.

En rekke hensyn kan tale for å innfortolke et krav om at styrets beslutninger må bero på en forretningsmessig begrunnelse. Dersom det ikke foreligger et krav om at selskapets disposisjoner må bero på en forretningsmessig begrunnelse, vil selskapets ledelse kunne foreta disposisjoner som tapper selskapets egenkapital, og som dermed utgjør en trussel for selskapets virksomhet. Dette gjelder især for lån som innebærer en overføring av midler, og også for sikkerhetsstillelser som innebærer en framtidig risiko for overføringer. Slike disposisjoner vil igjen medføre at selskapskreditorens dekningsgrunnlag kan forringes og aksjonærenes eierinteresser svekkes. Dermed taler både hensynet til vern av selskapets egenkapital og virksomhet, samt hensyn til selskapets kreditorer og aksjonærer for at det gjelder et krav om forretningsmessig begrunnelse.

I tillegg har lovgiver gjennom lovens oppbygning og bestemmelser, indikert at selskapets disposisjoner skal bero på hva som er i selskapets interesse. Ved at det for eksempel blir stilt krav til styremedlemmenes habilitet, jf. asl. § 6-27, viser lovgiver at det søkes å unngå at det blir foretatt disposisjoner som ikke er i selskapets interesse. Styret har også et lovfestet ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapet, og dette taler for at styret skal ivareta selskapets interesse og inngå avtaler som er forretningsmessig begrunnet, jf. asl. §§ 6-12 sml. 6-13. Det er også forutsatt i §§ 17-1 og 19-1, som stadfester styrets erstatnings- og straffeansvar ved uaktsom overtredelse av aksjelovens regler, at styret har handlet forsvarlig og i selskapets interesse.⁹⁶ Dette taler for at det gjelder et generelt krav om forretningsmessig begrunnelse for alle styrets disposisjoner, og at samme krav da gjelder for kreditt og sikkerhetsstillelser etter § 8-7 (3).

⁹⁶ Se Aarbakke m.fl. s. 489.

Behovet for å beskytte selskapets egenkapital, selskapets kreditorer og aksjonærer bør tillegges betydelig vekt ved avgjørelsen av om at det bør gjelde et krav om forretningsmessig begrunnelse for styrets disposisjoner.

Konklusjonen blir etter dette at det gjelder et ulovfestet krav om at disposisjoner som foretas av selskapets generalforsamling eller selskapets styre, må bero på en forretningsmessig begrunnelse.

Det ulovfestede vilkåret medfører da en begrensning i forhold til generalforsamlingens og styrets adgang til å innvilge kreditt eller sikkerhetsstillelser etter § 8-7 (3). Det kreves dermed at disposisjoner som foretas med hjemmel i § 8-7 (3), må bero på en forretningsmessig begrunnelse. En slik begrensning vil særlig ha betydning i forhold til § 8-7 (3) nr. 2, hvor det ikke, på bakgrunn av en ren ordlydsfortolkning, kan innfortolkes et slikt krav.

I relasjon til § 8-7 (3) nr. 2, blir det etter dette et spørsmål om disposisjonen må være forretningsmessig begrunnet for det enkelte selskap eller for konsernet som helhet.

Det er det enkelte selskaps generalforsamling eller styre som foretar disposisjonen. Et naturlig utgangspunkt er derfor at vurderingen av den forretningsmessige begrunnelsen må knyttes opp til det enkelte selskap. Dette underbygges også av at utgangspunktet etter norsk rett er at ethvert selskap er organisert som en selvstendig rettslig og økonomisk enhet. Det har likevel vært stilt spørsmål ved om det gjelder en såkalt Rozenblum-doktrine i norsk rett.⁹⁷ Doktrinen omhandler spørsmålet om hvorvidt et konsern skal betraktes som en sammenslutning av enkeltelskaper, eller om konsernet som helhet i enkelte tilfeller må betraktes som en egen enhet.⁹⁸ Dersom doktrinen betraktes som en del av norsk rett, vil et

⁹⁷ For nærmere redegjørelse om tema se Stølen, "Konsernledelse, Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?", Nordisk tidsskrift for selskabsrett 2004:4, s. 402 flg.

⁹⁸ Komplexiteten av, og usikkerheten rundt Rozenblum-doktrinen tilsier at det ikke er mulig med en nærmere gjennomgang av doktrinen i denne sammenheng.

selskaps ledelse ha mulighet til å gi kreditt eller sikkerhetsstillelser som er forretningsmessig begrunnet for konsernet som helhet.

Doktrinen kan imidlertid ikke sies å ha fått fullstendig gjennomslag i norsk rett.⁹⁹

Selskapets ledelse må derfor ta utgangspunkt i at hvert selskap er en selvstendig enhet, og at det ikke foreligger en overordnet konserninteresse å ta hensyn til. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn at en forretningsmessig begrunnelse må bero på hva som er forretningsmessig begrunnet for det enkelte selskap.

Hva som ligger i forretningsmessig begrunnelse, må bero på en vurdering av hva som er i selskapets interesse i det konkrete tilfelle. I noen tilfeller vil selskapets interesse utelukkende være knyttet til interne forhold i selskapet, typisk disposisjoner som har betydning for det enkelte selskaps økonomiske situasjon. I andre tilfeller kan hensynet til andre selskap i samme konsernstruktur være av betydning for hva som er i selskapets interesse. Dette kan være fordi konsernselskapet er avhengig av løpende leveranser fra et annet konsernselskap. Morselskapet eier for eksempel et oppdrettsanlegg, datter A produserer merder, datter B produserer yngel og datter C produserer fiskemat. I et slikt konkret tilfelle kan det være i Bs interesse at A ikke går konkurs, fordi det vil utgjøre en risiko for hennes egen virksomhet. Det kan dermed være forretningsmessig begrunnet at B gir kreditt til A. Videre kan selskapets interesse komme mer indirekte til uttrykk gjennom at datterselskapet nyter godt av morselskapets "goodwill", og at det dermed er i datterselskapets interesse at morselskapet går godt.

3.5.4 Utenlandsk konsernspiss – forholdet til asl. § 1-4 (2)

Et grunnleggende spørsmål i forhold til § 8-7 (3) nr. 2, er hva som defineres som et konsern i bestemmelsens forstand. Jeg har ovenfor i punkt 3.5.1 vist til konserndefinisjonen i asl. § 1-3. Konserndefinisjon i § 1-3 blir imidlertid, i forhold til § 8-7 (3) nr. 2, særskilt utvidet i

⁹⁹ Stølen s. 417-418.

asl. § 1-4 (2) annet punktum. Det er forholdet mellom § 8-7 (3) nr. 2 og § 1-4 (2) som det skal redegjøres for i det følgende.

Et morselskap må som utgangspunkt være et norsk aksjeselskap for å oppfylle konserndefinisjonen, jf. asl. § 1-3. Gjennom asl. § 1-4 fravikes dette utgangspunktet i to relasjoner, slik at de berørte selskapene likestilles med konsernselskaper.

Den første utvidelsen framgår av § 1-4 (1), og medfører at enkelte regler om morselskaper også gjelder når morselskapet er et allmennaksjeselskap.

Den andre utvidelsen, som er av interesse for forholdet mellom §§ 8-7 (3) nr. 2 og 1-4 (2) annet punktum, lyder som følger:

"Unntaket i § 8-7 tredje ledd nr. 2 gjelder også kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap som hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen, og som er undergitt lovgivning som tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9, og til fordel for datterselskap av et slikt morselskap hvis datterselskapet er undergitt slik lovgivning og hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen."

Regelen ble i sin opprinnelige form innført første gang i 1995, i forbindelse med at Norge ble medlem av EØS, og endret dagjeldende aksjelov av 1976. Fra en situasjon hvor det ikke var tillatt med noen form for kreditt eller sikkerhetsstillelse innad i konserner med utenlandsk morselskap, ble det i 1995 innført en regel hvor bestemmelsens anvendelsesområde ble utvidet til å gjelde konserner med nordisk mor.¹⁰⁰ Bakgrunnen for utvidelsen var at Den nordiske konkurskonvensjonen av 7. november 1933 gjorde det mulig å kreve inn lån foretatt til fordel for nordisk mor, og utvidelsen ble dermed sett på som uproblematisk.¹⁰¹ I forbindelse med utvidelsen uttalte lovgiver at forskjellsbehandlingen mellom nordiske morselskaper og morselskaper fra øvrige EØS-

¹⁰⁰ Endret ved lov 22. desember 1995 nr. 80.

¹⁰¹ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 28.

stater kunne reise spørsmål i forhold til EØS-rettens prinsipp om ikke-diskriminering og forholdet til bestemmelsene om etableringsrett.¹⁰² Lovgiver konkluderte likevel med at regelen ikke kunne anses for å være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁰³

Kort tid etter utvidelsen konkluderte EFTA Surveillance Authority (ESA) med at bestemmelsen, som jo rent faktisk medførte en forskjellsbehandling av nordiske og øvrige EØS-lands morselskaper, ikke var forenelig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁰⁴ Bestemmelsen måtte som en konsekvens av dette endres, og bestemmelsen virkeområde ble da utvidet til dagens omfang.¹⁰⁵

Asl. § 8-7 (3) nr. 2, jf. § 1-4 (2) tillater nå at det gis kreditt eller stilles sikkerhet til mor- eller søsterselskap hjemmehørende i stater som er del av EØS-avtalen, så fremt EØS-statens lovgivning "tilsvarer eller er strengere" enn de norske reglene for aksjonærlån som oppstilles i §§ 8-7 til 8-9. Regelen medfører at et datterselskap ikke kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for sitt mor- eller søsterselskap dersom: Mor/søster er hjemmehørende i et land utenfor EØS, som for eksempel USA eller Japan, eller dersom mor/søster er hjemmehørende i en EØS-stat som ikke har like streng regulering som Norge.

Lovgiver ønsket ikke å endre loven slik at alle utenlandske morselskaper ble omfattet av bestemmelsen, og det var i utgangspunktet heller ikke ansett som ønskelig at alle morselskaper fra EØS-stater var omfattet.¹⁰⁶ Den angitte begrunnelse var at det ville bli store problemer med å inndrive lån i utlandet dersom det norske datterselskapet gikk konkurs. Lovgiver mente videre at det var en økt fare for omgåelse av reglene slik at

¹⁰² Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 13-14.

¹⁰³ Dette ble begrunnet med at EØS-avtalens forbud mot forskjellsbehandling bare gjelder der det foreligger like eller sammenlignbare situasjoner, og at forbudet ikke rammer forskjellsbehandling som det kan gis en saklig begrunnelse for, jf. Ot.prp. nr. 654 (1998-1999) s. 28.

¹⁰⁴ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 28, Gravir s. 146.

¹⁰⁵ Endret ved lov 2. juli 1999 nr. 59.

¹⁰⁶ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 14, Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 28-29.

selskapets midler ble tappet, og at selskapskreditorenes vern dermed ble svekket.¹⁰⁷ Det ble påpekt at en slik omgåelse ville være mulig på grunn av manglende harmonisering av reglene om aksjonærlån i EU/EØS. En likestilling mellom Norge og EØS-stater kunne dermed medføre at norske selskap etablerte morselskap i en EØS-stat med mer liberale regler, for så at datterselskapet lovlig gi lån til sitt utenlandske morselskap, mens morselskapet etter sitt lands lovgivning kunne låne pengene videre til eierne av konsernet eller dele dem ut.¹⁰⁸

Dagens regel fremstår i sin form som en kompromissløsning som ivaretar kryssende hensyn. Det var nødvendig med en utvidelse av loven for å bringe regelverket i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Samtidig ønsket lovgiver å unngå de negative konsekvensene de mente en utvidelse ville medføre. Løsningen ble dermed at EØS-staten måtte ha tilsvarende eller strengere regulering enn de norske reglene for at datterselskapet kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for sitt morselskap.

Dette reiser to spørsmål: Hvordan avgjøres hvor et selskap er hjemmehørende, og hva ligger i uttrykket "tilsvarende eller strengere regulering".

Først må det avklares hvor et selskap er hjemmehørende. Dette må avgjøres for å finne ut om landet er hjemmehørende i en stat som er medlem av EØS-avtalen, og dermed omfattes av utvidelsen i § 1-4 (2) annet punktum.

Spørsmålet er ikke direkte løst gjennom norsk lovgivning eller rettspraksis, men gjennom praksis og juridisk teori er det oppstilt to alternative teorier for å avgjøre hvor et land er hjemmehørende. Første teori, den såkalte stiftelsesteorien, går ut på at det landet hvor selskapet ble stiftet, eventuelt hvor det er registrert, avgjør dets nasjonalitet. Den andre teorien, hovedseteteorien, legger avgjørende vekt på i hvilket land selskapets har sitt hovedsete, i praksis ofte hovedkontor.

¹⁰⁷ Jf. Ot.prp. nr. 4 (1995-96) s. 14, Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 29.

¹⁰⁸ Jf. Ot. prp. nr. 65 (1998-99) s. 29.

Om stiftelses- eller hovedseteteorien skal legges til grunn, har lenge vært uavklart, og gjenstand for debatt, særlig med henblikk på om et selskap som er stiftet i en EU-/EØS-stat, og som driver virksomhet i en annen stat, må anerkjennes av denne. EF-domstolen har de senere år imidlertid truffet avgjørelser som går i retning av at hovedseteteorien må vike for stiftelsesteorien, og oppfatningen i Europa går i retning av å legge stiftelsesteorien til grunn.¹⁰⁹

Spørsmålet er heller ikke avklart etter norsk rett. I juridisk teori synes imidlertid hovedvekten av forfatterne å legge til grunn stiftelsesteorien.¹¹⁰ Hensynet til rettsenhet innenfor EØS-statene er sentralt, og siden oppfatningen i Europa går i retning av å legge stiftelsesteorien til grunn, taler dette for at også norsk rett legger stiftelsesteorien til grunn. Jeg er derfor av den oppfatning at stiftelsesteorien må benyttes for å avgjøre hvor et selskap er hjemmehørende.

Når det skal avgjøres hvor et selskap er hjemmehørende, beror løsningen dermed på hvor selskapet er stiftet.

Etter dette må det tas stilling til hva som ligger i at mor- eller søsterselskapet må være underlagt lovgivning som "tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9". Spesielt problematisk i denne sammenheng er hva som ligger i "tilsvarer". Dette vil være særlig vanskelig dersom for eksempel en EØS-stat på et punkt har en strengere regel enn Norge, mens deres regler på ett annet punkt er mindre strenge enn de norske.

Av forarbeidene framgår det at det må bero på en konkret vurdering av vedkommende EØS-stats lovgivning om den kan anses å tilsvare eller være strengere enn de norske

¹⁰⁹ Les mer om temaet og rettspraksis i Bråthen, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien, i Rett og toleranse, festskrift til Helge Thue, 2007, s. 198 flg. For nyere rettspraksis, les Engsig Sørensen, "Cartesio-dommen", Nordisk tidsskrift for selskapsrett 2009:1, s. 18 flg.

¹¹⁰ Se Bråthen III s. 206 med videre henvisninger.

reglene.¹¹¹ Forarbeidene framholder videre at det er et moment i vurderingen hvorvidt de utenlandske reglene søker å ivareta samme hensyn som begrunner de norske reglene. Altså ønsket om å forhindre tapping av selskapets midler og ivareta at bestemmelsene i aksjeloven som skal forhindre dette, ikke omgås ved at midlene kanaliseres gjennom et morselskap som ikke selv er underlagt slik lovgivning. Forarbeidene presiserer at det ikke er nødvendig at EØS-statens lovgivning samsvarer med de norske reglene på detaljnivå. Selv om det er ulikheter mellom regelverkene, vil ikke dette automatisk være til hinder for at reglene kan anses å tilsvare de norske reglene.¹¹²

Videre har Lovavdelingen i en uttalelse søkt å klargjøre hvilke momenter som kan vektlegges ved avgjørelsen av om reglene er tilsvarende eller strengere enn de norske.¹¹³ Lovavdelingen uttaler for det første at det ved vurderingen av den utenlandske lovgivningen må tas utgangspunkt i de hensyn lånebegrensningene i §§ 8-7 flg. skal ivareta. Dette synet er i samsvar med det som uttales i forarbeidene. For det andre må den utenlandske lovgivningen inneholde "regler som gir en særskilt regulering av adgangen til å yte lån eller stille sikkerhet til fordel for selskapets aksjeeiere". Dersom den utenlandske lovgivningen ikke inneholder en slik regulering, og for eksempel løser spørsmålet på bakgrunn av mer generelle prinsipper om anvendelse av selskapskapitalen, er det, etter Lovavdelingens oppfatning, ikke tilstrekkelig til å oppfylle de fastsatte krav i § 1-4 (2). Det vil heller ikke være nok til å oppfylle vilkåret at det gjelder begrensninger for aksjonærens rett til å disponere over selskapsformuen "som etter omstendighetene kan få betydning også for adgangen for selskapet til å yte lån eller stille sikkerhet". Det kreves altså noe mer. Til slutt må kretsen av personer lånereglene gjelder i forhold til, omfatte selskapets aksjonærer, og det må være en form for identifikasjon mellom aksjonæren og personer eller selskaper som aksjonæren har et nært forhold til.

¹¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 31, merknader til § 1-4.

¹¹² Jf. Ot.prp. nr. 65 (1998-99) s. 31, merknader til § 1-4.

¹¹³ Se [Justis- og politidepartementets hjemmesider](#). Lovavdelingen, saksnummer: 200102870 EP TO.

Dato: 15.06.2001.

Det vil ikke være mulig å gi et nøyaktig svar på når en EØS-stat har en tilsvarende eller strengere regulering enn norsk rett. Redegjørelsen ovenfor viser at det kreves at EØS-staten har særskilt regulert adgangen til aksjonærlån, men det kreves likevel ikke at den norske og EØS-statens lovgivning samsvarer på detaljnivå. Det viktigste momentet i vurderingen er hvilke hensyn som søkes ivaretatt gjennom det enkelte lands regulering. Løsningen på spørsmålet må bero på en konkret helhetsvurdering.

Perland mener at bestemmelsen innebærer en inngripende begrensning i norske selskapers mulighet til å delta på lik linje med øvrige selskap i internasjonale konsernstrukturer, og at det ikke gis en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor konsernunntaket ikke skal gjelde i forhold til internasjonale konserner.¹¹⁴ Dette er jeg enig i. Norge burde vurdere å myke opp regelen i § 1-4 (2) slik at det ikke stilles krav om at EØS-statens lovgivning må ha tilsvarende eller strengere regulering enn norsk lovgivning. Videre burde det også vurderes om regelen skal omfatte land utenfor EØS-området. I en stadig mer globalisert verden er det et økende behov for en selskapsregulering som er tilpasset de nye multinasjonale selskapsstrukturene. Det foreliggende danske forslaget om å omfatte OECD-land i den utvidede konserndefineringen, ville være naturlig også for Norge å vurdere.

Dagens regel er videre lite forutsigbar, og lovgiver krever i realiteten at et selskap til enhver tid har kontroll over hvordan EØS-stater regulerer adgangen til kreditt eller sikkerhetsstillelser til fordel for aksjonær mv.

Selv om lovgiver ikke ønsker å utvide bestemmelsens virkeområde, burde likevel regelens lovtekniske utforming være gjenstand for en endring. Det ville være en løsning å innføre tilsvarende regel som nå skal gjennomføres i Danmark. I forskrifts form bør det gis en positiv oppstilling av hvilke EØS-land som har "lovgivning som tilsvarende eller er strengere" enn de norske reglene om kreditt eller sikkerhetsstillelser til selskapet aksjonærer mv., jf. asl. § 1-4 (2). Dette ville skape en mer forutsigbar rettstilstand.

Som ledd i arbeidet med denne oppgaven har jeg fått tilgang til enkelte låneavtaler som viser hvordan forholdet til § 1-4 (2) blir håndtert i praksis. Avtalene viser at spørsmålet ofte blir løst gjennom såkalte "limitation language"-klausuler. Ved kreditt eller sikkerhetsstillelsen tas det inn et generelt forbehold i låneavtalen mellom långiver og lånetaker om at uansett hva som følger av øvrige bestemmelser i avtalen, må avtalen ikke være ulovlig etter § 8-7 (3) nr. 2, jf. § 1-4 (2). I tillegg avgis det som regel en

¹¹⁴ Se Perland s. 564.

skadesløsholdelseserklæring som innebærer at långiver ikke kan holde det enkelte selskap ansvarlig dersom avtalen brytes som følge av brudd på § 8-7. På den måten unngår avtalepartene å ta stilling til om mor- eller søsterselskapets nasjonale lovgivning er tilsvarende eller strengere enn den norske. Bakgrunnen for løsningen er at dersom selskapet ved hver kredittytelse eller sikkerhetsstillelse skulle foreta en konkret vurdering av mor- eller søsterselskapets nasjonale lovgivning, ville det bli en meget tidskrevende og kostbar prosess. Denne tilnærmingen til spørsmålet er på ingen måte ideell. Partene utsetter da i realiteten å vurdere forholdet mellom § 8-7 (3) nr. 2 og § 1-4 (2) til en eventuell konflikt oppstår eller kravet skal inndrives. Basert på den retts tekniske løsning som lovgiver har valgt, har dette i praksis likevel blitt ansett som den mest hensiktsmessige tilnærmingen.

I relasjon til kravet i § 1-4 (2) om at EØS-staters regulering av aksjonærlån må tilsvare eller være strengere enn norsk lovgivning, ville det være interessant å vite hvordan norsk lovgivning stiller seg i forhold til øvrige EØS-staters lovgivning. Av punkt 2 ovenfor fremgår det at både dansk og svensk rett som utgangspunkt oppstiller et forbud mot å gi kreditt eller sikkerhetsstillelser til selskapets aksjonærer. Fra forbudet er det oppstilt tilsvarende unntak som etter norsk rett. Det må således være klart at både Danmark og Sverige vil oppfylle vilkåret om tilsvarende eller strengere regulering enn Norge.

Hvilke EØS-stater som oppfyller kravet i asl. § 1-4 (2), er behandlet av Gaute Gravir i en artikkel fra 2001.¹¹⁵ I artikkelen gjennomgår Gravir EØS-staters regulering av aksjonærlån i den hensikt å finne ut hvilke land som har tilsvarende eller strengere regulering enn Norge. Han konkluderer med at Norge har blant de strengeste reglene i Europa, og dette medfører at det i realiteten er veldig få land som vil omfattes av den utvidede konserndefinisjonen i asl. § 1-4 (2), jf. asl. § 8-7 (3) nr. 2. Etter Gravirs skjønn vil kun de

¹¹⁵ Gravir baserer sin sammenligning på en komparativ undersøkelse av rettsstilstanden utført av Pricewaterhouse Coopers DA i desember 2000. Det presiseres at artikkelen er fra 2001, og det kan være endringer i lands aksjelovgivning som medfører at artikkelen er utdatert.

øvrige nordiske landene og Frankrike ha tilsvarende eller strengere regulering enn Norge.¹¹⁶

I Danmark og Sverige omfatter konsernunntaksregelen også konsernselskaper med utenlandsk konsernspiss, som er hjemmehørende i en EØS-stat. Det oppstilles intet krav om at EØS-statens regulering av aksjonærlån må være tilsvarende eller strengere enn de danske eller svenske reglene. Oppfatningen er at dersom ikke øvrige EØS-staters morselskap omfattes på lik linje med danske og svenske morselskap, ville regelen være i strid med EØS-avtalens prinsipp om ikke-diskriminering.¹¹⁷

I Norge har vi riktignok en regel som tillater aksjonærlån til morselskaper hjemmehørende i EØS-stater, og regelen er dermed tilsynelatende ikke i strid med EØS-avtalens prinsipp om ikke-diskriminering.¹¹⁸ Likevel stiller vi så strenge krav til oppfyllelse at kun et fåtall EØS-stater vil omfattes av regelen. På denne bakgrunn kan det være grunn til å stille spørsmål om norsk lovgivning er i samsvar med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.¹¹⁹ Det vil imidlertid være utenfor oppgavens rammer å vurdere regelen opp mot norske EØS-forpliktelser, og en videre drøftelse av spørsmålet foretas ikke.

Det bemerkes likevel at spørsmålet har blitt behandlet av ESA. Som nevnt ovenfor i dette punkt, hadde ESA ved en tidligere anledning fastslått at de tidligere norske reglene hvor det kun var tillatt med aksjonærlån til morselskap fra de øvrige nordiske land, ikke var i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Norge endret så lovgivningen til å omfatte alle EØS-stater med tilsvarende eller strengere regulering. Etter endringen har det fra ESAs side blitt konkludert med at de norske reglene som nå følger av § 1-4 (2) ikke er i strid med norske forpliktelser etter EØS-avtalen.¹²⁰

¹¹⁶ Se Gravir s. 146. I Danmark gjennomførte Moderniseringsutvalgets en undersøkelse hvor de kom til at det kun var Danmark, Sverige og Frankrike som i utgangspunktet har et forbud mot aksjonærlån, jf. Innstillingens s. 488-489.

¹¹⁷ Se Andersson/Johansson/Skog s. 21:9, Nerep/Samuelsson s. 423, Werlauff/Schaumburg-Müller s. 605-606.

¹¹⁸ Se Gravir s. 151.

¹¹⁹ Se Gravir s. 146-147, Bråthen II s. 34.

¹²⁰ Se [EFTA Surveillance Authority Annual Report 2000](#) s. 74, punkt 4.12.6.2.

Det heter i EFTA-rapporten at ESA har valgt å avslutte saken mot Norge da den nye lovgivningen "seemed to be justified as protecting against draining of the company resources through loans to the holders of shares in companies not subject to Norwegian law". Dette kunne tyde på at de norske reglene tilfredsstiller de krav som stilles etter EØS-avtalen, men det framkommer at ESA kun har fulgt "the assessment of the information communicated by Norway". Det later dermed til at ESA ikke har foretatt en selvstendig vurdering av de norske reglene, og spørsmålet om hvorvidt den norske regelen er i samsvar med våre EØS-forpliktelser er således fortsatt uavklart.

Gravir konkluderer i sin artikkel med at hvorvidt Norge oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen er usikkert, og avslutter med at "det virker uansett som om graden av lojalitet fra lovgivers side ovenfor Norges forpliktelser etter EØS-retten, på dette punktet er diskutabelt".¹²¹

4 Virkning av brudd på aksjeloven § 8-7 tredje ledd

4.1 Innledning

Jeg har gjennom oppgaven redegjort for innholdet i § 8-7 (3). Jeg skal nå kort knytte noen kommentarer til konsekvensene av at det blir gitt kreditt eller stilt sikkerhet i strid med bestemmelsen.

Brudd på § 8-7 (3) kan ha ulike virkninger. For det første kan disposisjonen være ugyldig etter asl. § 8-11, for det andre kan selskapets ledelse blir erstatningsansvarlig etter reglene i aksjeloven kapittel 17 og for det tredje kan overtredelse i ytterste fall medføre straffesanksjonering etter aksjeloven kapittel 19.¹²² I det følgende behandles primært

¹²¹ Se Gravir s. 151.

¹²² En øvrig virkning er at dersom selskapet går konkurs kan den som har bidratt til ulovlige kreditt eller sikkerhetsstillelser bli satt i konkurskarantene, jf. konkursloven § 142, se Bråthen II s. 40. Det avgrenses imidlertid mot denne virkningen av brudd på § 8-7 (3).

forholdet til ugyldighet etter § 8-11, men reglene om erstatnings- og straffeansvar vil bli kort behandlet i punkt 4.3.

4.2 Ugyldighet etter aksjeloven § 8-11

Det følger av asl. § 8-11 (1) at dersom selskapet har gitt kreditt eller for øvrig handlet i strid med reglene i §§ 8-7 til 8-10, vil den foretatte disposisjon være ugyldig. Er kredittytelsen ugyldig, har den ikke lenger rettsvirkning mellom partene, og den kan ikke kreves oppfylt.¹²³ Partene blir dermed stilt som om det ikke var gitt kreditt eller stilt sikkerhet. Ved kredittytelser gjelder ugyldighetsregelen ubetinget, og "uavhengig av medkontrahentens subjektive forhold".¹²⁴

Også i forhold til ulovlige sikkerhetsstillelser, er utgangspunktet ugyldighet, men likevel slik at ugyldighet ikke kan påberopes ovenfor en medkontrahent i aktsom god tro, jf. § 8-11 (1) annet punktum. Eksempelet kan være at et datterselskap har stilt sikkerhet for morselskapets banklån, men at sikkerhetsstillelsen var ulovlig da den medførte et brudd på kravet om forsvarlig egenkapital, jf. asl. §§ 3-4 og 3-5. I et slikt tilfelle er sikkerhetsstillelsen gyldig inter partes dersom medkontrahenten (banken) verken kjente eller burde kjent til at sikkerheten var ulovlig.

Unntaket er i forarbeidene hovedsakelig begrunnet med at ugyldigheten i disse tilfellene ikke først og fremst rammer "... de personer med tilknytning til selskapet som sikkerheten er stillet til fordel for, men den tredjeperson sikkerheten er stillet ovenfor".¹²⁵ Det ble derfor ansett som urimelig dersom ugyldigheten skulle gjelde ubetinget også ovenfor en tredjemann i god tro.¹²⁶

¹²³ Jf. NOU 1996:3 s. 152, til § 6-12.

¹²⁴ Jf. NOU 1996:3 s. 152, til § 6-12.

¹²⁵ Jf. NOU 1996:3 s. 152, til § 6-12.

¹²⁶ Jf. NOU 1996:3 s. 152, til § 6-12.

Medkontrahentens gode tro må foreligge på tidspunktet for sikkerhetsstillelsen. Dette vil normalt, etter alminnelige avtalerettslige regler, være det tidspunkt da medkontrahenten får kunnskap om selskapets løfte om å stille sikkerhet.¹²⁷ Får medkontrahenten på et senere tidspunkt kjennskap til disposisjonens ulovlighet, får dette ikke innvirkning på sikkerhetsstillelsens gyldighet.¹²⁸ Det er antatt i juridisk teori at et selskap som er i den situasjon at medkontrahenten har vært i god tro, likevel både har rett og plikt til å søke seg umiddelbart fri fra forpliktelsen, for eksempel ved å bruke en kontraktsbestemt oppsigelsesrett.¹²⁹

Har selskapet allerede oppfylt sin forpliktelse i henhold til en ugyldig inngått avtale om kreditt eller sikkerhetsstillelse, og medkontrahenten ikke kan påberope seg god tro ved sikkerhetsstillelsen, framgår det av § 8-11 (2) at mottakeren har en plikt til å tilbakeføre midlene.¹³⁰

Det følger videre av § 8-11 (2) jf. § 3-7 (2) at den som har handlet på selskapets vegne, blir ansvarlig for tilbakeføring av den ugyldige kreditten eller sikkerhetsstillelsen. Alle som på selskapets vegne har bidratt til at en ulovlig kreditt eller sikkerhetsstillelse har blitt gjennomført, kan bli holdt ansvarlige.¹³¹ Normalt vil dette være styret, daglig leder, revisor og andre.¹³² Dette gjelder likevel bare så fremt den ansvarlige forsto eller burde forstått at disposisjonen var ulovlig, jf. § 3-7 (2). Ansvar for tilbakeføringen kan også lempes etter lov om skadeerstatning § 5-2, jf. § 3-7 (2).

¹²⁷ Jf. NOU 1996:3 s. 152, Aarbakke m.fl. s. 632, Bråthen II s. 41.

¹²⁸ Se Bråthen II s. 41, Aarbakke m.fl. s. 632.

¹²⁹ Se Aarbakke m.fl. s. 632, Bråthen II s. 42, Norsk lovkommentar (v/Matre) note 1432.

¹³⁰ Jf. NOU 1996:3 s. 152, til § 6-12.

¹³¹ Se Bråthen II s. 38.

¹³² Se Aarbakke s. 633.

4.3 Kort om aksjelovens regler om erstatnings- og straffeansvar

Asl. kapittel 17 oppstiller generelle regler om erstatningsansvar. Det følger av asl. § 17-1 at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier kan bli holdt erstatningsansvarlig dersom de i nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt skade for selskapet. For å kunne bli holdt erstatningsansvarlig må de alminnelige vilkår for erstatning være til stede.¹³³ Ansvarer kan være aktuelt i forhold til § 8-7 (3) dersom for eksempel datterselskapets styre innvilger en kreditt til fordel for sitt morselskap, vel vitende om at morselskapet ikke kan tilbakebetale gjelden, og at disposisjonen dermed i realiteten må anses som en utdeling. Styret kan da bli erstatningsansvarlig for den skade deres disposisjon har påført selskapet.

Til slutt er det ved brudd på § 8-7 (3) en mulighet for å bli stilt til ansvar etter aksjelovens generelle bestemmelser om straff, jf. aksjeloven kapittel 19. Asl. § 19-1 viser at både stifter, medlem av styret eller bedriftsforsamlingen, daglig leder, firmategner og revisor kan straffes for forsettlig eller uaktsom overtredelse av aksjelovens bestemmelser.

Straffesanksjonering for overtredelse av § 8-7 (3) kan for eksempel være aktuelt dersom selskapets styre bevisst har innvilget kreditt eller sikkerhetsstillelser som ikke var forretningsmessig begrunnet, og dermed tappet selskapskapitalen på bekostning av selskapets aksjonærer og kreditorer. Overtredelsen klassifiseres som en forseelse, og straffes som utgangspunkt med bøter, men under skjerpene omstendigheter kan den ansvarlige bli ilagt inntil ett års fengselsstraff, jf. §§ 19-1 og 19-2.

Så langt jeg kan se, foreligger det ikke rettspraksis som viser at straffebestemmelsene har blitt brukt på overtredelser av § 8-7 (3), noe som kan tyde på at straffesanksjonering for brudd på § 8-7 (3) hører sjeldenhetene til.

¹³³ Se Bråthen II s. 39.

5 Kildeliste

5.1 Lover

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

Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45

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

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven 1957) av 6. juli 1957 (opphevet)

Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58

Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26

Aktieselskabslov av 13. juni 1973 (dansk)

Anpartsselskabsloven av 22. mai 1996 (dansk)

Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). (dansk) Vedtatt, men ikke trådt i kraft.

Aktiebolagslagen (2005:551) (svensk)

Aktiebolagslagen (1975:1385) (svensk) (opphevet)

5.2 Forarbeider og tolkningsuttalelser

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

Ot.prp. nr. 36 (1993-94): Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

Ot.prp. nr. 4 (1995-96): Lov 4. juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m.v (EØS-tilpasning)

Ot.prp. nr. 23 (1996-97): Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeloven (allmennaksjeloven)

Ot.prp. nr. 65 (1998-99). Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.

Aksjelovkomiteen av 1947

Innstilling om Lov om aksjeselskaper 1970

NOU 1992:29: Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:3: Ny aksjelovgivning

Lovavdelingens tolkningsuttalelse, jnr. 513/80-E inntatt i Matheson/Woxholth I s. 231.

Lovavdelingens tolkningsuttalelse, 19. mars 1980 jnr. 513/80-E, inntatt i Matheson/Woxholt I s. 231

Lovavdelingens tolkningsuttalelse, saksnummer: 200102870 EP TO. Dato: 15.06.2001.

5.3 Litteratur

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone og Skåre, Jan:

Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave. 2. utgave, 2004. I fotnoter: *Aarbakke m.fl.*

Andenæs, Mads Henry: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. 2. utgave, 2006. I fotnoter: *Andenæs.*

Andersson, Sten; Johansson, Svante; Skog Rolf: Aktiebolagslagen, en kommentar, del II. 2009. I fotnoter: *Anderson/Johansson/Skog.*

Augdahl, Per: Lov om aksjeselskaper av 6. Juli 1957. 2. utgave, 1964. I fotnoter: *Augdahl.*

Bråthen, Tore: Selskapsrett, 3. utgave, 2008. I fotnoter: *Bråthen I.*

Bråthen, Tore: Kreditt og sikkerhetsstillelse fra aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Upublisert manuskript per 1. september 2004. I fotnoter: *Bråthen II.*

Bråthen, Tore, Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien, i Rett og toleranse, festskrift til Helge Thue, 2007. I fotnoter: *Bråthen III.*

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære. 5. utgave, 2001. I fotnoter: *Eckhoff.*

Giertsen, Johan: Selskapsfinansierte aksjeerwerb. Kan et selskap stille midler til rådighet for erwerb av aksjer i selskapet? 1996. I fotnoter: *Giertsen.*

Gravir, Gaute: De norske aksjelovenes regler om kreditt og sikkerhet til utenlandske mor- og søsterselskaper, Nordisk Tidsskrift for Selskapsret (NTS) 2001: 2. I fotnoter: *Gravir.*

Kjølbye, Christian; Christensen, Jacob: Ny lovgivning. (Danmark). Nordisk tidsskrift for selskapsrett (NTS) 2009:1. I fotnoter: *Kjølbye/Christensen.*

Krüger Andersen, Paul: Aktie- og anpartsselskabsret. 10. utgave, 2008. I fotnoter: *Krüger Andersen*.

Marthinussen, Hans Fredrik: Aksjeloven. 1960. I fotnoter: *Marthinussen*.

Matheson, Wilhelm / Woxholt, Geir: Lovavdelingens tolkningsuttalelser (1976-1988). Utgitt 1990. I fotnoter: *Matheson/Woxholt*.

Moderniseringsutvalget, innstilling til ny dansk selskapslov. I fotnoter: *Moderniseringsutvalget*.

Nerep, Erik: Aktiebolagsrättsliga studier. 1994. I fotnoter: *Nerep*.

Nerep, Erik; Samuelsson, Per: Aktiebolagslagen, en lagkommentar. 2009. I fotnoter: *Nerep/Samuelsson*.

Neville, Mette: Aktionæravtaler (artikkel i Langsted (red.), Selskabers kapital – nye tendenser i skandinavisk selskapsrett. 1999. I fotnoter: *Neville*.

Neville, Mette; Karsten Ensig Sørensen (Red.), artikkelsamling: Den nye selskapslov. 1. utgave, 2009. I fotnoter: *NN i Neville/ Ensig Sørensen*.

Norsk lovkommentar (elektronisk utgave) ved Tore Bråthen og Hugo Matre. I fotnoter: *Norsk lovkommentar (v/NN), note xx*.

Nygaard, Nils: Rettsgrunnlag og standpunkt. 2. utgave, 2004. I fotnoter: *Nygaard*.

Perland, Olav Fr.: Kapitalbeskyttelse og andre gode hensyn, Tidsskrift for forretningsjus nr. 2, 2005. I fotnoter: *Perland*.

Skog, Rolf: Rodhes Aktiebolagsrätt. Tjugoförsta upplagen, 2006. I fotnoter: *Rodhe*.

Skåre, Jan; Knudsen, Gudmund: Lov om aksjeselskaper. 3. utgave, 1987. I fotnoter: *Skåre/Knudsen*.

Skåre, Jan: Det nordiske aksjelovsamarbeidet. Tidsskrift for rettsvitenskap, 1988. I fotnoter: *Skåre*.

Stølen, Liv: "Konsernledning, Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?". Nordisk tidsskrift for selskabsrett 2004:4, s. 402-419. I fotnoter: *Stølen*.

Werlauff, Erik; Schaumburg-Müller, Peer: Werlauff's kommenterede Aktieselskablov. 3. Utgave, 2008. I fotnoter: *Werlauff/Schaumburg-Müller*.